

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS**

**O FENÔMENO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA:
IMPLICAÇÕES ÉTICAS E LEGAIS**

Renata Castro

Uberlândia/MG

2018

Renata Castro

**O FENÔMENO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA:
IMPLICAÇÕES ÉTICAS E LEGAIS**

Artigo desenvolvido para o componente curricular TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II da Faculdade de Direito Prof.º Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof.^a Dra. Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho.

Uberlândia/MG

2018

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a influência da publicidade dissimulada no processo decisório do consumidor e as implicações legais e éticas do emprego dessa técnica mercadológica. Inicialmente, faz-se uma breve contextualização, mostrando o desenvolvimento da atividade publicitária e das mídias de comunicação. Então passa-se a apresentar as formas que a publicidade dissimulada é veiculada e o seu impacto no comportamento do consumidor. Após analisar os principais aspectos dessa estratégia, definida como *marketing* de guerrilha, faz-se breves apontamentos quanto a regulamentação da atividade publicitária e dos sistemas de controle estatal e privado. Também examina-se os princípios informadores da publicidade no Código de Defesa do Consumidor e as definições de publicidade enganosa e abusiva. Assim, conclui-se que a publicidade dissimulada não coaduna com o princípio da identificação, configurando prática ilícita, cuja classificação em enganosa ou abusiva ainda é controvertida. Por fim, discute-se a responsabilidade penal, civil e administrativa de todos os agentes envolvidos no processo de divulgação da publicidade dissimulada, a saber, agência publicitária, veículo de comunicação e celebridade anunciante. A pesquisa é exploratória e descritiva, com abordagem indutiva e dialética.

PALAVRAS CHAVE: publicidade dissimulada; princípio da identificação; proteção do consumidor.

ABSTRACT

The present article intends to discuss the influence of stealth marketing in consumer decision-making process and the legal and ethical implications of using this technique. Initially, a brief contextualization is made, showing the development of the advertising activity and communication media. It then goes to present the forms stealth marketing appears and its impact on consumer behavior. After analyzing the main aspects of this strategy, defined as guerrilla marketing, brief notes are made about the regulation of advertising and about the state and private control systems. It also examines the principles of advertising in the Consumer Defense Code and misleading and abusive advertising definition. Thus, it is concluded that stealth marketing is not in line with the principle of identification, configuring unlawful practice whose classification as misleading or abusive is still controversial. Finally, discusses the criminal, civil and administrative responsibility of all the agents involved in the process of divulgation of stealth marketing, namely the advertising agency, the communication vehicle and the advertiser celebrity. The research is exploratory and descriptive, with an inductive and dialectical approach.

KEY WORDS: stealth marketing; principle of identification; consumer protection.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 2 FATORES DETERMINANTES PARA O SURGIMENTO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA..... | 7 |
| 3 A PUBLICIDADE DISSIMULADA COMO ESTRATÉGIA DE <i>MARKETING</i> E A LIBERDADE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR..... | 9 |
| 3.1 Formas de publicidade dissimulada..... | 10 |
| 3.2 A reação do consumidor frente a publicidade dissimulada..... | 12 |
| 4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE DISSIMULADA..... | 14 |
| 4.1 Principiologia da publicidade no Código de Defesa do Consumidor | 16 |
| 4.1.1 Princípio da vulnerabilidade | 17 |
| 4.1.2 Princípio da identificação | 19 |
| 4.2. Classificação da publicidade dissimulada em enganosa ou abusiva | 20 |
| 5 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DOS AGENTES ENVOLVIDOS NO PROCESSO DE DIVULGAÇÃO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA..... | 21 |
| 5.1 Responsabilidade administrativa..... | 22 |
| 5.2 Responsabilidade civil..... | 24 |
| 5.3 Responsabilidade penal..... | 25 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 28 |
| REFERÊNCIAS..... | 30 |

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é uma atividade comercial, de caráter persuasivo e informativo, promovida por um patrocinador identificado, com vistas a divulgar um produto, serviço ou marca, junto ao público. É, portanto, uma ferramenta essencial do *marketing*, uma vez que estabelece a comunicação entre as empresas produtoras de bens e os consumidores. Nesse sentido:

[...] cabe à publicidade aproximar — com informação ou persuasão — o fornecedor anônimo do consumidor anônimo; cabe-lhe, igualmente, por em sintonia o produto ou serviço anônimo com uma necessidade também anônima. É seu papel, enfim, influir, decisivamente, na formação do consentimento do consumidor. Aí sua relevância para o Direito.¹

Ressalte-se que, não obstante os termos publicidade e propaganda serem utilizados como sinônimos, não possuem equivalência conceitual. A publicidade, como já mencionado, tem finalidade comercial, enquanto a propaganda está relacionada a divulgação de ideias com fim religioso, filosófico ou político.² A própria legislação, contudo, emprega a palavra propaganda de maneira equivocada. O art.6º da Lei 4.680/65, por exemplo, prevê que “propaganda é qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor traz como penalidade a “contrapropaganda” (art.56, inc.XII). Desse modo, para evitar maiores confusões semânticas, se aceita o uso da expressão propaganda comercial para se fazer referência à publicidade.³

Além de a publicidade ser instrumento essencial para a dinâmica do mercado, haja vista que estimula e direciona o consumo, promovendo o escoamento da produção, também é uma ferramenta de controle social. Essa exerce uma poderosa influência no público, criando necessidades e modificando padrões de consumo. Para tanto, o anunciante lança mão de

1 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle Jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, 1994, p.3. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

2 NUNES, Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 7º edição, 2012, p.109.

3 GALINDO, Daniel dos Santos. Publicidade e Propaganda: Teorias e Estratégias. In: KUNSCH, Margarida Maria Krohling (Org.) *Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas*. S.I.: Difusão Editora, 2008, cap.5, p.211. Disponível em: <<http://www.danielgalindo.ppg.br/teorias%20e%20praticas%20da%20publicidade.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

técnicas de persuasão e truques psicológicos para manipular a vontade dos consumidores.⁴

Assim, ante a importância da publicidade na sociedade de consumo e em razão do seu potencial danoso, considerando a influência que exerce no consumidor, necessário estabelecer mecanismos para o controle dessa atividade. Cumpre destacar que:

Apesar de suas conotações positivas, a publicidade é capaz de representar grandes riscos para os consumidores. A razão disso está no fato de que o desejo de seduzi-los raramente se harmoniza com a divulgação de informações corretas e adequadas sobre os produtos existentes no mercado.⁵

Em vista disso, o Código de Defesa do Consumidor regulamenta a publicidade, dando concretude ao comando constitucional de proteção ao consumidor, sujeito reconhecidamente vulnerável (art.4º, inc.I, CDC). Tal intervenção busca compensar a desigualdade informacional existente entre consumidor e fornecedor-anunciante, criando condições para que este tome decisões conscientes e esclarecidas.

Não se olvide que, para conquistar o público cada vez menos interessado na comunicação exercida pelos veículos de comunicação tradicionais, as organizações têm adotado novas técnicas de convencimento, cuja eticidade e legalidade são bastante controversas. Observa-se que nos grandes centros, por exemplo, um consumidor é exposto a cerca de 3.000 mensagens comerciais por dia. Contudo, somente 80 dessas serão percebidas de forma consciente e apenas 12 provocarão algum tipo de reação.⁶ Isso ocorre porque, para lidar com o excesso de informações e anúncios a que é exposto diariamente, o consumidor acaba criando barreiras mentais para ignorar este tipo de conteúdo.

Nesse cenário, ganha destaque o uso da publicidade dissimulada, também denominada de publicidade oculta ou publicidade invisível. Trata-se de tática discreta e sutil, em que a mensagem mercadológica é transmitida como se fosse um conselho gentil ou uma recomendação. Ao contrário dos anúncios tradicionais, que são veiculados em espaço distinto do editorial e com a

4 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 1ª edição, 2008, p.113.

5 TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal*. Curitiba: Jurua Editora, 2007, p.63.

6 CAVALCANTE, Francisco. *Manual de marketing de guerrilha*. Belém: Labor Editorial, 1ª edição, 2009, p.22.

identificação do patrocinador, esse aparece como parte da experiência do usuário ou espectador, de forma sutil e não invasiva. Assim, a mensagem se torna mais natural e mais atraente.

Cumpra esclarecer, contudo, que a expressão publicidade invisível tem pouco rigor técnico. Na literatura estrangeira, o termo *invisible ads* - publicidade invisível, em tradução livre - usualmente faz referência aos anúncios que, apesar de explícitos, passam despercebidos pelo olhar do consumidor.⁷ Já para designar a publicidade velada ou não ostensiva, conforme conceituado, são utilizados os termos *stealth marketing* e *undercover marketing*, que podem ser traduzidos como *marketing* de emboscada e *marketing* oculto.

Destaca-se, por fim, que o objetivo geral do artigo é caracterizar a publicidade dissimulada e analisar a eticidade e legalidade dessa estratégia mercadológica. O objetivo específico, por sua vez, é verificar a eventual responsabilidade jurídica dos sujeitos envolvidos no seu processo de divulgação. Ademais, o problema de pesquisa consiste em investigar se as normas protetivas existentes são suficientes para garantir a liberdade de escolha do consumidor, frente as agressivas técnicas de *marketing* que vem sendo utilizadas pelas organizações.

A importância do presente estudo consiste em tornar explícita e conhecida essa técnica publicitária, para que o consumidor possa se resguardar. Além disso, é necessário realizar uma sistematização do assunto e fomentar essa importante discussão no país, haja vista que ainda existem poucos trabalhos sobre o tema. A pesquisa é exploratória e descritiva, com abordagem indutiva e dialética. Quanto aos procedimentos, é bibliográfica e documental.

2 FATORES DETERMINANTES PARA O SURGIMENTO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA

A publicidade é uma técnica de comunicação que permeia a sociedade desde o momento em que o homem passou a negociar e trocar produtos entre

⁷ INVISIBLE ads, phantom readers: Worries about fraud and fragmentation may prompt a shake-out in the crowded online-ad industry. *The Economist*, New York, 23 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.economist.com/business/2016/03/23/invisible-ads-phantom-readers>>. Acesso em nov. 2018.

si. Os registros históricos indicam que as primeiras manifestações publicitárias datam da antiguidade clássica, quando pregoeiros anunciavam em alta voz escravos, gado e outros artigos.⁸ Tratava-se, porém, de atividade ainda muito limitada, ante a ausência de recursos.

Com efeito, com a invenção da imprensa a publicidade experimentou um enorme desenvolvimento, o que também foi intensificado pela industrialização e produção em série, uma vez que o aumento significativo da oferta de produtos exigiu a adoção de mecanismos para fomentar as vendas e estimular a demanda. Em vista disso, a publicidade que até os anos 20 possuía caráter meramente informativo, se limitando a descrever o produto ou serviço e a apresentá-lo no mercado, passa a ser utilizada como elemento de convencimento do consumidor (caráter persuasivo).⁹

Para tanto, os anúncios deixaram de lado os discursos estritamente racionais, com destaque às características do bem de consumo divulgado e em como ele se diferencia dos demais, para focar nos benefícios psicológicos e valor simbólico desse. Assim, ocorre a passagem da Era do Produto, caracterizada por um consumidor que compra a nível consciente, buscando as vantagens concretas do bem, para a Era da Imagem, marcada por um consumidor emocional, que procura, principalmente, a identificação com a imagem projetada pela marca.¹⁰

Paralelamente observa-se o surgimento do rádio e da televisão, veículos de comunicação de massa que aumentaram o alcance da publicidade, contribuindo para que essa se tornasse uma grande indústria, que incentiva e molda comportamentos de consumidores do mundo inteiro.

Cumprе salientar que a técnica publicitária se adapta as mudanças sociais e econômicas, incorporando os avanços da tecnologia e estabelecendo novas estratégias de atuação e de comunicação com o consumidor. Não à toa que, com a revolução digital e popularização da *internet*, a publicidade passa a aparecer em redes sociais, sites de busca e e-mails, mídias caracterizadas por

8 TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; El TASSE, Adel. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal*. Curitiba: Jurua Editora, 2007, p.25-26.

9 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle Jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, v.9, 1994, p.3. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

10 GONÇALVES, Gisela. *Publicidade a causas sociais ou um olhar sobre a sua [in]eficácia*, 2004, pag.4. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/_esp/autor.php?codautor=24>. Acesso em 15 set. 2018.

possibilitar a segmentação do público e por propiciar uma maior interação entre marca e consumidor.

Assim sendo, a revolução digital desencadeia uma mudança estrutural no mundo dos negócios, em que a produção em massa dá lugar a customização de massas.¹¹ As organizações voltam suas atenções para determinados nichos, direcionando a comunicação para consumidores específicos, uma vez que mais vale sussurros ocasionais para poucos indivíduos selecionados, do que anunciar agressivamente para todo mundo, ao mesmo tempo, e acabar não sendo notado por ninguém.¹²

Todavia, insta observar que a proliferação de novos produtos, que precisam ser apresentados ao público, o grande número de anunciantes e a consequente exposição do consumidor a milhares de campanhas publicitárias, que concorrem entre si, tem saturado sua capacidade memorizadora. Ademais, o desenvolvimento das técnicas publicitárias foi acompanhado por uma série de ferramentas que possibilitam que o consumidor ignore os anúncios tradicionais, como por exemplo, o uso de assinaturas de serviços de *streaming*.

Nesse cenário, em que se verifica a saturação dos espaços publicitários, a fragmentação da audiência das mídias tradicionais e a segmentação dos mercados, a mensagem publicitária convencional tem passado despercebida pelo destinatário. Para garantir que a comunicação entre as organizações e consumidores seja eficaz, o que só ocorre se esse assimilar a mensagem publicitária e, em algum nível, atender a sugestão do anúncio, é que surge essa nova técnica de *marketing*, denominada de publicidade dissimulada.

3 A PUBLICIDADE DISSIMULADA COMO ESTRATÉGIA DE *MARKETING* E A LIBERDADE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR

O consumo já não pode ser encarado apenas como uma atividade voltada para suprir necessidades individuais, haja vista que está atrelado a ideais de felicidade e pertencimento. Nesse sentido, a despeito do consumo ser, a primeira vista, reflexo da liberdade de escolha do sujeito em adquirir

11 CAVALCANTE, Francisco. *Manual de marketing de guerrilha*. Belém: Labor Editorial, 1ª edição, 2009, p.13.

12 KAIKATI, Andrew M.; KAIKATI, Jack G. Stealth Marketing: How to reach consumers surreptitiously. *California Management Review*, 2004, p.6. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394975>. Acesso em 15 set. 2018.

produtos e serviços, verifica-se que, na sociedade pós-moderna, há o aprisionamento do sujeito frente às diversas técnicas de persuasão utilizadas no mercado,¹³ as quais nem sempre são pautadas em métodos transparentes e leais. As organizações usam táticas que realizam verdadeiros constrangimentos morais e psicológicos, a fim de criar falsas necessidades e seduzir o consumidor.

Ademais, com o emprego do *neuromarketing*, prática que "busca compreender as reações biológicas, conscientes ou inconscientes, relacionadas ao comportamento do consumidor, visando à maior aceitação dos produtos criados e à eficácia da publicidade",¹⁴ há uma intensificação da vulnerabilidade do consumidor, que perde sua autonomia de decisão. Esse acaba assimilando as sugestões publicitárias instintivamente e/ou em razão de falsas interpretações.

Nesse capítulo serão apresentadas algumas das técnicas utilizadas na publicidade dissimulada, bem como o funcionamento dessa estratégia, a fim de se compreender seus efeitos e, posteriormente, discutir sua legalidade e eticidade.

3.1 Formas de publicidade dissimulada

A propaganda testemunhal é uma estratégia de persuasão muito utilizada na publicidade dissimulada, especialmente no ambiente virtual, onde *digitais influencers* realizam parcerias sigilosas com empresas, para veicular depoimentos relatando a experiência com um produto ou serviço, sem indicar o intuito comercial da mensagem ou identificar o patrocinador.

Nesse cenário, ganha destaque um gênero de vídeos do *Youtube*, denominados de *unboxing*, em que o formador de opinião desembulha pacotes, a fim de revelar qual o bem recebido e mostrar sua reação admirada ante as qualidades do produto. Recentemente, a revista *Veja* publicou uma matéria explicando que o sucesso repentino da boneca LOL, entre o público

13 SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.18. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090477.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

14 EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2013, p.45. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/294>>. Acesso em: 20 out. 2018.

infantil, se deu em razão da promoção desse brinquedo por *youtubers* mirins, em vídeos de *unboxing*. A reportagem narra que a complexa estratégia de divulgação do produto criou uma “zona cinzenta que impede crianças, e até adultos, de decifrar o que é publicidade, entretenimento, informação ou uma ação espontânea dos *youtubers*”.¹⁵ Cumpre observar que, nesse caso, o uso da publicidade dissimulada é ainda mais problemático, haja vista que o público infantil é hipervulnerável.

Fora do ambiente virtual, a publicidade dissimulada se dá por meio da contratação de atores que abordam pessoas em situações cotidianas, transmitindo-lhes a mensagem comercial de forma sutil e quase imperceptível. Um dos exemplos mais conhecidos é a campanha da Sony-Ericsson, para divulgar o celular T681, no ano de 2002. A empresa contratou atores para abordar turistas e pedir para que esses lhe fotografassem, a fim de divulgar como a câmera do celular funcionava. Ressalte-se que os atores só poderiam se identificar como tal se fossem questionados a esse respeito. O caso, que ficou conhecido como *Fake Tourist*, dividiu opiniões. Algumas das pessoas abordadas reputaram a prática como intrusiva e enganosa, já outros acharam a estratégia inovadora.¹⁶

Por seu turno, o *teaser*, assim entendido o anúncio que busca despertar a curiosidade do consumidor e fisgá-lo para que acompanhe a campanha publicitária, até que seja revelado o produto final, em razão do seu formato, prescinde da identificação do anunciante e/ou do bem anunciado, conforme art.9º, §2º do Código de Autorregulamentação Publicitária. Todavia, necessário a indicação de que se trata de prévia de propaganda comercial, pois, caso contrário, também resta configurada a prática da publicidade dissimulada.

Assim, verificado as formas como a publicidade dissimulada se apresenta, cumpre analisar o funcionamento dessa estratégia e sua influência no comportamento do consumidor.

15 GODOY, Renato. Boneca LOL: um fenômeno nada espontâneo. *Veja*, s.l., 16 fev. 2018. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/boneca-lol.html>>. Acesso em: 28 set. 2018.

16 KAIKATI, Andrew M.; KAIKATI, Jack G. Stealth Marketing: How to reach consumers surreptitiously. *California Management Review*, 2004, p.10-11. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394975>. Acesso em 15 set. 2018.

3.2 A reação do consumidor frente a publicidade dissimulada

Para melhor compreender o fenômeno da publicidade dissimulada, é necessário investigar o funcionamento dessa técnica, que pode ser classificada como *marketing* de guerrilha:

Como sugere a primeira leitura, o termo marketing de guerrilha é inspirado em um tipo de evento bélico: a guerra não convencional, na qual o principal estratégia é a ocultação e a extrema mobilidade dos combatentes, chamados de guerrilheiros - grupos armados de assalto rápido, extremamente dedicados a uma causa. [...] Historicamente, a guerrilha é resultado de um desequilíbrio e assenta as suas formas de batalha em ataques-surpresa, excelente conhecimento do terreno de batalha e ajuda da população em detrimento de armas avançadas e treino militar específico. O objetivo é levar um adversário, por muito mais forte que seja, a conhecer condições frequentemente muito duras, não empregando contra ele senão meios extremamente limitados.¹⁷

Nesse sentido, o *marketing* de guerrilha é um instrumento de vendas que possibilita às pequenas organizações, com poucos recursos, sobreviver e conquistar espaço em um mercado já dominado por grandes empresas. Todavia, ante a ineficácia da publicidade tradicional, até as grandes empresas tem investido nessa estratégia, a fim de atingir um público amplo, com menos investimento, e para aumentar sua notoriedade.

O *marketing* de guerrilha aposta na utilização de mídias alternativas; na segmentação do mercado; na criação de mídia espontânea; e na promoção de discussões e correntes de comentários, o chamado *buzz marketing*.¹⁸ Além disso, para despertar a atenção do consumidor, é necessário que a mensagem seja criativa e inovadora.

A opção por mídias não convencionais decorre do elevado custo para se anunciar nos meios de comunicação tradicionais, como na televisão, por exemplo, bem como em razão da saturação desses espaços. Assim sendo, o *marketing* dissimulado aparece, principalmente, nos ambientes virtuais, em redes sociais e sites de compartilhamento de vídeos, veículos que muito contribuíram para a transição do mercado de massa para o mercado de nicho.

A segmentação de mercado diz respeito ao direcionamento das campanhas a um público específico, de modo a garantir que os recursos destinados à publicidade não sejam gastos com pessoas que não atendam aos

17 CAVALCANTE, Francisco. *Manual de marketing de guerrilha*. Belém: Labor Editorial, 1ª edição, 2009, p.15.

18 Ibidem, p.18.

interesses da marca. Ademais, isso garante que as organizações adquiram um profundo conhecimento do consumidor, produzindo uma maior identificação entre o público e a marca anunciante, através de ofertas personalizadas.

Já o *buzz marketing*, tática que se assemelha ao boca a boca, se dá quando o próprio consumidor passa o anúncio adiante, dispersando a ideia publicitária e contagiando-se mutuamente. A publicidade dissimulada provoca essa reação em cadeia, maximizando o alcance da mensagem mercadológica e dos resultados da campanha, sem custos adicionais. Martin Lindstrom explica que isso ocorre em razão de uma “tendência inata para espalhar recomendações a outras pessoas”,¹⁹ em processo semelhante à fofoca. Ademais, esclarece que a repetição da mensagem mercadológica desencadeia uma recompensa química, pois o cérebro acaba liberando dopamina, substância relacionada ao vício e a sensação de prazer e bem-estar.

A mídia espontânea, por sua vez, é a divulgação do produto ou serviço, por um agente que não tenha ligação aparente com a empresa, por meio de sutis referências em meio a conteúdos de entretenimento, arte, estética, comunicação ou notícia. A publicação de uma matéria em veículo de comunicação influente ou comentários positivos de formadores de opinião, e mesmo de consumidores, confere mais credibilidade a mensagem e contribui para a criação de uma imagem positiva da marca. Ademais, o produto ou serviço acaba sendo divulgado e assimilado como pré-aprovado.

As recomendações e comentários de amigos e *digitais influencers* são mais confiáveis que as propagandas comerciais tradicionais, veiculadas pelos próprios anunciantes. Quando o consumidor percebe que está diante de uma mensagem publicitária, acaba criando filtros para interpretar as informações. Todavia, quando o anúncio não é explícito, esse não cria nenhuma reserva mental e, em razão disso, tende a aceitar a sugestão realizada com mais facilidade. Enquanto a propaganda convencional estimula regiões racionais e funcionais do cérebro, o que sugere desconfiança, a publicidade dissimulada ativa a ínsula, que coordena emoções sociais, como a luxúria, o desejo e empatia.²⁰

19 LINDSTROM, Martin. *Brandwashed - O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?*. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002, p.288.

20 Ibidem, p.288.

Dessa forma, uma das armas de convencimento mais poderosas que existem é a influência dos pares, sejam eles amigos, vizinhos, personalidades admiradas ou até mesmo pessoas estranhas. Não é atoa que, antes de adquirir um produto, grande parte dos compradores consultam opiniões, blogs e comentários *online*, mesmo tendo ciência que esses podem ter sido escritos por pessoas ligadas a marca ou a organização.²¹

No livro *Brandwashed*, Martin Lindstrom relata uma interessante experiência que demonstra o poder da recomendação. Foram contratados atores para se passarem por uma família bem-sucedida, recém-mudada para Laguna Beach, bairro de alto nível, na área costeira do sul da Califórnia. A missão do grupo, identificado como família Morgensons, era apresentar diversos produtos aos vizinhos, de forma sutil, para análise do quanto seriam capazes de modificar os padrões de compra daqueles, com simples comentários. O autor ficou maravilhado com o resultado: “os amigos dos Morgensons acabaram comprando a média de três marcas por pessoa, entre as dez recomendadas pela família”.²²

Conclui-se, portanto, que em razão da forma como se apresenta para o público, o *marketing* dissimulado é uma prática intrusiva, que interfere sobremaneira no processo de tomada de decisão do consumidor. Isto posto, necessário refletir quanto a legalidade do emprego do *marketing* dissimulado, bem como quanto a eticidade dessa prática. Não se olvide que, enquanto ato pré-contratual, a publicidade deve atender aos ditames da boa-fé e da função social, além de preservar a dignidade humana, fundamento máximo de toda a ordem jurídica.

4 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE DISSIMULADA

A publicidade é uma importante ferramenta do mercado, haja vista que fomenta o desejo de consumo, cria necessidades e provoca demanda. Além disso, é o principal instrumento que as organizações lançam mão na luta concorrencial. Assim sendo, seu controle perpassa a discussão entre livre

21 LINDSTROM, Martin. *Brandwashed - O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?*. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002, p.140.

22 *Ibidem*, p.286

iniciativa x intervenção do Estado. Para a corrente liberal, pautada na ideia de que o indivíduo é livre e dotado de poder de escolha e de que o próprio mercado, através da livre concorrência, é capaz de garantir as condições para esse defina suas preferências, a interferência estatal é considerada desnecessária e indesejável.²³

Todavia, dificilmente o mercado consegue conciliar seu interesse maior, qual seja, o lucro, com a correção dos desvios da publicidade e, por conseguinte, com a proteção do consumidor, o que pode acarretar um enorme prejuízo coletivo. Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin:

[...] publicidade é um desses temas que desafiam o legislador, apresentando grandes riscos para o consumidor, pois são de difícil harmonização o desejo de sedução e a necessidade de informação adequada, respeitando certas regras e valores que dão norte à convivência social, inspirando o consumo, mas não o consumismo.²⁴

Assim, para assegurar a harmonização do exercício da livre iniciativa e dos direitos do consumidor, a Constituição Federal, em seu art.170, elenca a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica. Ademais, o art.5º, inc. XXXII a prevê como garantia fundamental do cidadão e dever do Estado.

Ressalte-se que, não obstante a publicidade também encontrar fundamento na garantia constitucional de liberdade de expressão, diferencia-se da simples manifestação artística, em razão do caráter comercial. Dessa forma, é lícito estabelecer restrições ao seu exercício, para que o consumidor tenha condições de decidir, de forma consciente e esclarecida, quanto a aquisição ou não de um produto ou serviço.

Nessa linha, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin aponta quatro principais justificativas para o regramento da publicidade:

a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (*modelo concorrencial*); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (*modelo informativo*); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (*modelo da manipulação de preferências*); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (*modelo cultural*).²⁵

23 ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, 2012, p.202. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12545/0>>. Acesso em: 20 out. 2018.

24 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle Jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, 1994, p.12. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

25 Ibidem, p.48.

Ressalte-se que o modelo de regulamentação adotado no Brasil é misto, com participação estatal e dos próprios agentes do mercado publicitário. O sistema privado é caracterizado pela atuação do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), associação que zela pela liberdade de expressão publicitária e pela preservação das normas éticas do setor, contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP).

Muito se discute, porém, quanto ao reconhecimento desse sistema, pois não há nenhuma previsão legal que o legitime. Ademais, os pareceres do CONAR não têm vinculatividade ou coercitividade, haja vista que o órgão não possui poder de polícia. Entretanto, forçoso concluir que esse constitui instância de controle autônoma e independente, complementar ao sistema estatal, pois possui atuação ativa e reconhecida pelos integrantes do setor.

O modelo estatal, por sua vez, compreende a criação de normas, via poder legislativo, bem como a fiscalização de seu cumprimento e punição das infrações identificadas, no âmbito administrativo ou judicial. A legislação que cuida da publicidade, no âmbito do sistema de controle estatal, é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), norma criada para atender a exigência contida no art.48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como para assegurar a efetiva proteção do consumidor.

O diploma consumerista é uma norma de ordem pública e interesse social. Possui natureza principiológica e traz conceitos intencionalmente vagos e indeterminados, para possibilitar uma interpretação ampla e que corresponda a realidade da sociedade.

4.1 Principiologia da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

A regulamentação da publicidade tem vistas a compensar o desequilíbrio informacional entre fornecedor e consumidor, prestigiando, portanto, o princípio da vulnerabilidade, "núcleo central do Código de Defesa do Consumidor".²⁶

26 REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos tribunais**, v. 956, p.1, 2015. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000167bc16598881fd715e&docguid=10610b400fb9e11e485db01000000000&hitguid=10610b400fb9e11e485db010000000000&spos=1&epos=1&td=2553&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 17 dez. 2018.

Ressalte-se que o diploma consumerista traz princípios jurídicos próprios para orientar a atividade publicitária, a saber, princípio da identificação, da veracidade e da vinculação.²⁷

O princípio da vinculação, com previsão no art.30 do CDC, estabelece que o anunciante está obrigado a cumprir a oferta publicitária veiculada e que esta integra os termos do futuro contrato. Ressalte-se, porém, que para que a publicidade seja equiparada à oferta essa precisa apresentar informações suficientemente precisas sobre o produto ou serviço divulgado. A publicidade institucional, por exemplo, não contém oferta.

Já o princípio da veracidade está relacionado a exigência de que as informações veiculadas na propaganda comercial sejam corretas e verdadeiras, de modo que o consumidor realize uma escolha livre e consciente. Esse é materializado no art.36, parágrafo único do CDC, que impõe ao fornecedor o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem a correspondência das afirmações publicitárias com as qualidades do produto ou serviço divulgado (transparência da fundamentação).

O princípio da identificação, em razão de sua relevância para o estudo da publicidade dissimulada, será analisado em tópico específico, assim como o princípio da vulnerabilidade.

4.1.1 Princípio da vulnerabilidade

O termo vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, ou seja, *que pode ser ferido*) é usado para identificar grupos ou indivíduos que se encontram em situação de risco, devido à sua fragilidade e que, em razão dessa condição, são mais suscetíveis a danos físicos ou morais. Ressalte-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, todo consumidor é reconhecido como sujeito vulnerável, conforme presunção legal estabelecida no art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor.

Não se olvide que o princípio da vulnerabilidade é o fundamento de todo o sistema de proteção do consumidor, cujo fim último é garantir o equilíbrio das partes na relação de consumo, para que a autonomia privada não se traduza

27 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2018, p.271.

na submissão do consumidor - parte contratante mais fraca - à condições iníquas ou abusivas, unilateralmente impostas pelo fornecedor.²⁸

A vulnerabilidade "não se confunde com inexperiência ou hipossuficiência, embora possa ser agravada pela primeira circunstância e ser fundamento da segunda".²⁹ Com efeito, trata-se de conceito amplo e multidimensional, podendo se apresentar sob o aspecto técnico, decorrente da falta de conhecimento sobre o produto ou serviço que o consumidor pretende adquirir; aspecto jurídico, relacionado a dificuldade de compreensão dos efeitos do negócio jurídico celebrado, bem como da dificuldade na defesa dos seus direitos; aspecto fático, em razão da disparidade econômica entre os contratantes; e aspecto informacional, decorrente da insuficiência, ausência ou complexidade das informações veiculadas.

Além disso, necessário reconhecer a existência de uma vulnerabilidade cultural, que surge com a transformação do sujeito em mercadoria, na sociedade pós-moderna; vulnerabilidade socioeconômica, haja vista que o fornecedor detêm o poder econômico e controle sobre os bens de produção; e vulnerabilidade biopsicossocial, relacionada aos estímulos que atingem o bem estar da psique do consumidor e que interferem no seu processo de tomada de decisão.³⁰ Nesse sentido, pode-se concluir que a vulnerabilidade biopsicossocial está intimamente relacionada às estratégias de marketing utilizadas no mercado, como a publicidade dissimulada.

De forma geral, a vulnerabilidade guarda estreita relação com o princípio da igualdade e da liberdade,³¹ haja vista que o emprego de técnicas de *neuromarketing* por parte do fornecedor-anunciante suprimem, em certa medida, a liberdade de escolha do consumidor, acentuando sua fragilidade, conforme apontado no seguinte trecho:

28 REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 956, p.2, 2015. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000167bc16598881fd715e&docguid=i0610b400fb9e11e485db01000000000&hitguid=i0610b400fb9e11e485db010000000000&spos=1&epos=1&td=2553&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 17 dez. 2018.

29 TEIXEIRA, Rafael Carneiro d'Ávila. O princípio da vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço. *Revista do CEPEJ*, cap. XVII, p.433, 2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22348>>. Acesso em 17 dez. 2018.

30 *Ibidem*, p.445.

31 BORGES, Luis Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, São Paulo, 2010, p.58. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150326.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.

No movimentado campo da oferta, a diversificação das formas de oferecimento de produtos e serviços agregaram inéditos contornos e, assim, novas preocupações ao ambiente negocial. Sites de estabelecimentos virtuais - e mais recentemente, blogs e redes sociais - assumiram o papel de canal de apresentação e distribuição desses bens, induzindo a um consumo atropelado dos pontos de vista informacional, financeiro e psicológico, dada as fragilidades do agente econômico consumidor.

Com o passar dos anos, o incremento das formas e espaços publicitários agravaram aquela condição, deixando o consumidor cada vez mais fascinado pelo consumo que, tornado compulsão, alimento da vaidade e revelação de falsas necessidades, restou órfão de estruturas de prevenção de problemas, circunstância que culminou no incremento da condição de fragilidade do consumidor.³²

Isto posto, resta evidente a importância do regramento da publicidade, bem como o estabelecimento de princípios balizadores, a fim de impedir que a publicidade assumira esses contornos e agrave, ainda mais, a condição de vulnerabilidade do consumidor.

4.1.2 Princípio da identificação

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, conforme determina o art.36, caput do CDC, que positivou o princípio da identificação, corolário da boa-fé objetiva e do dever de transparência e lealdade entre as partes. Isto posto, o fornecedor está obrigado a caracterizar a publicidade, de modo que até o consumidor mais desatento perceba estar diante de uma mensagem comercial. Assim sendo, os anúncios publicitários devem ser veiculados em espaço distinto do editorial e com a indicação do patrocinador.

Ressalte-se que a publicidade clandestina, dissimulada e subliminar violam o princípio da identificação.³³ A publicidade clandestina, espécie de merchandising, muito comum em filmes e novelas, consiste na inserção intencional de um produto ou logomarca, em situações normais do programa, por vezes, como se fosse parte do cenário. Já a publicidade subliminar é

32 SANTOS, Adriana de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista dos Tribunais*, v. 116/2018, p.3, 2018. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?>

&src=rl&srguid=i0ad6adc500000167c3d61e138668f492&docguid=lcbc95df0396211e8b42201000000000&hitguid=lcbc95df0396211e8b4220100000000000&spos=2&epos=2&td=2553&context=9&crumb-action=append&crumb-

label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em 17 dez. 2018.

33 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2018, p.272.

aquela que utiliza de ardis para influenciar o comportamento do consumidor, inclusive com o emprego de estímulos ao seu estado inconsciente. Por fim, a publicidade dissimulada, como já definido, é aquela “disfarçada” de informação isenta ou recomendação gentil, veiculada como parte do conteúdo editorial normal, de modo que o público não note a finalidade promocional da mensagem.

Toda publicidade que fere qualquer dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor deve ser considerada ilícita e, nos termos do art.37, será classificada em ilícita ou enganosa.

4.2. Classificação da publicidade dissimulada em enganosa ou abusiva

A publicidade enganosa é aquela que apresenta informações falsas ou que omite dados importantes sobre o produto ou serviço anunciado, induzindo o consumidor a uma falsa representação da realidade. Desse modo, propicia uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a erro. Por seu turno, a publicidade abusiva é aquela que contraria princípios e valores éticos ou legais, como a publicidade discriminatória, que incite à violência, que explore o medo ou a superstição, que desrespeite o meio ambiente, que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança e que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança.

A classificação da publicidade dissimulada, em enganosa ou abusiva, ainda é tema controvertido e suscita inúmeras discussões. Em uma primeira análise, essa pode ser facilmente caracterizada como abusiva, uma vez que ofende valores éticos. Assim sendo, foi aprovada uma tese independente, no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), segundo a qual “A publicidade invisível, entendida como a mensagem publicitária que não é perceptível como tal, constitui prática abusiva nas relações de consumo, ainda que apresentada sob a forma de *teaser* e/ou divulgada por meio da internet”.³⁴

Todavia, não se olvide que o consumidor é levado a erro quanto a natureza e a origem da mensagem, de modo que a publicidade dissimulada

34 BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Teses Independentes. XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/xiiicongresso/pagina/teses>> Acesso em 17 dez. 2018.

também poderia ser caracterizada como enganosa. Acerca do tema, cumpre observar o seguinte posicionamento:

[...] tendo em vista a potencialidade de indução do consumidor em erro quanto à origem e a natureza da mensagem veiculada, dado que camuflada sob a aparência de informação neutra e desinteressada, esse tipo de publicidade pode ser enquadrada como modalidade mais amplo do gênero de publicidade enganosa. Com efeito, embora nossa Código de Defesa do Consumidor não tenha regulamentado especificamente nenhuma técnica publicitária, tampouco recepcionado qualquer disposição especial sobre a publicidade oculta enquanto modalidade de enganabilidade, pode-se afirmar que em virtude da recepção do princípio da identificação da mensagem publicitária (art.36), a veiculação de qualquer publicidade que impossibilite o consumidor de identificá-la está proibida. O uso de peças publicitárias camufladas é repellido por nosso ordenamento jurídico.³⁵

Para corroborar a ultima posição, destaca-se que classificação como publicidade abusiva é residual, haja vista que "em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso."³⁶

5 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DOS AGENTES ENVOLVIDOS NO PROCESSO DE DIVULGAÇÃO DA PUBLICIDADE DISSIMULADA

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é, subjetivamente, uma lei especial, que regula somente as relações de consumo. Todavia, possui campo de aplicação geral, haja vista que irradia sua disciplina para todos os ramos do Direito, contando com normas de caráter civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104). Assim sendo, é interdisciplinar ou, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, é "uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar".³⁷

Outra importante observação quanto a sua natureza, é que se trata de norma principiológica, estruturada em conceitos indeterminados e cláusulas gerais, e não em normas tipificadoras de condutas. Assim sendo, em razão de seu caráter aberto, o Código de Defesa do Consumidor recepciona as novas

35 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para a Avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p.52. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/en.php>>. Acesso em: 27 set. 2018.

36 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, 10ª edição, p.354.

37 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 1ª edição, 2008, p.13.

técnicas publicitárias, sendo desnecessária a criação de uma regulação específica para coibir a publicidade dissimulada, que configura prática ilícita (art.37, CDC).

Nesse capítulo, pretende-se traçar um panorama da responsabilidade jurídica dos agentes envolvidos no processo de divulgação da publicidade dissimulada, a saber, agência publicitária, veículo de comunicação e celebridade anunciante, em âmbito administrativo, cível e penal. Ressalte-se que na seara administrativa, além do controle Estatal, há também a incidência das normas de autorregulamentação, ou seja, do sistema privado.

Com efeito, necessário observar que os agentes de controle têm dificuldades para identificar e combater a publicidade dissimulada. Ademais, é extremamente difícil fazer prova quanto a sua ocorrência para posterior responsabilização dos envolvidos, com aplicação de sanções administrativas, civis e/ou penais.

5.1 Responsabilidade administrativa

No âmbito de controle estatal, destaca-se a atuação do PROCON, (Fundação de Defesa do Consumidor), órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Esse instaura processos administrativos, para apuração de eventuais ilegalidades e aplicação de sanções administrativas, mediante requerimento de um consumidor interessado ou de ofício, em razão de sua atividade de monitoramento e fiscalização. Ademais, também realiza trabalhos educativos junto as empresas anunciantes e de conscientização do consumidor.

As sanções administrativas estão previstas no art.56 do Código de Defesa do Consumidor. Uma das penalidades de maior relevância é a imposição de contrapropaganda, que corresponde a veiculação de um anúncio corretivo, nos mesmos moldes do anterior, para desfazer o malefício da publicidade enganosa, garantindo a devida informação do consumidor.

O controle administrativo da publicidade também é realizado pelo CONAR, órgão responsável pelo controle privado da publicidade. Esse zela pela aplicação dos princípios éticos contidos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), portanto, cumpre trazer os seguintes dispositivos:

Artigo 28: O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

Artigo 29: Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.

Parágrafo único Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de “merchandising”.

Artigo 30: A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

Artigo 31: Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação. Parágrafo único Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos: a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil; b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito; c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

Desse modo, verifica-se que CBARP também consagra o princípio da identificação publicitária e, mais que isso, condena algumas práticas de publicidade clandestina, como o *merchandising*, e de publicidade oculta, haja vista que exige a veiculação da propaganda comercial em espaço distinto do editorial.

Ressalte-se que a responsabilidade pela observância dos preceitos do CBARP cabe ao anunciante e a agência publicitária, bem como ao veículo de comunicação, realizadas algumas ressalvas no art.45. As penalidades impostas pelo CONAR são advertência; recomendação de alteração ou correção do conteúdo do anúncio; recomendação aos veículos de comunicação para que suspendam a divulgação do anúncio; e divulgação da posição do órgão com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas (art.50).

Ademais, verifica-se que as celebridades anunciantes ou digitais *influencers* também respondem pela violação às normas do sistema de autorregulamentação. Recentemente a atriz Bruna Marquezine foi notificada pelo CONAR, em razão de *posts* publicitários do carro Fiat Argo e de batons da marca Eudora, veiculados no seu *Instagram*, sem indicação de que se tratavam de mensagens publicitárias. A celebridade logo atendeu a recomendação do órgão e acrescentou na descrição a *hashtag* indicativa *#publipost*.³⁸

38 BRUNA Marquezine notificada pelo Conar por publicidade enrustida. *Veja*, s.l., 28 set. 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/entretenimento/bruna-marquezine-notificada-pelo->

5.2 Responsabilidade civil

A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos é direito básico do consumidor (art.6º, inc.VI do CDC). Assim, no que diz respeito a responsabilidade civil, observa-se que o fornecedor-anunciante, agente responsável pela veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, nos termos do art.38 do CDC, responde objetivamente pelos danos causados.

Tal conclusão decorre da interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que a responsabilidade objetiva é a regra no campo da proteção individual e da solução do fornecimento viciado. Não seria razoável que no plano da proteção transindividual fosse reservada uma tutela de menor abrangência, que dependesse da análise das intenções subjetivas do fornecedor.³⁹ Nesse sentido:

O sistema que informa a responsabilidade civil decorrente da publicidade ilícita, portanto, é o mesmo para toda relação de consumo, ou seja, objetivo. Trata-se de sistemática fundada na teoria do risco do empreendimento e que requer apenas a comprovação do nexos causal entre a ação ou omissão do agente (veiculação de comunicação publicitária ilícita) e o dano gerado, ainda que em sua potencialidade.⁴⁰

Muito se discute, porém, quanto a responsabilização das agências publicitárias, dos veículos de comunicação e das celebridades que participam da publicidade.

Rizzato Nunes defende que todos aqueles que participam da cadeia de produção e da veiculação do anúncio possuem responsabilidade solidária e objetiva, podendo responder diretamente junto ao consumidor pelos danos causados.⁴¹ O autor fundamenta que o art.7º, parágrafo único do CDC, prevê que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

conar-por-publicidade-enrustida/>. Acesso em: 30 set. 2018.

39 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p.424.

40 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para a Avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p.287. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/en.php>>. Acesso em: 27 set. 2018.

41 NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2012, p.565.

Fabio Ulhoa Coelho, contudo, sustenta que o fornecedor-anunciante assume a responsabilidade integral pelos danos causados, na seara cível, pois nada é feito sem seu conhecimento, orientação ou aprovação.⁴² Esse entendimento, inclusive, tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴³

Já Antônio Herman Benjamin defende que o fornecedor-anunciante possui responsabilidade objetiva e, nas situações em que a desconformidade do anúncio decorrer de falha imputada à agência ou ao veículo de comunicação, esses respondem perante o anunciante, em direito de regresso, conforme regras do civil (arts.186 e 187 do CC). Ademais, entende que é cabível a responsabilização das celebridades que endossam as qualidades do produto ou serviço.⁴⁴

O último posicionamento, por garantir a efetiva proteção do consumidor, sem alargar a responsabilidade objetiva do fornecedor para agentes que não se encaixam nessa definição, parece mais adequado.

No que diz respeito a responsabilização do veículo de comunicação, no caso da publicidade dissimulada veiculada nas redes sociais, cumpre observar que os provedores de conexão à internet são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, consoante art.18 do Marco Civil da Internet (Lei 12965/14). Por seu turno, a responsabilidade civil da celebridade ou do *digital influencer* decorre da violação da boa-fé e deveres anexos, uma vez que a relação com seus seguidores é pautada no elemento confiança.

5.3 Responsabilidade penal

A publicidade enganosa e abusiva prejudica a ordem econômica e as relações de consumo. Ademais, de forma indireta, atinge a saúde o patrimônio do consumidor. Dessa forma, trata-se de matéria digna da tutela do direito penal, conforme reconhecido no art.67 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

42 COELHO, Fábio Ulhoa. Op., cit., p.433.

43 vide: STJ. REsp 1157228/RS. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. QUARTA TURMA. Julgamento 03/02/2011. Publicação DJe 27/04/2011.

44 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, n. p.. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Ressalte-se que o mencionado artigo, na proposta original, continha um parágrafo único que dispunha que "incorrerá nas mesmas penas, quem fizer ou promover publicidade de modo que dificulte sua identificação imediata". Todavia, esse foi vetado pela presidência da República, sob a alegação de que não fora descrito, de forma clara e precisa, a conduta a ser proibida, o que violaria o art.5º, inc.XXXIX da CF.⁴⁵

Nesse sentido, não há no ordenamento jurídico, a tipificação específica da publicidade dissimulada, o que não desautoriza, porém, a sua consideração como atividade criminosa. Isso porque o art.67 do CDC apresenta um tipo aberto, com cláusulas gerais, a saber, *abusiva* e *enganosa*, que permitem "o controle de legalidade das mais variadas inovações publicitárias".⁴⁶

O art.67 do CDC tipifica a conduta de *fazer* ou *promover* a publicidade ilícita. No que diz respeito a conduta de *promover*, o responsável é o veículo de comunicação que realiza a divulgação da publicidade ilícita, ou seja, as pessoas naturais encarregadas pela sua transmissão. Já quanto a conduta de *fazer*, em regra, o agente responsável é o publicitário. Contudo, não se olvide que a sua atuação se dá por ordem e responsabilidade do anunciante. Dessa forma, ambos podem ser sujeitos ativos do delito:

O anunciante pode ser partícipe ou mesmo autor do delito em questão. Se apenas colaborar dolosamente com o fato típico, por exemplo, aprovando a mensagem a ser publicada, ciente do caráter enganoso ou abusivo, pode caracterizar a concorrência para o crime e ser considerado partícipe. Todavia, se ele próprio (fornecedor) elabora o conteúdo da mensagem publicitária e encaminha ao profissional contratado, será considerado autor do delito.

No entanto, ser fornecedor o autor do delito não exclui absolutamente a responsabilidade do publicitário, pois esse, quando ciente da ilegalidade, também será responsável penalmente.⁴⁷

Por seu turno, o sujeito passivo do delito é a coletividade de consumidores exposta à mensagem publicitária enganosa ou abusiva (art.29, CDC) e/ou o consumidor isoladamente considerado (art.2º, CDC).

Quanto a tipicidade subjetiva, observa-se que a expressão *que sabe* representa o dolo direto e a expressão *que deveria saber*, o dolo eventual. Entretanto, cumpre ressaltar que alguns autores defendem que *deveria saber*

45 TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EI TASSE, Adel. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal*. Curitiba: Jurua Editora, 2007, p.108.

46 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para a Avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p.94. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/en.php>>; Acesso em: 27 set. 2018.

47 TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EI TASSE, Adel. Op. cit., p.114.

corresponde a modalidade culposa,⁴⁸ entendimento com o qual não se concorda, pois se assim fosse o legislador equipararia o grau de reprovabilidade de ambas condutas. Ademais, consoante art.18 do Código Penal, é necessário que haja expressa previsão legal para se punir uma conduta a título de culpa, o que não é o caso.

Por fim, destaca-se que o delito é de mera conduta. Para sua consumação não se exige que o destinatário adquira ou utilize o produto ou serviço, basta a exteriorização da publicidade ilícita e da exposição aos consumidores. Nesse sentido, sendo um delito plurissubsistente, possível a tentativa.

48 TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EI TASSE, Adel. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal*. Curitiba: Jurua Editora, 2007, p.158.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade é uma ferramenta de comunicação entre fornecedores e consumidores, parte reconhecidamente vulnerável, que merece especial proteção do ordenamento jurídico, conforme determinação constitucional. Assim, para equilibrar essa relação e garantir um diálogo saudável, o Código de Defesa de Consumidor traz uma série de princípios para nortear a atividade publicidade.

A publicidade dissimulada, assim entendida como aquela que não conta com a identificação do patrocinador e que não é veiculada em espaço distinto do editorial, atenta contra o princípio da identificação da mensagem publicitária (art.36, CDC). Essa prática mercadológica interfere sobremaneira no processo decisório do consumidor, haja vista que, em razão de ser veiculada de forma não ostensiva, como se fosse uma recomendação ou comentário isento, este não cria nenhuma reserva mental, assimilando prontamente a sugestão do anúncio. Além disso, o produto/serviço já é apresentado como pré-aprovado.

Isto posto, cumpre destacar que a publicidade dissimulada configura prática ilícita (art.37, CDC), cuja classificação em enganosa ou abusiva ainda é controvertida. Não se olvide que, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de natureza principiológica, estruturada em conceitos indeterminados e cláusulas gerais, e não em normas tipificadoras de condutas, esse recepciona diversas novas técnicas publicitárias, sendo desnecessária a criação de uma regulação específica para coibir a publicidade dissimulada.

Por fim, insta observar que o Código de Proteção ao Consumidor irradia sua disciplina para todos os ramos do Direito, de modo que os agentes envolvidos no processo de divulgação da publicidade dissimulada podem responder na esfera civil, administrativa e penal.

Em âmbito administrativo destaca-se a atuação do PROCON, órgão integrante do sistema de controle Estatal, responsável pela apuração de eventuais ilegalidades e aplicação de sanções administrativas (art.56, CDC), bem como a atuação do CONAR, órgão integrante do sistema de controle privado (autorregulamentação). Já em âmbito civil, o fornecedor-anunciante responde objetivamente pelos danos causados com a divulgação de publicidade dissimulada e, nas situações em que a desconformidade do

anúncio decorrer de falha imputada à agência ou ao veículo de comunicação, esses respondem perante o anunciante, em direito de regresso, conforme regras do civil (arts.186 e 187 do CC). Ademais, cabível a responsabilização das celebridades que endossam as qualidades do produto ou serviço, em razão da violação da boa-fé e do dever anexo de confiança. Em âmbito penal, por sua vez, pune-se tanto aquele que *faz* a publicidade, ou seja, o publicitário e o fornecedor-anunciante, que pode ser autor ou partícipe do delito, quanto aquele que *divulga* a publicidade dissimulada, a saber, o veículo de comunicação.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle Jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, 1994. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 16 out. 2018.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- BORGES, Luis Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150326.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- CAVALCANTE, Francisco. *Manual de marketing de guerrilha*. Belém: Labor Editorial, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para a Avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/en.php>>. Acesso em: 27 set. 2018.
- EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 11, n. 15, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/294>>. Acesso em: 20 out. 2018.
- GALINDO, Daniel dos Santos. Publicidade e Propaganda: Teorias e Estratégias. In: KUNSCH, Margarida Maria Krohling (Org.) *Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas*. S.l.: Difusão Editora, 2008, cap.5, p.210-222. Disponível em: <<http://www.danielgalindo.ppg.br/teorias%20e%20praticas%20da%20publicidade.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

GONÇALVES, Gisela. *Publicidade a causas sociais ou um olhar sobre a sua [in]eficácia*. Biblioteca on-line de ciências da comunicação, 2004. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/_esp/autor.php?codautor=24>. Acesso em 15 set. 2018.

KAIKATI, Andrew M.; KAIKATI, Jack G. Stealth Marketing: How to reach consumers surreptitiously. *California Management Review*, vol.46, nº4, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394975>. Acesso em 15 set. 2018

LINDSTROM, Martin. *Brandwashed - O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?*. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2018.

NUNES, Rizatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2012.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos tribunais*, v. 956, 2015. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000167bc16598881fd715e&docguid=10610b400fb9e11e485db01000000000&hitguid=10610b400fb9e11e485db01000000000&spos=1&epos=1&td=2553&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 17 dez. 2018.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12545/0>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SANTOS, Adriana de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista dos Tribunais*, v. 116/2018, 2018. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000167c3d61e138668f492&docguid=1c9c95df0396211e8b42201000000000&hitguid=1c9c95df0396211e8b42201000000000&spos=2&epos=2&td=2553&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 17 dez. 2018.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090477.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

TEIXEIRA, Rafael Carneiro d'Ávila. O princípio da vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço. *Revista do CEPEJ*, cap. XVII, 2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22348>>. Acesso em 17 dez. 2018.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini; PRADO, Luiz Regis; EI TASSE, Adel. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90 - Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal*. Curitiba: Jurua Editora, 2007.