



Centro Universitário de Brasília - Uniceub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

THAISA BRITO PORTAL DE ALMEIDA BEZERRA

***A PUBLICIDADE ABUSIVA VEICULADA POR MEIO DOS
BLOGS E DAS MÍDIAS SOCIAIS***

BRASÍLIA

2016

THAISA BRITO PORTAL DE ALMEIDA BEZERRA

**A PUBLICIDADE ABUSIVA VEICULADA POR MEIO DOS BLOGS E DAS
MÍDIAS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Henrique Franco Palhares

BRASÍLIA
2016

THAISA BRITO PORTAL DE ALMEIDA BEZERRA

**A PUBLICIDADE ABUSIVA VEICULADA POR MEIO DOS BLOGS E DAS
MÍDIAS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Paulo Henrique Franco Palhares

Brasília, de de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Henrique Franco Palhares

Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a minha mãe, grande responsável pelo meu ingresso no curso de Direito, por todo o esforço e dedicação para que eu tivesse as melhores oportunidades possíveis na vida. Também agradeço aos meus avós por depositarem em mim o carinho e a consideração dignos de uma filha. Aos meus tios pela disposição em me auxiliar sempre que necessário. Ao Filipe pela paciência e generosidade ao compartilhar suas experiências comigo durante esse período. Aos meus colegas de curso por todas as dificuldades superadas com bom humor e determinação. Agradeço, ainda, ao Professor Paulo Palhares por ter acreditado, desde o início, na relevância do meu trabalho e por toda a disposição e competência ao compartilhar conhecimento comigo.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”

(John Locke)

RESUMO

A pretensão do presente trabalho é avaliar a nocividade que envolve a propagação, por meio de *blogs* e mídias sociais, da publicidade que não observa os preceitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Preliminarmente, para que tal estudo fosse possível, foi analisado o tratamento dado pela Constituição Federal ao tema da defesa do consumidor e a sua relevância dentro do contexto de uma sociedade voltada para o consumo. Posteriormente, foram estudados os princípios constitucionais que norteiam o direito do consumidor, com a devida ênfase em relação à importância do princípio da boa-fé e o princípio da liberdade. Tendo como objetivo o aprofundamento do tema, foi também realizada uma análise quanto à evolução da Internet e das novas formas de comunicação viabilizadas pela rede mundial, assim como houve o estudo da regulamentação da publicidade feita pelo Código de Defesa do Consumidor. Por fim, foi abordada a temática referente às modalidades de publicidade ilícita, além de ter sido realizada a análise de quatro casos em que houve violação do Direito do Consumidor em virtude da forma ilícita como a publicidade foi veiculada por meio dos *blogs* e mídias sociais. Busca-se, por meio de uma análise doutrinária e dos casos concretos apresentados, uma reflexão em relação aos prejuízos inerentes a essa modalidade de violação ao Direito do Consumidor e a necessidade de atualização legislativa. Conclui-se que são necessárias medidas mais duras por parte do controle misto existente no Brasil e que a necessidade de atualização legislativa mostra-se irrefutável.

Palavras-chave: Publicidade abusiva. Direito do Consumidor. Mídias Sociais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DO CONSUMIDOR	12
1.1 A NOVA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR	12
1.1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM O DIREITO DO CONSUMIDOR	15
1.1.2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE	15
1.1.3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	17
1.2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	19
1.2.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	21
1.2.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	22
1.2.3 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO	24
2. A EVOLUÇÃO DO MEIO VIRTUAL E A PUBLICIDADE SEGUNDO O DIREITO DO CONSUMIDOR	27
2.2 A RELAÇÃO DO DIREITO COM A EVOLUÇÃO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES	29
2.3 A DEFINIÇÃO DE MÍDIA E REDES SOCIAIS	30
2.4 A PUBLICIDADE NO CONTEXTO ONLINE	34
2.5 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE	38
2.5.1 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA INFORMAÇÃO	41
2.5.2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE PUBLICITÁRIA	42
2.5.3 O PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE	43
2.5.4 O PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE	43
3. A PUBLICIDADE ILÍCITA	45
3.1 A PUBLICIDADE ILÍCITA	45
3.1.1 A PUBLICIDADE ENGANOSA	45
3.1.2 A PUBLICIDADE ABUSIVA	48
3.2 AS REPRESENTAÇÕES FEITAS AO CONAR	50
CONCLUSÃO	61
REFERENCIAS	65

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia impõe ao ramo do Direito inúmeros desafios quanto à plasticidade e a adequação das normas. Estabelecer direitos, garantias e deveres tornou-se uma atividade extremamente complexa diante de uma sociedade que demonstra ser cada vez mais volátil e dotada de nuances. São inúmeras as novas modalidades de relações jurídicas que são estabelecidas, o que resulta na demanda por mecanismos inéditos que mantenham a tutela dos direitos efetiva.

O presente trabalho busca fazer uma análise acerca da evolução dos *blogs* e das mídias sociais como veículos de divulgação de publicidade e o papel que desempenhando por estes na propagação da publicidade abusiva. Trata-se de espécie de veiculação de publicidade que tem obtido um crescimento vertiginoso nos últimos anos, estando intimamente relacionado com a liberdade, o alcance e o baixo custo que a Internet proporciona aos fornecedores que buscam esse canal.

O meio virtual é extremamente complexo e representa inúmeros obstáculos para o campo jurídico na medida em que a Internet consiste em uma fonte inesgotável de informações, o que dá origem a um ambiente no qual podem ocorrer embates entre os mais variados tipos de posicionamento, além da possibilidade existir troca de conteúdo e enriquecimento cultural.

Entretanto, a Internet também pode ser um campo fértil para a violação de direitos. A liberdade é um fator inerente ao meio virtual e ao mesmo tempo em que pode ser considerado um atrativo, também representa um entrave para qualquer possibilidade de existir uma normatização dentro desse sistema.

O ambiente virtual proporciona diversos mecanismos para que haja a liberdade de manifestação do indivíduo, de forma que este pode veicular livremente seus pensamentos, ideias e experiências por meio de compartilhamentos online. Em meio a essa criação de novas formas de produção de conteúdo, ocorre um encurtamento da distância entre o real e o virtual, o que dá origem a um contexto de interação jamais visto anteriormente. Nesse sentido, ocorre um empoderamento dos indivíduos, uma vez que estes começam a ter uma participação cada vez mais

significativa na veiculação de informações, obtendo mais visibilidade na divulgação de conteúdo.

Em face da popularização da Internet, os blogs e as mídias sociais começam a exercer um papel significativo para a juventude. Ambos os veículos têm uma influência poderosa na formulação e veiculação de ideias entre a classe dos jovens, iniciando tempestade de informações que são propagadas em uma velocidade nunca vista antes, o que cria um distanciamento entre a geração atual e as gerações passadas.

A fluidez na circulação das informações propicia o surgimento de outras modalidades de consumo e de produção que utilizam a Internet para se expandir. A publicidade é um campo fértil para a formação de conteúdo de modo alinhado com a expansão do meio virtual, o que gera a inovação das técnicas publicitárias e o aprimoramento das técnicas já existentes.

O campo de criação publicitária logo nota a oportunidade surgida através da veiculação de seu conteúdo por meio de mídias sociais. As vantagens são inúmeras para os publicitários e fornecedores, uma vez que a Internet é um veículo de baixo custo, com alcance de um grande número de pessoas, em um curto prazo de tempo para que o público-alvo seja atingido, além da facilidade em manter esse conteúdo disponível ao público e uma maior liberdade para as informações veiculadas.

É notável o êxito e a facilidade que as mídias sociais tiveram em construir uma afinidade com novos mercados e com uma cultura virtual em plena expansão. É evidente que houve uma democratização do acesso à informação, visto que o indivíduo não necessita mais estar submetido a um sistema comunicativo hierarquizado.

Além disso, é perceptível a criação de novas demandas decorrentes do manejo das estratégias publicitárias, o que pode ser extraído a partir das experiências realizadas a partir dos *blogs* e das mídias sociais. Desse modo, um olhar crítico que identifique as novas demandas decorrentes dessas experiências e a sabedoria para identificar os grupos de usuários conforme essas demandas tornou-se um elemento precioso para o campo da publicidade.

A união entre publicidade e os veículos de propagação de informação na Internet trouxe novos desafios para a proteção do consumidor. É indiscutível que no meio virtual as possibilidades de violação e abuso são infinitamente maiores, tendo em vista que a livre circulação de informações é uma característica inerente à Internet.

A problematização central desse estudo é o modo como os princípios e o Direito do Consumidor têm sido violados rotineiramente por meio da veiculação da publicidade em mídias sociais e *blogs*, já que tanto os fornecedores, quanto os autores dos veículos de comunicação supracitados tiram proveito da proximidade que esse tipo de publicação gera entre leitor e autor.

Percebendo que há maior identificação entre os extremos dessa forma de comunicação do que usualmente ocorreria em outros meios, os fornecedores têm como objetivo principal que o consumidor seja induzido a comprar um produto ou contratar um serviço por acreditar que seria uma recomendação espontânea do dono do veículo de comunicação, obtida a partir de uma experiência satisfatória na posição de consumidor, e não por se tratar de anúncio publicitário que não está devidamente sinalizado.

No primeiro capítulo foi feita uma análise acerca da importância constitucional do direito do consumidor, verificando a sua mudança de ótica de um âmbito meramente individual para uma proteção fundamental oferecida a nível coletivo, além de sua relevância para uma sociedade voltada para o consumo. Também são abordados neste capítulo os princípios constitucionais do direito do consumidor, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e o princípio da liberdade. Outro ponto importante tratado são os princípios gerais do direito do consumidor, entre eles podem ser enumerados o princípio da vulnerabilidade, o princípio da solidariedade, o princípio do equilíbrio e o princípio da boa-fé.

Noutro giro, o segundo capítulo aprofunda-se na evolução histórica da Internet, além da delimitação acerca do conceito e do surgimento das mídias sociais, assim como o uso da Internet como plataforma de comércio e de veiculação de publicidade. Por fim, são discutidos os princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor que são específicos da publicidade.

No último capítulo serão explorados os conceitos de publicidade e as suas modalidades ilícitas: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. Também são alvo de estudo quatro casos em que houve representação ao CONAR em virtude denúncia de consumidores que sentiram seus direitos violados em função do modo como a publicidade foi veiculada em *blogs* e redes sociais. Finalmente, há uma análise quanto à necessidade de atualização legislativa e a presença da proteção ao consumidor na Lei nº 12.965/14.

Diante de todos estes aspectos que serão analisados, é possível fazer reflexões acerca do caráter prejudicial que esta modalidade de publicidade tem em relação aos mais diversos grupos de consumidores, além de ser possível idealizar medidas que possam ser tomadas a fim de evitar que essa forma de violação ao direito do consumidor persista em sua propagação, dando efetividade às garantias e direitos previstos em Lei.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem um papel determinante na introdução de uma nova contextualização do direito privado nacional e na metamorfose da visão que se tinha do consumidor em face do ordenamento jurídico consolidado na época. Preliminarmente, tinha-se a noção do consumidor como sujeito de relações jurídicas em nível individual em relação aos seus direitos, ou seja, o consumidor e os efeitos de sua atuação eram vistos de forma apartada dos fenômenos que ocorriam e afetavam a coletividade.¹

1.1 A NOVA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR

A conferência de uma nova proteção constitucional ao consumidor que o transforme em sujeito de direitos foi concedida explicitamente no âmbito dos direitos fundamentais, conforme art. 5º, inciso XXXII, além de ter sido denominado como princípio da Ordem Econômica nacional no art. 170, inciso V. Ademais, foi registrado em âmbito de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a determinação de que houvesse a instituição de um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que ocorreu dois anos após a Constituição de 1988.²

Nesse sentido, não há como se enxergar a defesa do consumidor como algo meramente abstrato e de caráter indicativo. Faz-se necessária a criação de normas com características interventivas e com objetivos definidos, visando dar contornos nítidos ao caráter conformador do princípio da defesa do consumidor.³

Não obstante a constatação da necessidade de consagrar o direito do consumidor como direito e princípio fundamental, foi essencial que fosse criado um

¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-53.

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. 391 p.

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. 391 p.

sistema com caráter normativo, no sentido de tornar possível para o Estado ferramentas que pudessem garantir a proteção enfatizada pela Constituição.⁴

É de notória importância a visibilidade da defesa do consumidor estar presente de forma explícita na Constituição, visto que esta ocupa o topo da pirâmide jurídica, de tal forma que os conteúdos exprimidos por ela têm caráter imperativo perante toda a sociedade, obrigando pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de direito público ou privado, ou até mesmo o Estado em si.⁵

A instituição do Código de Defesa do Consumidor foi determinada justamente por força do caráter imperativo e vinculador da Constituição de 1988, já que não se tratou de uma conveniência ou de uma mera liberalidade por parte do legislador ordinário.⁶

Desta feita, o Estado passou a estar vinculado com a defesa do consumidor por força de norma constitucional situada na categoria de direitos fundamentais, além de ser um princípio da Ordem Econômica. Portanto, o Estado não poderia estar limitado a se omitir dos conflitos relacionados às relações de consumo, mas estaria incubido com o dever de ter uma postura garantidora e protetora, além de oferecer mecanismos para que tal postura fosse efetivada.⁷

A nova percepção legislativa exigia do Estado uma postura afirmativa que permeasse a sua tripartição de poderes, de modo a tutelar e promover direitos protetivos frente a uma série de violações, as quais estes direitos poderiam ser expostos por parte de outros elementos opressores integrantes da relação jurídica. Não se trata da atuação em um caso concreto apenas, mas da percepção da necessidade de preservação da integridade de toda uma coletividade. Nessa ótica, o consumidor é inserido em um contexto mais protetivo promovido pelo Estado, em oposição a outras relações jurídicas reguladas pelo direito privado.⁸

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.47-54.

⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 834 p.

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-53.

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 834 p.

Tal clamor por reconhecimento e consolidação do direito do consumidor não nasce fora de contexto, mas como um fruto da sociedade extremamente voltada para o consumo de bens e serviços. Diante dessa configuração, foi fundamental o reconhecimento da vulnerabilidade do indivíduo que consome bens e utiliza serviços, em face de relações econômicas massificadas e grandes estruturas responsáveis pela produção e circulação dos bens e serviços.⁹

Pode-se observar que ante a consagração dos direitos fundamentais, no sentido de regular e proteger entes participantes de relações privadas, é palpável o choque com os preceitos do liberalismo clássico.¹⁰

Diante desse cenário há um conflito, pois de um lado há argumentos que fundamentam a proteção do consumidor como direito fundamental sob a ótica individualista, seguindo os preceitos estabelecidos por doutrinadores clássicos. Noutra direção, existe a compreensão de que ao colocar a proteção do consumidor no patamar de direito fundamental, o que se busca é uma igualdade fática ou substancial não em nível individual, mas no âmbito da pretensão de proteger uma determinada categoria. Essa última visão da proteção ao consumidor pode ser ressaltada através da observância da irrenunciabilidade desse direito e da disposição que o Estado possui de cruzar a fronteira da autonomia privada.¹¹

Desta forma, a Constituição se garante como um centro valorativo do que pode ser denominado como novo direito privado brasileiro, o que significa dizer que este foi determinado e delimitado pela ordem pública constitucional, ao passo que também sofreu limitações e foi cerceado pelos direitos fundamentais.¹²

Ademais, o ritmo de consumo desenfreado da sociedade capitalista, regido por uma ideologia de acumulação de bens, não poderia ser ignorado pelo ordenamento jurídico, uma vez que é um fator primordial para o dinamismo da atividade econômica. Nesse contexto, foi necessário dar destaque às assimetrias

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.47-54.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.47-54.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.47-54.

¹² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*.5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-53.

inerentes à ordem econômica constituída e enxergar o consumidor sob a ótica da fragilidade e da limitação em face daquele que é responsável pela produção de bens e serviços.¹³

Em suma, o direito privado atual sofre forte influência constitucional e da nova ordem pública estabelecida por ela, deixando para trás o integral arbitramento das relações privadas conforme a vontade das partes e, conseqüentemente, gerando um maior controle estatal dessas relações.¹⁴

1.1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM O DIREITO DO CONSUMIDOR

Os princípios que permeiam a Constituição e se comunicam com o Código de Defesa do Consumidor merecem destaque. Em primeiro plano, parece razoável tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este se insere como o último arcabouço do espectro das garantias individuais e como fundamento primordial do sistema constitucional.¹⁵

Preliminarmente, toda pessoa já tem direito à dignidade pelo simples fato de ser pessoa. Embora seja um conceito que imponha dificuldade em ser delimitado, isso não o torna mais frágil, tampouco dá margem de liberdade para a sua violação. Justamente por ser considerada como a primeira garantia de toda pessoa e a última instância da seara dos direitos fundamentais, predomina o caráter primordial na proteção da dignidade, já que mesmo havendo dificuldade em delimitar um conceito que abranja todos os aspectos da dignidade, a violação da dignidade é latente.¹⁶

1.1.2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Outro princípio fundamental previsto na Constituição é o da liberdade, no que se refere ao Estado possuir entre suas metas a construção de uma sociedade que seja livre. Em relação ao consumidor, este aspecto se destaca no sentido de garantir que o indivíduo tenha liberdade e consciência referentes àquilo que está sendo

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010. 391 p.

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-53.

¹⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

¹⁶ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

adquirido por ele, também se acentuando no controle da produção, na distribuição dos produtos e serviços, de modo que haja uma regulamentação daqueles que são considerados bens essenciais à pessoa.¹⁷

A proteção da liberdade em relação ao consumidor é fundamental para que sua ação seja uma ação livre, sendo fruto da associação entre uma livre vontade e uma ampla possibilidade de consumir bens e serviços. Desta feita, se a pessoa tem os meios necessários para adquirir o bem ou o serviço, deve-se garantir que todas as escolhas feitas a partir dessa condição sejam desvinculadas de qualquer tipo de pressão externa. Entretanto, isto nem sempre se mostra uma condição viável, uma vez que o consumidor acaba sendo limitado pelo fato de não ser o detentor dos meios de produção e, em muitos casos, não tem como influenciar a forma como um produto é produzido e levado ao mercado.¹⁸

O consumidor é o elemento mais fraco na formação da relação jurídica de consumo, posto que é apenas um receptor das configurações de mercado definidas e impostas por aquele que exerce o papel de fornecedor, ocupando um papel quase inerte ante os mecanismos de produção, não se tratando de uma mera visão obtida a partir da análise sob o ponto de vista da ordem econômica ou financeira. Nesse sentido, a vulnerabilidade do consumidor pode ser constatada também sob o ponto de vista técnico, já que o consumidor não tem participação no ciclo de produção, tampouco tem a possibilidade de usufruir dos meios de produção, de modo que ele se torna impossibilitado de ter algum tipo de controle.¹⁹

Desta feita, aquilo que pode ser considerado como uma escolha livre do consumidor, na verdade está limitada ao que é oferecido pelo mercado e às condições impostas por ele. Esse contexto limita de forma substancial a possibilidade do indivíduo poder optar por condições de compras específicas, visto que as próprias condições do mercado impõem limitações.²⁰

Caso haja um cenário em que ocorra desrespeito a essa liberdade do consumidor, o Estado deve intervir de forma a antagonizar as condições que cerceiam a livre ação do consumidor, além de ter como meta as intervenções que

¹⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

¹⁸ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 54-110.

¹⁹ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 54-110.

²⁰ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

protejam e garantam a dignidade da pessoa humana, de forma a cumprir os objetivos estabelecidos pela Constituição.²¹

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, existe a previsão da Constituição de que seja construída, como objetivo fundamental, uma sociedade livre, justa e solidária. Tal previsão traz enfoque para o aspecto da justiça, não como um elemento utópico, mas como uma necessidade a ser alcançada dentro do contexto social. Antes de tudo, é preciso refletir que qualquer pretensão jurídica deve ter como fundamento uma ordem justa, de modo que ao analisar um caso concreto, a aplicação da norma jurídica tenha como objetivo atingir a equidade.²²

1.1.3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A isonomia é outro princípio constitucional fundamental para as relações de consumo, já que não significa que todos tenham que ser tratados de maneira idêntica, mas que deve ser buscada uma harmonia entre as diferenças existentes entre os polos das relações jurídicas.

Ademais, se há um critério discriminatório que é empregado entre as partes, este deve ser considerado em face do tratamento jurídico oferecido à parte considerada mais vulnerável, além da necessidade de existir coerência entre os aspectos usados para delimitar o princípio da igualdade e os valores defendidos pelo ordenamento constitucional, não podendo haver uma análise isolada de cada fator. A análise conjunta dos fatores pode dizer se a aplicação da norma está de acordo com a Ordem Constitucional ou não.²³

Outrossim, pode-se salientar que a proteção especial que é conferida ao consumidor tem por objetivo a promoção da equalização ante uma relação jurídica que é caracterizada pela desigualdade em sua situação de fato. Tendo em vista que os sujeitos da relação de consumo têm discrepâncias quanto ao poder econômico e quanto ao conhecimento técnico e científico, não é razoável que tal relação jurídica seja considerada, por si só, como dotada de equidade.²⁴

²¹ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

²² NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

²³ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 54-110.

²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.47-54.

A noção de equidade que estava estabelecida anteriormente nada mais era do que o enraizamento da vertente do liberalismo político e econômico, o que era justificado sob a ideia do *pacta sunt servanda*, ou seja, a ideia de que havia liberdade para contratar entre iguais, de modo que o contrato tinha força de lei entre as partes e a única forma de se desobrigar dessa vinculação era por meio da alegação dos vícios de consentimento.²⁵

Em outros termos, a Constituição recepciona a perspectiva do consumidor como um indivíduo vulnerável, uma vez que esta exige uma postura estatal no sentido de regular as relações de consumo e de concretizar limitações para as atividades econômicas. Simplesmente pelo fato de a Constituição usar a expressão “defesa do consumidor”, indica que o consumidor é um elemento vulnerável na relação jurídica que merece proteção especial.²⁶

Nesse contexto, entende-se que a existência do direito de exigir a informação implica no dever de alguém prestá-la. Embora a perspectiva do dever de informar seja mais restrita no âmbito constitucional, já que é estendido na direção dos órgãos públicos, esse dever é ampliado pelo Código de Defesa no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado e das pessoas físicas.²⁷

Desta forma, a linha entre público e privado, que antes possuía contornos grosseiros, vai se tornando mais tênue a partir do momento em que a prioridade deixa de ser a preservação da liberdade do típico burguês. Sendo assim, inúmeras questões, antes regulamentadas apenas em leis ordinárias, passam a ser tratadas em nível constitucional, tais como família, propriedade, a pessoa e os contratos. No que se refere às relações de consumo, a proteção dada pela lei é, na verdade, direcionada ao próprio consumidor e não à relação jurídica em si.²⁸

²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.47-54.

²⁶ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

²⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-110.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

1.2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Entrando no campo dos princípios gerais próprios do direito do consumidor, o primeiro que revela ser fundamental abordar é o princípio da vulnerabilidade, visto que este princípio fundamenta todo o direito do consumidor. Tal preceito está previsto no Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, inciso I, de forma que justifica a existência de um direito específico voltado para o consumidor e a preocupação do ordenamento jurídico em promover a defesa desses direitos.²⁹

Quando é determinado que o consumidor é um sujeito vulnerável, trata-se de uma presunção legal absoluta, pois é uma condição que deve ser levada em consideração na possibilidade de aplicação das normas do direito do consumidor e na forma como tais normas deverão ser formuladas.³⁰

Desse modo, é possível a ocorrência de restrição ou ampliação da aplicação do princípio da vulnerabilidade. A restrição pode ser realizada a partir redução do alcance protetivo, de modo que seja limitado apenas aos destinatários finais da relação de consumo, ou ainda é possível estender até relações jurídicas diversas em que haja um desequilíbrio entre as partes.³¹

Entretanto, reconhecer a vulnerabilidade do consumidor não significa dizer que todos tem a mesma dimensão de vulnerabilidade frente ao fornecedor, mas em primeiro lugar analisar três dimensões distintas de vulnerabilidade criadas pela doutrina. A primeira a ser analisada é a vulnerabilidade técnica que consiste no desconhecimento por parte do consumidor de conhecimentos especializados referentes ao produto ou serviço que ele contratou. Portanto, o que configura vulnerabilidade técnica do consumidor é a ausência de expertise em relação a conhecimentos acerca daquilo que está sendo adquirido, os quais se presumem serem de ciência apenas do fornecedor.³²

²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

No que se refere à vulnerabilidade jurídica, esta pode ser circunscrita no desconhecimento do consumidor em relação direitos e deveres inerentes ao estabelecimento de uma relação jurídica de consumo, além de o consumidor ignorar, em muitos casos, as consequências jurídicas dos contratos celebrados em virtude de tal relação. Essa modalidade de vulnerabilidade aplica-se, em regra, ao consumidor que é pessoa natural e não tem especialização ou profissionalização em áreas que demandem conhecimentos desta natureza. Em relação às pessoas jurídicas ou ao consumidor que tenha profissionalização que propicie o acesso a estes conhecimentos, pode-se exigir o conhecimento da legislação e das consequências econômicas das relações jurídicas.³³

Já em relação à vulnerabilidade fática, essa modalidade abrange um acervo maior de possibilidades do caso concreto em que a fragilidade do consumidor é afrontada. A espécie mais corriqueira de vulnerabilidade fática é a vulnerabilidade econômica, a qual se caracteriza pela indisponibilidade de meios financeiros do consumidor para se proteger do mercado.

Além dessa, existem outras modalidades de vulnerabilidade fática. As crianças e os idosos são categorias que tem reconhecida a sua indefensabilidade frente aos apelos dos veículos de propaganda, em razão de, em regra, terem uma capacidade entendimento mais reduzida para discernir. Outro exemplo a ser citados concernente à vulnerabilidade fática, é o caso do consumidor analfabeto, cujo acesso à informação acaba sendo drasticamente limitado, ou o caso do consumidor doente que mostra mais suscetibilidade a determinados apelos que envolvam a sua condição de saúde.³⁴

Em suma, o princípio da vulnerabilidade enseja a presunção de fragilidade e a necessidade de proteção do consumidor frente ao mercado de consumo, o que acaba por influenciar substancialmente a forma como a norma deve ser aplicada e dá embasamento ao modo como se constituiu o ordenamento jurídico consumerista. No entanto, embora haja essa presunção, não deixa de ser fundamental fazer uma

³³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

análise do caso concreto e verificar as peculiaridades e características do consumidor.³⁵

1.2.1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade traz uma consciência para o direito acerca do impacto que tem a conduta de um indivíduo em um contexto social como um todo. Além disto, o princípio da solidariedade vem sendo trabalhado em outros ramos do direito, uma vez que a origem desse princípio é constitucional. Um exemplo de aplicação do princípio da solidariedade é a observação da função social do contrato no âmbito do direito civil. No âmbito do direito do consumidor, não se pode falar em uma proteção que se restringe apenas ao aspecto contratual, mas atinge inúmeros aspectos que repercutem nas relações jurídicas e na esfera social.³⁶

Um dos aspectos que o princípio da solidariedade repercute e que pode ser citado é a extensão da responsabilidade civil objetiva a todos aqueles que participam da corrente de fornecimento, até que o produto chegue ao consumidor, tal qual está disposto Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma nova visão acerca da repartição dos riscos sociais por parte dos fornecedores, além de alcançar não apenas os consumidores imediatos do produto, mas também aqueles que sejam atingidos e lesados no caso de ocorrência de dano em virtude da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.³⁷

Há outro aspecto importante a ser mencionado, é o da nova dimensão que é dada pelo princípio da solidariedade em relação à eficácia dos contratos justamente pelo seu alcance extrapolar as partes que firmaram o acordo, indo até terceiros que de alguma forma influenciaram o objeto do contrato.

Desse modo, a noção que se tem de relatividade e oponibilidade do contrato é modulada por este princípio, pois os contratos não produzem efeitos apenas perante os contratantes, mas são oponíveis a todos. Seguindo nessa mesma direção, também é possível que ocorra o ressarcimento de pessoas que *a priori* não

³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

fazem parte da relação contratual, mas que sofrem danos por conta de uma relação jurídica de consumo estabelecida.³⁸

Sendo assim, a linha que separa partes e terceiros vai se tornando mais tênue e podem ser contabilizados, ante ao inadimplemento do contrato, os efeitos perante terceiros e os efeitos perante o mercado. Isso permite que a partir de um contrato celebrado entre as partes, um terceiro que haja celebrado o contrato com um dos contratantes originários tem a possibilidade, caso o contrato com o terceiro tenha sido inadimplido em função do descumprimento do contrato originário, demandar a outra parte celebrante do acordo originário.

Em resumo, o princípio da solidariedade representa um grande pilar para o direito do consumidor, haja vista o seu importante papel no que diz respeito à repartição dos riscos sociais das atividades econômicas, visando resguardar todas as possíveis vítimas de eventos relacionados ao mercado de consumo.³⁹

1.2.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Seguindo adiante, o próximo princípio geral do Código de Defesa do Consumidor que merece ser analisado é o princípio da boa-fé, tendo em vista que se trata de um dos princípios basilares do direito do consumidor. Esse princípio é levado em consideração no Código de Defesa do Consumidor em sua modalidade objetiva, de forma que é necessário que se faça a distinção entre as duas modalidades.

A boa-fé objetiva consiste no estabelecimento de relações jurídicas norteadas por valores de respeito e lealdade, além da exigência de uma conduta que imprima coerência e fidelidade com a expectativa gerada no outro polo da relação jurídica. Deve haver o emprego de uma ótica solidária no tratamento entre as partes e não apenas a intenção de alcançar objetivos egoísticos, uma vez que o princípio da boa-fé objetiva almeja o respeito aos interesses diversos das partes.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

Nesse sentido, existem deveres que são atribuídos às partes antes mesmo da formalização da relação jurídica, os quais consistem em transmitir informações corretas e claras, de modo que a oferta seja clara e não permita que o consumidor incorra em erros.⁴⁰

Desta forma, o princípio da boa-fé dá uma nova dimensão às responsabilidades do fornecedor, uma vez que é imposto o dever de informar qualificado, e não apenas a obediência às formalidades exigidas no processo de produção da publicidade, mas tendo como principal objetivo a mais completa compreensão do consumidor acerca daquilo que está sendo ofertado.

Portanto, um dos aspectos pelos quais a eficácia do princípio da boa-fé no direito do consumidor pode ser verificada é através da vinculação do fornecedor às informações oferecidas, de maneira que a legítima expectativa gerada no consumidor é amparada pelo ordenamento jurídico. Nasce assim, o dever de esclarecimento que impõe ao fornecedor a exigência de informar quais são os riscos que envolvem a contratação dos serviços e as demais circunstâncias relevantes para a contratação do serviço ou obtenção do produto.⁴¹

Nesse mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor determina limitações à liberdade para negociar e a tutela dos direitos das partes em uma relação de consumo. Ou seja, é constituído o impedimento para que uma das partes, usando conduta imprevisível ou inesperada, entre em choque com as legítimas expectativas que haviam sido geradas na parte contrária. Tal posicionamento do ordenamento jurídico se denota a partir de vedações ao comportamento abusivo por parte do fornecedor, tais como a previsão trazida no bojo do artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva:

§ 2º 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.”

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

Além disso, outro exemplo de aplicação robusta do princípio da boa-fé objetiva é o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (...)

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;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);(..)”

Portanto, tais dispositivos legais têm o intuito de proteger o consumidor e afastar condutas abusivas do fornecedor, que ocorrem quando o fornecedor utiliza sua posição privilegiada perante o consumidor para tornar as condições deste mais desfavoráveis.⁴²

1.2.3 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO

Indo além, é preciso considerar o princípio do equilíbrio, uma vez que há desigualdade na relação entre fornecedor e consumidor. O princípio do equilíbrio ambiciona modular os efeitos patrimoniais das relações de consumo, de modo a conservar o equilíbrio econômico entre as partes da relação de consumo ao partir do pressuposto de que há uma pungente desigualdade nas condições fáticas entre elas, o que torna o consumidor o polo mais vulnerável da relação jurídica.⁴³

O referido princípio tem como principais efeitos a instituição de uma proteção do consumidor que leve em conta a sua situação de maior vulnerabilidade, além de buscar manter o equilíbrio contratual levando em consideração a desigualdade das

⁴² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

partes e, por fim, a preservação do princípio da igualdade previsto constitucionalmente. Tais efeitos podem ocorrer de um emprego do princípio tanto de forma descritiva, ou seja, sendo empregado para interpretar uma norma relacionada ao equilíbrio contratual e presente no direito positivo, ou estando presente de forma normativa para estabelecer determinadas condutas a serem observadas pelas partes.⁴⁴

A principal forma de proteção conferida aos consumidores são mecanismos que cerceiam a atuação abusiva do fornecedor. O artigo 6, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor estabelece uma proibição genérica para condutas de caráter abusivo por parte do fornecedor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

Desta forma, em sintonia com o princípio da vulnerabilidade, o princípio do equilíbrio no direito do consumidor busca a preservação da dignidade do consumidor a partir do momento em que leva em consideração a desigualdade existente entre os patamares nos quais se sustentam o consumidor e o fornecedor, de maneira em que há a busca de tentar estabelecer o equilíbrio entre os interesses que permeiam a relação jurídica⁴⁵.

Por último, em sede dos princípios gerais do direito do consumidor, há o princípio da harmonia das relações de consumo, cuja previsão se encontra no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (...)"

O presente princípio se fundamenta a partir da ótica de que os interesses presentes em cada polo da relação jurídica não precisam ser necessariamente contrapostos, mas podem ser tidos como complementares, sob a orientação da boa-fé. O princípio da harmonia das relações de consumo, ao mesmo tempo em que busca a igualdade material entre consumidor e fornecedor, tem a preocupação em não incorrer em imposições demasiadamente gravosas ao fornecedor.⁴⁷

Além disso, é possível extrair deste princípio que o Código de Defesa do Consumidor resguarda aquele consumidor que está de boa-fé, mas não oferece proteção àquele que busca se ocultar por trás das normas consumeristas com o intuito de obter vantagens que não são cabíveis. Em vista da existência de fundamento constitucional que classifica a defesa do consumidor como elemento da ordem econômica e com amplo apoio em valores de trabalho e livre iniciativa, deve haver a preocupação em não simplificar as relações jurídicas que permeiam a relação de consumo como simplesmente sendo contrárias, mas tendo uma visão complementar de tal conjunto de relações.⁴⁸

Em suma, é possível constatar a importância que o direito do consumidor e seus princípios têm para o fortalecimento das relações jurídicas em sociedade, não apenas por buscar um relacionamento mais equânime entre consumidor e fornecedor, mas também por buscar critérios relacionados à transparência, fidelidade, justiça e equilíbrio no estabelecimento das relações consumerista, as quais se configuram como tão essenciais em uma sociedade cujos valores estão intimamente à materialidade dos bens e à prestação de serviços.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121-142.

2. A EVOLUÇÃO DO MEIO VIRTUAL E A PUBLICIDADE SEGUNDO O DIREITO DO CONSUMIDOR

Em razão da grande importância que o contexto virtual foi adquirindo para as relações consumeristas modernas, torna-se necessário fazer uma explanação acerca do surgimento dessa realidade de trocas virtuais e de seus contornos que merecem destaque à luz do Direito do Consumidor.

A internet surge no contexto da Guerra Fria, sendo uma ferramenta destinada a garantir a manutenção das telecomunicações americanas em caso de um ataque nuclear russo. Sendo assim, se alguma cidade estadunidense fosse destruída por algum tipo de armamento nuclear, esse conjunto formado por redes conexas permitiria a coligação entre as redes locais de pontos remotos, sendo capaz de prover a comunicação entre cidades distantes ligadas por esse conjunto de redes.⁴⁹

Entretanto, o verdadeiro deslanche da internet veio a ocorrer apenas em 1973, uma vez que foi registrado o protocolo TCP/IP - Protocolo de Controle da Transmissão/Protocolo Internet, o que tornou possível para os mais diversos programas e sistemas, antes incompatíveis entre si, estabelecer uma comunicação. Desde então, tornou-se possível que a Internet pudesse interligar dezenas de milhões de computadores ao redor do globo, o que abrandou significativamente a noção que se tinha a respeito de fronteiras e distâncias.⁵⁰

Ao longo do século XX foi estabelecido um importante processo de redução de custos da comunicação, ocasião em que a Internet teve um fundamental papel. Tal fato se evidencia em vista de dados que apontam que o número de usuários saltou de 140 milhões de usuários para 800 milhões de usuários em 1998. No anos de 2008, a estimativa feita pelo Ibope NetRatings era de que só no Brasil existiam 41,565 milhões de usuários da Internet.⁵¹

Além disso, fatores como ampliação de formas de financiamento, a queda do dólar e o impulso dado pela venda de computadores em virtude da redução nos impostos, foram determinantes para que a Internet fosse viável para as classes

⁴⁹ PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

⁵⁰ PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

⁵¹ PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

economicamente mais desfavorecidas da sociedade brasileira. Ademais, um elemento consideravelmente substancial para a explosão da Internet como ferramenta de comunicação em massa foi o World Wide Web (WWW), ou seja, a criação efetiva da rede mundial de computadores. O World Wide Web tem fundamental importância, uma vez que possibilitou que o usuário tivesse acesso aos mais diversos serviços, sem demandar deste a utilização de inúmeros protocolos de ingresso.⁵²

A Internet é um fenômeno difícil de ser conceituado ante a sua complexidade. Poderia ser considerada uma importante ligação entre um número gigantesco de computadores ao redor do mundo, sob a perspectiva técnica. Tal configuração resulta em um espaço que representa uma fonte infindável de informações, no qual ocorrem as mais variadas trocas de ideias, embate entre posicionamentos diversos e possibilidade de crescimento interpessoal dentro deste contexto, considerando todos os prós e contras inerentes a essas trocas.⁵³

Em resumo e sob um ponto de vista consideravelmente simplificado, a Internet pode ser conceituada como uma conexão em nível internacional de uma rede de computadores. Através dessa rede mundial de computadores é possível que informações sejam compartilhadas da natureza mais variada em escala mundial e com uma agilidade e um alcance jamais vistos anteriormente.⁵⁴

É interessante notar que, em função da escala global atingida por uma rede de computadores como a Internet, não há nenhum mecanismo de controle a respeito da Internet. Em nível global, não é possível falar em um governo, entidade ou organismo internacional que exerça uma função reguladora em relação às informações que circulam e à forma como circulam, de forma centralizada. Dessa forma, cada Estado, de maneira individual, exerce controle nos limites aos quais está legitimado a fazer. Entretanto, é preciso que haja colaboração entre os Estados para que se evite a violação de direitos por meio da Internet, justamente em razão da

⁵² PAESANI, Lilians Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

⁵³ PAESANI, Lilians Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

⁵⁴ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

limitação que cada Estado encontra nos termos do controle individual ao qual está autorizado a fazer.⁵⁵

Entretanto, faz-se necessário que se conheça o fenômeno para que seja possível consolidar a atuação jurídica sobre ele. A ciência acerca de elementos inerentes à rede tem importância fundamental, uma vez que é determinante para uma aplicação coerente do direito ao caso concreto.⁵⁶

2.2 A RELAÇÃO DO DIREITO COM A EVOLUÇÃO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Tendo em vista a relação entre o mundo do Direito, a Internet e os computadores, além de considerar o que costuma ocorrer com fenômenos inéditos, é preciso ressaltar que tais fenômenos foram reconhecidos por juristas com atraso e despertaram sentimentos como desconfiança e preocupação. Desta forma, podem ser constatadas duas reações acentuadas entre os juristas em relação à novidade: a primeira foi uma palpável desconfiança e a segunda foi uma tentativa de repelir a nova conjuntura a fim de proteger o prévio *status quo*.⁵⁷

É preciso reconhecer que a Internet representa uma série de dificuldades para a proteção de direitos e aplicação do direito ao caso concreto, seja levando em consideração os aspectos práticos ou ligados à própria legislação. O ambiente da rede cria uma série de entraves às tentativas de criar uma legislação bem ajustada, visto que há uma confusão entre os juristas ao tentar manejar as peculiaridades da Internet, o que muitas vezes gera equívocos quando se busca analogias de normas gerais que não atendem bem às supracitadas peculiaridades.

Outra complicação que o ramo do direito enfrenta ao lidar com a Internet é o seu vasto nível de alcance, uma vez que uma violação de direitos pode partir de outra nação ou atingir mais de um estado soberano, o que traz imensuráveis dificuldades já que certas situações ultrapassam a jurisdição de determinado país,

⁵⁵ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97

⁵⁶ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

⁵⁷ PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.p 10-19.

de forma que a única saída é a colaboração de servidores ao redor do globo. A partir dessa colaboração, é possível determinar quem são os autores dos atos ilícitos e qual a legislação a ser aplicada.⁵⁸

2.3 A DEFINIÇÃO DE MÍDIA E REDES SOCIAIS

Adentrando mais profundamente nos conceitos relacionados à Internet, é preciso examinar com atenção a distinção entre provedor de hospedagem e provedor de conteúdo. O provedor de hospedagem é a pessoa jurídica que torna possível armazenar dados em servidores próprios de acesso remoto. É nisso que consistem os serviços oferecidos por esse tipo de servidor, sendo utilizados para que terceiros consigam acesso aos dados armazenados, conforme os termos acordados.⁵⁹

Os serviços oferecidos por um provedor de hospedagem podem ser resumidos em armazenamento de dados e viabilização do acesso a esses dados, seja a uma quantidade limitada de usuários ou a uma quantidade quase infinita de usuários. Além disso, os provedores de hospedagem podem disponibilizar plataformas completas e para uso imediato. Também são oferecidos *blogs*, redes sociais e sites, estes últimos já com padrões previamente estabelecidos.⁶⁰

Existem exemplos emblemáticos e rotineiros de serviços de natureza supracitada por parte dos provedores de hospedagem no Brasil. Podem ser citados a título de exemplo o Blogger, o WordPress, o YouTube, o Facebook e o Google.⁶¹

No caso do provedor de conteúdo, este consiste em toda pessoa, seja física ou jurídica, que torna disponível na rede as informações articuladas pelos provedores de informação e utiliza como meio para este fim um servidor próprio ou

⁵⁸ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97

⁵⁹ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

⁶⁰ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

⁶¹ LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

um servidor de hospedagem que as armazene. A função do provedor de conteúdo é empregar um controle às informações que são difundidas, o que faz dele um filtro em relação ao conteúdo que poderia circular. Sendo assim, tal fato torna possível a responsabilização do provedor de conteúdo. As pessoas físicas que mantêm um website ou um *blog* podem ser enquadradas como provedores de conteúdo.⁶²

Outro ponto pertinente a ser discutido é a importância das mídias sociais no contexto atual. As mídias sociais são um elemento robusto de diferenciação quando se coloca a sociedade do início do século XX em contraste com a sociedade atual. Especialmente no que se refere à classe dos jovens, já que é uma parcela da população intelectualmente alimentada com ideias futurísticas e que se propõe a desafiar as noções pretéritas de realidade, obstinando meios que tornem o estilo de vida atual mais distante dos conhecidos anteriormente.⁶³

Por meio das interações propiciadas pelas ferramentas digitais, é possível observar a expansão da liberdade de manifestação do indivíduo através de seus pensamentos, ideias e experiências que são compartilhadas online. Dessa forma, surgem novos modos de produção e consumo de conteúdos, além de ter sido consideravelmente reduzida a distância entre o virtual e o real. Nesse contexto, há uma nova modulação em relação aos relacionamentos interpessoais e em relação à fluidez da circulação de informações, surgindo um contexto antes jamais visto anteriormente. Os indivíduos adquirem uma participação cada vez mais significativa na veiculação de informações, de modo que as vozes individuais se tornam mais representativas em vista do que já foram no passado.⁶⁴

Na medida em que a expansão das mídias sociais ocorre, vários fatores são modificados, tais como a linguagem, as formas de comunicação, o dinamismo do consumo. Desse modo, o indivíduo volta sua atenção ao mundo que o rodeia e torna-se mais consciente da influência que é capaz de exercer em seu próprio meio,

⁶² LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-97.

⁶³ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁶⁴ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

uma vez que ao conseguir apropriar-se do conhecimento disponível, já que este se tornou elemento indispensável para o funcionamento social.⁶⁵

Em meio a essa nova estrutura social, a comunicação e a publicidade tornam-se elementos substanciais para todas essas mudanças que estão eclodindo socialmente. Atualmente, as transformações que envolvem paralelamente o comportamento humano e os veículos de comunicação abrem um espaço para que novas técnicas publicitárias sejam criadas e sejam almejados novos contatos com formas de mídia que até o presente momento são inéditas.⁶⁶

Ademais, os elementos participantes da criação publicitária notam a importância das mídias sociais e da Internet para a inserção de formas modernas de produção e consumo. Obtém destaque o papel ativo que o indivíduo adquire no compartilhamento de informações, além de ser necessário identificar as novas demandas que surgem a partir do contexto específico trazido pelas mídias sociais, de modo que sejam detectados desejos individuais e desejos em comum.⁶⁷

Adentrando o campo de definições acerca do tema de mídias e redes sociais, as mídias sociais seriam um conceito mais amplo, podendo ser traduzidas como um conjunto amplo de sites e outros elementos que permitem o armazenamento de informações, compartilhamento destas e promovendo a união entre usuários. Em resumo, no caso das redes sociais o foco se concentra mais na interatividade entre os usuários.⁶⁸

É inegável que as inúmeras mídias sociais disponíveis obtiveram êxito em criar afinidade com os novos mercados, assim como com os novos contextos sociais e com a cultura em expansão atualmente. Se antes o indivíduo que ia se comunicar com outro era submetido a um sistema hierarquizado de comunicação, uma vez que a distribuição dos meios de comunicação era feita de acordo com interesses. Dessa

⁶⁵ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁶⁶ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁶⁷ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁶⁸ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

forma, hoje a Internet possibilita a expansão de uma nova cultura que rompe com as mais diversas barreiras de alcance de conteúdo. Podem ser citados como exemplo de mídias sociais que propiciam o rompimento de tais barreiras o LinkedIn, o Myspace, Facebook, Twitter, YouTube, blogs, Flickr e o extinto Orkut.⁶⁹

Além disso, novas necessidades são criadas a partir do manejo de estratégias publicitárias colocadas em prática a partir de experiências inéditas com as mídias sociais. Deste modo, participar ativamente das plataformas de comunicação fornecidas pelas mídias sociais torna-se um fator estratégico. Portanto, saber identificar as necessidades surgidas e alinhar os usuários conforme seus objetivos gera como consequência a aparição de mídias especializadas.⁷⁰

O usuário das mídias sociais se mostra cada vez mais necessitado de informação, de modo que é preciso concentrar a disponibilidade dessas informações por meio da criação de portais, ou seja, sites que funcionam quase com enciclopédias digitais e outras modalidades de acervo amplo de pesquisa. Nesses termos, a experiência cotidiana adquire um novo significado e persiste a busca de fazer a própria existência ter um sentido mais amplo.⁷¹

Especificamente em relação ao usuário que utiliza a Internet como um canal para o consumo, é notório que este encontra bem mais liberdade em seu processo de escolha, uma vez que não há intermediários influenciando sua decisão, o produto está disponível a qualquer instante do dia, além de existir a possibilidade de o consumidor empreender mais tempo em seu processo de escolha e decisão.

Desta maneira, o consumidor se porta de maneira mais criteriosa, mais independente e imprevisível para o fornecedor. Nesse cenário, é preciso que sejam aprimoradas as estratégias publicitárias visto que as abordagens tradicionais podem não ser bem sucedidas dentro de um contexto de comércio diferenciado. Além disso,

⁶⁹ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁷⁰ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁷¹ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

parece evidente que um contingente cada vez maior de pessoas tem aderido ao meio digital e ao processo de compra online.⁷²

2.4 A PUBLICIDADE NO CONTEXTO ONLINE

As primeiras manifestações publicitárias no contexto online foram os banners eletrônicos, entretanto as abordagens publicitárias foram sendo aprimoradas no decorrer do tempo e com evolução tecnológica. Foram empregados recursos que tornaram a interação mais atraente para o internauta e foram introduzidas opções como widgets, podcasts, além de recursos dentro das próprias mídias e redes sociais.⁷³

O uso das redes sociais com a finalidade publicitária pode ser exemplificado por meio da oferta de um apartamento de luxo por uma empresa paulista chamada Tecnisa. Esta empresa estava presente em redes sociais como Facebook, LinkedIn e Twitter e tudo que o consumidor precisava fazer era cadastra-se no site. No momento em que o cadastro era realizado, o consumidor obtinha meios para esclarecer todas as dúvidas que ocasionalmente tivesse, além de ter a possibilidade de selecionar os imóveis de seu interesse. Após fazer a seleção e optar por comprar o imóvel, o consumidor recebia um vale-compra no valor de dois mil reais e alguns armários planejados.⁷⁴

Adentrando o tema específico da publicidade, é preciso notar a relevância que a publicidade tem dentro do contexto de uma sociedade voltada para o consumo, uma vez que esta visa a promoção da atividade econômica, seja de forma direta ou indireta. Sob este ponto de vista, pode-se distinguir cinco objetivos aos quais o anúncio publicitário se propõe a atingir. O primeiro deles é chamar a atenção do consumidor para o produto de forma a despertar a necessidade neste de adquiri-lo,

⁷² ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁷³ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁷⁴ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: O poder das mídias e redes sociais. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.

ao passo que também é de fundamental importância que desperte o interesse e a curiosidade do possível comprador acerca desse produto ou serviço.

Também é importante que seja estimulado o desejo de realizar a compra por parte do consumidor, além de criar uma atmosfera de convicção quanto à qualidade daquele produto e, por fim, que seja despertada a ação final destinada à realização da compra.⁷⁵

A publicidade não pode ser conceituada como uma produção primária em si, mas trata-se de um meio ou instrumento que permite a apresentação e venda da produção propriamente dita. Desta feita, a função essencial da publicidade se firma no compromisso de demonstrar ou trazer a atenção a um determinado produto ou serviço, o qual se pretende comercializar.⁷⁶

Além disso, o anúncio publicitário deve ter um compromisso com a realidade e com a verdade, não podendo utilizar de artifícios que induzam a distorção da realidade do produto ou serviço, tampouco é plausível que omita detalhes fundamentais a respeito da oferta com a finalidade de cercear o poder de escolha do consumidor. A publicidade também não pode se valer de artifícios operados por meio de imagens, frases ou sons que criem um contexto ambíguo ou pouco esclarecido para o comprador.⁷⁷

É certo que a doutrina clássica da primeira metade do século XX impôs amarras bem justas à oferta, o que terminou por vincular a publicidade por consequência. Ocorria uma dicotomia inerente à oferta no sentido de existir rigidez quanto aos requisitos que deveriam estar presentes para a oferta ser considerada válida, ao passo que, dependendo do ordenamento jurídico vigente, poderia ocorrer a flexibilização desses parâmetros.⁷⁸

Observando por meio de uma ótica mais moderna a respeito do tema, observa-se que a flexibilização dos parâmetros que envolvem a oferta propriamente dita à proporção em que a vinculação entre a promessa publicitária e a oferta torna-

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁷⁶ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 467-542.

⁷⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 467-542.

⁷⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

se mais rígida. Sendo assim, é exigido que o entendimento predominante de que a oferta deve ser suficientemente precisa, o que significa dizer que deve conter o mínimo necessário de informações objetivas acerca do preço e da coisa ou serviço, de forma que não haja espaço para dados vagos e desconexos que possam induzir o engano do consumidor.⁷⁹

Ademais, é preciso que a oferta esteja dirigida a um destinatário apropriado. Tal necessidade pode ser exemplificada quando se observa as restrições impostas às publicidades relacionadas ao cigarro e às bebidas alcoólicas em vista do potencial ofensivo que esse tipo de publicidade poderia ter em uma faixa etária mais vulnerável como a infantil. Além disso, é preciso de possuir um caráter firme, já que o conteúdo correspondente à oferta deve ser tratado com seriedade, pois é nesse momento que o fornecedor se vinculará à oferta.⁸⁰

No caso brasileiro, a publicidade com conotação de proposta, no sentido contratual, era considerada dessa forma apenas em raros casos, até o momento em que ocorreu a consolidação do Código de Defesa do Consumidor e do direito consumerista.⁸¹

É pertinente constatar que a preocupação com a oferta perpassa até a Constituição Federal. De maneira geral, a legislação estabelece um dever genérico de informação ao fornecedor, além outros aspectos importantes que devem ser ressaltados e estar claros aos olhos do consumidor.⁸²

Em virtude da sua dependência da produção, a publicidade deve observar princípio garantidos pela Constituição da mesma forma. Portanto, as mesmas restrições impostas à produção devem atingir sua oferta publicitária. Na Constituição há previsão de diversas restrições, sendo uma delas a restrição à publicidade do serviço público, além de tratar dos anúncios que envolvem bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos.⁸³

⁷⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁸⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁸¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁸² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁸³ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 467-542.

É pertinente que se faça também a distinção entre publicidade e propaganda. No caso da publicidade, esta se destina essencialmente a atingir o público e estimular a aquisição de determinados produtos ou serviços de forma contextualizada ao mercado do consumo, enquanto a propaganda pode abranger um conjunto de ideias não necessariamente vinculadas com a necessidade de vender ou consumir algo, de modo que não há necessidade da vinculação com o desejo de auferir vantagem patrimonial ou econômica. Entretanto, apesar de existir a distinção entre os dois termos, esta é ignorada pela legislação.⁸⁴

Há ainda a distinção entre publicidade promocional e publicidade institucional. A primeira consiste em fecundar no consumidor a necessidade e o desejo por determinado produto ou serviço. Já no caso da publicidade institucional, o seu objetivo principal não é a promoção de forma direta e literal de produtos e serviços, mas o seu enfoque está em chamar a atenção para uma marca ou uma empresa fornecedora. Portanto, a publicidade institucional tem a venda de produtos e serviços como seu objetivo indireto, já que a promoção da marca culmina no crescimento da venda de seus produtos, em muitos casos.⁸⁵

A publicidade torna-se alvo do direito do consumidor em momentos determinados. O primeiro que pode ser utilizado como exemplo é aquele em que a publicidade é usada como meio para levar até o consumidor a oferta do produto. Em segundo plano, pode-se destacar também o momento em que a publicidade infringe os deveres previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estão configurados nesse contexto dois institutos pertinentes previstos no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, conhecidos como publicidade enganosa ou publicidade abusiva.

Além disso, a terceira possibilidade de conflito entre o direito do consumidor e a publicidade ocorre quando ocorre a vinculação do fornecedor com a oferta veiculada, o que acontece no momento em que circulam informações

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

suficientemente precisas e capazes de gerar no consumidor uma expectativa legítima, seja em nível coletivo ou individual.⁸⁶

2.5 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE

É necessário considerar os princípios tratados pela doutrina como sendo específicos da publicidade nos termos consumeristas. O primeiro a ser tratado é o princípio da vinculação, o qual consiste na determinação de que o fornecedor seja vinculado ao cumprimento das condições nas quais o anúncio foi veiculado. Esta vinculação é cabível tanto para a oferta quanto à publicidade em si e provoca o surgimento da denominada eficácia vinculativa, mesmo que não se fale em realização do contrato propriamente dito. O seu reflexo encontra-se representado no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor.⁸⁷

“Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

No que se refere à eficácia vinculativa da publicidade, ocorre a submissão do fornecedor, a partir do momento em que veicula informações suficientemente precisas, às consequências jurídicas decorrentes do direito de informação do consumidor. Trata-se de um reflexo do princípio da confiança e da conscientização acerca das expectativas legítimas que são cultivadas pelo consumidor a partir de informações obtidas por meio de outdoors, e-mails, pop-up da internet, entre outros meios de circulação de informação publicitária.⁸⁸

A vinculação do fornecedor à oferta publicitária foi uma mudança de paradigma, visto que na visão do direito civil clássico não havia a percepção de

⁸⁶MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁸⁷MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁸⁸MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

eficácia da publicidade em termos jurídicos. A publicidade era tratada como uma questão particular entre fornecedor e consumidor, de modo que só havia interferência se restasse demonstrada a intenção concreta do fornecedor em ludibriar ou prejudicar a outra parte integrante da relação jurídica. Não era possível cogitar uma nulidade ou desfazimento do negócio jurídico em função de artifícios empregados pelo fornecedor, desde que este não tenha ultrapassado o ponto crítico do emprego desses artifícios com o objetivo de convencer o consumidor e sem comprometer o real fundamento do contrato.⁸⁹

A mudança de percepção em relação à vinculação da publicidade decorre da alteração do entendimento do conceito de obrigação. Antes visto como um conceito estático, a obrigação é um elemento dinâmico, uma vez que coexistem com a prestação principal a ocorrência de outras inúmeras prestações secundárias, as quais incluem o dever de ser leal e não causar prejuízo a outra parte, além de prestar informações com clareza e colaborar com a parte contrária.⁹⁰

Há discussão acerca da vinculação da publicidade durante o período relativo à fase pré-contratual ou à fase contratual propriamente dita. No âmbito do direito do consumidor, foi facultado ao consumidor a aceitação ou não da oferta publicitária, podendo ser originada a relação contratual a partir desse momento. Se for iniciada a relação contratual e forem aceitos os termos da oferta, mas esta não for cumprida, é possível que se cumpram as possibilidades previstas no supracitado artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor.⁹¹

É inegável a necessidade de discutir os excessos cometidos por aqueles que formulam as abordagens publicitárias, não podendo essa discussão estar limitada apenas à esfera administrativa ou penal. Dessa forma, a essência da vinculação da publicidade encontra-se fortemente presente no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.⁹²

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

⁹² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

“:Art. 30. 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.”

O legislador buscou salientar a diferenciação entre informação e publicidade, uma vez que a informação abrange as manifestações por parte do fornecedor que contribuam para a formação do convencimento do consumidor, embora não possam ser qualificadas como anúncios publicitários. Podem ser utilizadas como exemplo de informações que não são consideradas como publicidade, mas têm um papel importante no que tange a exercer influência sobre o consumidor, o caso das informações prestadas por representantes do fornecedor ou as informações contidas em bulas, manuais de instrução e rótulos.⁹³

Nesse contexto, duas situações específicas são requisitos para a incidência do princípio da vinculação. A primeira consiste na ocorrência de veiculação da informação e que ela chegue ao consumidor. Se a oferta for formulada em um meio físico, mas ela não chegar ao conhecimento do comprador, não há o que se falar em vinculação. Além disso, é preciso que haja precisão da oferta, o que significa que a exacerbação das características do produto ou serviço, também conhecido como *puffing*, não tem caráter vinculante se não houver precisão.⁹⁴

Portanto, há uma delimitação por parte da lei acerca da questão da precisão. Sendo assim, é necessária a ocorrência da denominada precisão suficiente, ou seja, aquela informação que apresenta um índice de concisão mínima. Essa é a razão pela qual o *puffing* não tem como consequência a vinculação do fornecedor, uma vez que, em regra, falta uma precisão mínima ao exagero publicitário.⁹⁵

No que concerne ao dever de informar, é crucial o fornecimento de informações por parte do fornecedor em duas circunstâncias. A primeira circunstância é a que antecede ou é contemporânea ao consumo do bem ou serviço, estejam essas informações presentes na publicidade ou nas embalagens.

⁹³BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

Posteriormente, é relevante o fornecimento de informações ao tempo da contratação.⁹⁶

Ante esse contexto, é insuficiente pensar que a proteção ao consumidor pode ser garantida apenas por pelo simples impedimento da proliferação da publicidade enganosa ou abusiva. Para garantir uma efetiva proteção é preciso que existam meios de coerção para que o fornecedor cumpra de fato aquilo que foi prometido, não bastando apenas a proibição de não ludibriar o consumidor. Nesse sentido, há a percepção de que o consumidor merece uma informação clara e exata em relação aos produtos e serviços que pretende consumir.⁹⁷

2.5.1 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA INFORMAÇÃO

O artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor é o responsável por consagrar o princípio da transparência da informação:

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Entretanto, o princípio da transparência tem raiz, além do princípio da boa-fé objetiva, no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; (...)"

O Estado tem um papel fundamental no que diz respeito a suprir a lacuna originada pela dinâmica do mercado e proporcionar ao consumidor o acesso às informações de que necessita para tomar uma decisão livre e espontânea em relação ao que deve consumir. Tal configuração se mostra como resultado da pretensão preventiva da proteção ao consumidor, o que é uma característica marcante do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.⁹⁸

2.5.2 O PRINCÍPIO DA LEALDADE PUBLICITÁRIA

Além dos princípios supracitados, o Código de Defesa do Consumidor prevê o princípio da lealdade publicitária, o qual se encontra expresso em seu artigo 4º, inciso VI:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (...)"

Tal princípio estabelece a repressão aos abusos que venham a ser cometidos e estejam sujeitos a causar prejuízos ao consumidor, sendo advindos das práticas de mercado.⁹⁹

⁹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275

2.5.3 O PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

Outro princípio fundamental para a defesa do consumidor ante ao vasto arsenal publicitário é o princípio da identificação da publicidade, o qual encontra-se semeado no artigo 36:¹⁰⁰

“Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. 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.”

O princípio da identificação da publicidade visa restringir a licitude do anúncio publicitário para aqueles anúncios em que a identificação por parte do consumidor ocorra de maneira fácil, o que significa dizer que, ainda que haja a ausência de exigência de conhecimento de caráter técnico, seja possível a identificação e o reconhecimento do cunho publicitário, levando em consideração que a imediatidade deve estar presente neste processo de reconhecimento.¹⁰¹

Essa restrição tem em vista que a publicidade que pretende ocultar seu verdadeiro caráter do consumidor já parte de um patamar substancial de enganabilidade, uma vez que impede que o consumidor tenha clareza do conjunto de informação ao qual ele está sendo exposto.¹⁰²

2.5.4 O PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

Outro princípio fundamental da publicidade em âmbito consumerista, que segue a mesma linha de raciocínio do princípio da identificação da publicidade, é o princípio da veracidade da publicidade previsto no artigo 37, parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰³:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹⁰¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹⁰² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹⁰³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

§ 1º 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.”

Portanto, é possível compreender que foi uma preocupação essencial do Código de Defesa do Consumidor em garantir que o consumidor tenha todas as condições para tomar sua decisão de compra com embasamento em seu mais profundo grau de discernimento e livre escolha. Nesse sentido é importante o aprofundamento no tratamento que o Código à vedação das modalidades de publicidade conhecidas como abusivas e enganosas, além de das restrições impostas a outras formas que impeçam o consumidor de tomar suas decisões a partir do livre convencimento.

3. A PUBLICIDADE ILÍCITA

Para que haja uma análise de forma aprofundada em relação aos aspectos que abrangem a defesa do consumidor em vista da oferta publicitária que circula pelas mídias sociais e os abusos cometidos nesse contexto, é preciso que seja obtido um melhor esclarecimento acerca do como são definidas as modalidades de publicidade ilícita.

O alcance da vedação à publicidade enganosa e abusiva conferida pelo Código de Defesa do Consumidor é consideravelmente amplo, uma vez que houve interesse do legislador de que as normas fossem aplicadas com o objetivo de inibir as modalidades publicitárias prejudiciais ao consumidor.¹⁰⁴

3.1 A PUBLICIDADE ILÍCITA

A publicidade ilícita pode ser definida como a publicidade que afronta os deveres jurídicos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor de maneira frontal. Tal violação aos deveres impostos pela legislação consumerista podem ocorrer em inúmeras fases do desenvolvimento publicitário, seja na produção ou divulgação do conteúdo publicitário.¹⁰⁵

3.1.1 A PUBLICIDADE ENGANOSA

Nessa mesma linha, a publicidade ilícita pode ser subdividida entre duas outras modalidades: a publicidade enganosa e a publicidade clandestina. Em resumo, a publicidade enganosa consiste no que é transmitido pelo artigo 37, parágrafo primeiro, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º 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.”

¹⁰⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281

Portanto, trata-se de uma modalidade publicitária cujo cerne está na tentativa de ludibriar o consumidor. Nesse sentido, tal prática pode se dar tanto pela veiculação e circulação de informações falsas quanto na omissão de informações que tenham grande importância para a formação do julgamento do consumidor, os quais são denominados como dados essenciais. Esses últimos podem ser definidos como aqueles elementos informativos capazes de influir de forma considerável no processo de decisão que perpassa o consumidor no momento de fazer uma compra, de modo que se consumidor tivesse conhecimento desse elemento informativo poderia tomar uma decisão diversa da que tomaria se ignorasse tal informação.¹⁰⁶

Existem três categorias informativas que traçam contornos mais precisos acerca do que pode ser considerado um dado essencial. São elas o preço, a segurança do produto ou serviço e a adequação, ou seja, se não há vício de qualidade em virtude de inadequação do produto. Entretanto, o conceito de dado essencial não pode ser delimitado apenas por esses três critérios, sendo necessário analisar os aspectos concernentes a cada produto ou serviço. Podem ser citados como pontos relevantes a serem levados ao conhecimento do consumidor os riscos, os potenciais defeitos, o custo de manutenção do produto ou serviço, dentre outros fatores.¹⁰⁷

É palpável que o legislador demonstrou aversão à prática da publicidade enganosa, uma vez que não se trata apenas de uma afronta à dignidade do consumidor, mas uma prática nociva e desleal com o mercado como um todo. Tal conduta busca minar a liberdade do processo decisório do consumidor, o que o leva a adquirir produtos e contratar serviços, o que não faria se tivesse uma visão clara de determinados aspectos que foram propositalmente ocultados.¹⁰⁸

A conceituação acerca do que é publicidade enganosa foi feita de modo a abarcar os mais diversos contextos de sua ocorrência ao mesmo tempo em que torna notório o direito do consumidor, ao nível de ordem pública, de não ser enganado. Dessa forma, esse fato consolida a aversão que o ordenamento jurídico

¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

¹⁰⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

brasileiro adotou em relação às práticas que retirem do consumidor a sua possibilidade de livre escolha.¹⁰⁹

Dentro dessa perspectiva, entende-se que não é preciso que o dano ao consumidor de fato ocorra ou que de fato ele seja enganado, bastando apenas que haja uma enganabilidade potencial ou a potencialidade daquele anúncio para levar o consumidor ao erro e limitar seu poder de escolha. Portanto, pouco importa a intenção do anunciante em relação a estar de boa-fé ou má-fé, uma vez que a enganabilidade da publicidade deve ser analisada sob o viés objetivo.¹¹⁰

Nesse sentido, pode ser classificados como enganosos os anúncios que apresentem informações que, embora verdadeiras, sejam ambíguas e induzam a erro. Além disso, pode ocorrer enganabilidade mesmo no silêncio de determinadas informações ou ainda esta pode estar presente em uma prática considerada como corriqueira por parte dos fornecedores, e nem por isso perde o caráter da enganabilidade.¹¹¹

A real preocupação do Código de Defesa do Consumidor vai além daquele consumidor que foi de fato enganado ou do exame do mero prejuízo a nível individual, tendo como alvo também a potencialidade ou capacidade que o anúncio tem de induzir ao erro. Portanto, é feito um juízo em abstrato da publicidade em alcance difuso, não sendo necessária a individualização do grupo prejudicado para que sejam acionados os mecanismos de proteção ao consumidor.¹¹²

No caso do exagero publicitário, também conhecido como *puffing*, há uma linha tênue entre o que pode ser considerado como aceitável dentro dos limites da técnica publicitária e quando está configurada a publicidade enganosa. Dessa forma,

¹⁰⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

a informação veiculada com contornos vagos e de caráter inofensivo isenta o fornecedor de responsabilidade em relação a ela.¹¹³

3.1.2 A PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva pode ser delineada pela conceituação exposta pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37, parágrafo segundo do texto legal:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva:

§ 2º 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.”

Nesse sentido, observa-se que as categorias que podem ser utilizadas para caracterizar a publicidade como sendo abusiva podem ser subdivididas em dois segmentos básicos. O primeiro segmento se distingue por advir de uma ilicitude proveniente da contraposição em relação a uma determinada norma. Por outro lado, pode ser notado um outro segmento cuja abusividade é proveniente da violação da boa-fé e dos bons costumes, de modo que essa abusividade torna-se objeto de rejeição em vista da necessidade de proteger determinados valores sociais que tem estima no ordenamento jurídico.¹¹⁴

A preocupação com a publicidade abusiva é entendida como uma grande inovação por parte da legislação brasileira, não apenas por considerar aspectos como o abuso e a submissão do consumidor em vista das condições do mercado, como também emerge a possibilidade de ampliar a proteção aos demais valores e questões relacionadas ao mercado de consumo, tal qual o meio ambiente.¹¹⁵

Embora o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor traga um rol exemplificativo do que pode ser considerado como publicidade abusiva, é evidente que existem muito mais dificuldades em delimitar os aspectos pertencentes à

¹¹³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

¹¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

publicidade abusiva, de forma precisa e objetiva, do que no caso da publicidade enganosa.¹¹⁶

Justamente por ser um conceito recente que tem se distanciado do campo da concorrência desleal para caminhar em direção ao direito do consumidor, a publicidade abusiva deve ser entendida de maneira maleável, tal qual todo conceito ainda em construção. É fato que o direito do consumidor ainda não encontrou critérios precisos para atribuir à publicidade abusiva, mas pode haver consenso no sentido de entender esse tipo de publicidade como sendo violadora do sistema protetivo imposto pela Constituição e pelas leis, utilizando-se de um meio que não seja a enganabilidade.¹¹⁷

Entretanto, embora haja um ponto de encontro na conceituação do que seria a publicidade abusiva, a sua real determinação se dará no momento da aplicação ao caso concreto. Nesse contexto, deverão ser considerados os aspectos referentes à gravidade da ofensa ao público e aos valores de sociais tutelados pelo ordenamento jurídico, assim como o conteúdo dos demais diplomas legais que devem ser considerados.¹¹⁸

A ofensividade da publicidade abusiva não se restringe apenas aos consumidores que são atingidos de forma direta, mas seus efeitos negativos têm alcance na sociedade como um todo. Mesmo aqueles consumidores que não tenham sido comprovadamente atingidos de forma direta têm a legitimidade para requerer a reparação de possíveis prejuízos que possam ter sofrido, o que advém do caráter difuso proveniente desse tipo de publicidade, resultando na necessidade de uma tutela coletiva.¹¹⁹

Nesse contexto, há um campo específico que gera preocupação e merece a atenção do Direito. Com o avanço da Internet, se tornou possível para qualquer indivíduo ser autor do próprio conteúdo e responsável pela divulgação deste no meio

¹¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

virtual, o que deu grande força nos últimos anos para o aprimoramento de *blogs* e das mídias sociais.

Diante da expansão desses novos meios de comunicação, o meio publicitário enxergou uma forma valiosa e com custos menores de divulgação do conteúdo publicitário. Surge, então, a possibilidade de divulgar o conteúdo publicitário por meio de indivíduos reconhecidos no meio virtual, de modo que uma quantidade de informação consideravelmente condensada seja capaz atingir, em alguns casos, milhões de pessoas a um só tempo.

Entretanto, surge um conflito entre as nuances que vão sendo adquiridas por esses anúncios publicitários e a legislação e preceitos consumeristas, uma vez que estes elementos são violados em inúmeros casos pela forma como essas informações são divulgadas.

Inúmeros são os casos em que a utilização de *blogs* e mídias sociais por parte do meio publicitário gera discussões entre entidades, consumidores e influenciadores digitais. Faltam limites bem definidos para que se possa regulamentar a utilização desses meios como sendo canais de divulgação do conteúdo publicitário.

Sendo assim, é cabível que se faça uma análise de alguns casos em que houve uma discussão acerca da violação da legislação e dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, por parte da forma de veiculação supracitada, de modo que seja possível refletir acerca do dano ao qual um grande número de consumidores tem sido exposto de maneira frequente e extremamente preocupante.

Os casos a serem mencionados foram escolhidos em virtude do fato de que as denúncias em relação às violações ao Código de Defesa do Consumidor partiram de grupos de consumidores que se mostraram indignados e se sentiram lesados com a postura dos autores dos veículos e com a conduta dos fornecedores.

3.2 AS REPRESENTAÇÕES FEITAS AO CONAR

As denúncias foram feitas ao CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma associação civil sem fins lucrativos e constituída por entidades representativas do setor de comunicação social e

publicidade, cujo objetivo é a promoção do respeito aos limites éticos da atividade publicitária, sob a luz do Código de Autorregulamentação Publicitária.¹²⁰

É indiscutível que o CONAR possui um papel fundamental no sentido de inibir as modalidades de publicidade ilícita, entretanto é preciso perceber que, embora intenção do Código de Autorregulamentação Publicitária tenha sido a manutenção de seus preceitos de forma alinhada com a defesa do consumidor, tais esforços não foram suficientes para blindar o consumidor dos abusos perpetrados. Dessa forma, quando a publicidade é colocada a serviço de violações contra o direito do consumidor, esta não pode deixar de ser submetida ao controle judicial.¹²¹

Noutro giro, é importante salientar que as análises serão feitas com base nos resumos das representações disponibilizados pelo CONAR em seu sítio eletrônico, uma vez que este é o máximo de acesso conferido pela entidade aos casos em tela.

O primeiro caso a ser exposto é o constante nas representações “221/12”, “222/12” e “223/12” de setembro de 2012, feitas ao CONAR em virtude de denúncia de diversos consumidores em relação aos conteúdos divulgados nos veículos “Blog da Mariah”, “Blog da Thassia” e “Blog da Lala Rudge”, os quais divulgaram uma ação publicitária da empresa Sephora.

No presente caso, restou configurado na percepção dos consumidores que foram divulgados conteúdos publicitários pelos três veículos sem que houvesse sinalização do caráter publicitário das informações prestadas. Tal conclusão extraída da percepção dos consumidores deu-se em função da quase simultaneidade com que as informações sobre produtos da marca YSL, representadas no Brasil pela empresa Sephora, foram divulgadas no três *blogs*, fato que gerou desconfiança por parte dos consumidores, conforme conta no resumo das representações:¹²²

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248-281.

¹²¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 233-275.

¹²² BRASIL. CONAR. Representação. Essas três representações, que tiveram tramitação, parecer e voto simultâneos, foram abertas a partir de denúncia de consumidores. Eles questionam se teria havido publicidade não identificada como tal na forma de post em blogs dedicados à moda e cosméticos. *Representações "221/12", "222/12" e "223/12"*. Anunciantes: "Blog da Mariah e Sephora do Brasil", "Blog da Thassia e Sephora do Brasil", "Blog da Lala Rudge, OQVestir, So Lovely Shirt e Sephora do Brasil". Relator: Conselheiro Clementino Fraga Neto São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

“Essas três representações, que tiveram tramitação, parecer e voto simultâneos, foram abertas a partir de denúncia de consumidores. Eles questionam se teria havido publicidade não identificada como tal na forma de post em blogs dedicados à moda e cosméticos. A hipótese foi levantada pelos consumidores pela coincidência de datas e expressões usadas pelas blogueiras na divulgação de produtos cosméticos da Sephora, na indicação do endereço eletrônico da loja e o fato de terem sido ilustradas com imagens de produtos em cujo rótulo há a menção "not for sale". O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária recomenda que toda ação publicitária seja claramente identificada como tal, daí a iniciativa da direção do CONAR em propor as representações éticas.

Blogs e Sephora enviaram defesas em separado, negando ter havido publicidade, e sim informação editorial, decorrente da experimentação dos produtos pelas autoras dos posts. As defesas consideram ser bastante distintos e facilmente identificados como tais os espaços publicitários nos blogs. Atribuem a coincidência de termos e datas ao fato de terem sido distribuídos pela Sephora press release e produtos para experimento. A defesa do Blog da Mariah reconhece que a autora aceita os chamados publiposts em sua coluna, mas estes são claramente identificados como tal, não sendo o caso dos denunciados pelos consumidores.”

Observa-se que no caso em questão houve clara afronta ao princípio da boa-fé e da confiança do consumidor, uma vez que as autoras dos veículos denunciados publicaram as informações em datas próximas e com expressões textuais similares no anúncio. Nesse sentido, é visível que buscavam fazer com que os consumidores acreditassem que se tratava de uma indicação espontânea do produto em virtude de uma experiência satisfatória com o uso dele. Dessa forma, houve um comportamento desleal e incoerente com a justa expectativa gerada no receptor daquela informação.

A ausência de sinalização clara do anúncio publicitário viola frontalmente o princípio da transparência da publicidade e a determinação do artigo 31º do Código de Defesa do Consumidor, conforme já foi mencionado anteriormente.¹²³

Ademais, é importante notar o tratamento e as conclusões extraídas pelo relator do caso no CONAR, conforme o resumo da representação disponibilizado no site da entidade supracitada:¹²⁴

¹²³ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹²⁴ BRASIL. CONAR. Representação. Essas três representações, que tiveram tramitação, parecer e voto simultâneos, foram abertas a partir de denúncia de consumidores. Eles questionam se teria havido publicidade não identificada como tal na forma de post em blogs dedicados à moda e cosméticos. *Representações "221/12", "222/12" e "223/12"*. Anunciantes: "Blog da Mariah e Sephora do Brasil", "Blog da Thassia e Sephora do Brasil", "Blog da Lala Rudge, OQVestir, So Lovely Shirt e

Em seu voto, o relator propôs a advertência aos blogs e aos anunciantes. "Sabemos que não estamos julgando um processo em que se discute anúncios sob o prisma da ortodoxia, veiculados na mídia tradicional e com os papéis da cadeia mercadológica e da comunicação perfeitamente claros e delineados, eles para os quais o nosso Código tem se mostrado suficiente e eficiente", escreveu ele. "Não estamos falando de atividade de profissionais de jornalismo ou de publicidade. Os blogs nascem espontaneamente e se proliferam na justa ânsia dos indivíduos de se comunicarem, fazerem-se ouvir, levarem seus pensamentos, experiências e temáticas ao maior número de interessados imaginável, transformando o blogueiro em editor, publisher, redator, sem que lhe sejam exigidos formação técnica, princípios éticos ou vocação. E se o sucesso chega, anunciantes não tardam a aparecer, pois todos na cadeia produtiva se interessam por um canal isento com seus nichos de mercado para promover produtos ou serviços a um custo acessível se comparado com os custos da mídia tradicional."

Para o relator, as reclamações derivam da confusão criada pelas dicas dos blogs mencionando explicitamente marcas de produtos e indicações relativas a seu uso. "Para os cânones da nossa autorregulamentação, considera-se ostensiva a clara alusão à marca do produto, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados. É isto que passou a caracterizar como leal e ético o merchandising. Algo que poderia ser caracterizado como uma forma de atividade de comunicação comercial foi utilizada pelas conselheiras de moda e beleza inadvertida ou descuidadamente", afirmou o relator. "Longe do CONAR e deste conselheiro criar obstáculos para a utilização, que antevemos será cada vez maior, da internet como mídia e mormente com relação à liberdade de expressão, que o nosso órgão tem, historicamente, defendido de maneira intransigente. A ética publicitária aplica-se a todo e qualquer meio de comunicação, incluída a web, que se associou ao CONAR e aderiu às normas em vigor, por meio da IAB Brasil e que reúne todos os portais que exploram a publicidade."

Sua recomendação de advertência aos blogs e à anunciante prendeu-se ao que chamou de "caráter pioneiro" da representação, ao desconforto causado a seguidores dos blogs e às normas éticas da identificação publicitária previstas no Código. Assim, espera o relator, os denunciados sejam estimulados "a adotar medidas que protejam essa forma de comunicação, ganhando respeitabilidade e confiabilidade e protegendo consumidores e a evolução da sociedade como um todo". Seu voto foi aceito por unanimidade."

As considerações do relator, que foram explicitadas no resumo da representação, merecem profundas críticas. Embora quem escreva um blog ou publique em uma rede social seja uma pessoa cuja qualificação profissional possa não ser enquadrada como jornalista ou publicitária, em hipótese alguma ela estará isenta de seguir princípios éticos, uma vez que se prestou a exercer o papel de veículo para a informação publicitária. Ademais, é discutível a expressão "canal isento", por ele utilizada, uma vez que não é possível de chamar de isento um canal

que pretende tirar vantagem do desconhecimento e da vulnerabilidade dos consumidores.¹²⁵

Não obstante os aspectos já mencionados, é passível de crítica o tratamento inofensivo dado à publicidade que utiliza *blogs* e mídias sociais como meios de propagação, sob a justificativa de possuir um “caráter pioneiro” como foi classificado pelo relator. Ainda que no ano de 2012 o fenômeno dos blogs e mídias sociais ainda estivesse dando os primeiros passos rumo à expansão, as blogueiras denunciadas já atingiam um número de pessoas muito além da ordem dos milhares nessa época. Portanto, não se trata de um dano restrito a um pequeno grupo de consumidores, mas sim de um dano de caráter difuso e coletivo.

É possível extrair do presente caso uma flagrante busca por burlar o princípio constitucional da liberdade, visto que houve uma tentativa de desrespeitar a liberdade de escolha do consumidor. Além disso, houve exploração da vulnerabilidade fática do consumidor, através de mecanismos de convencimento que ocultam dele o real caráter do conteúdo ao qual ele é apresentado, uma vez que se procura impedir que o discernimento entre uma dica espontânea fornecida pela autora do veículo e um anúncio publicitário

Outro caso relevante a ser analisado é a representação nº 280/2012 feita ao CONAR contra a blogueira Lalá Noletto e o grupo Ambev, em função da denúncia de cerca de setenta consumidores em relação a uma publicidade a respeito de uma marca de cerveja. Os consumidores relataram que a publicidade exporia menores de idade a uma informação nociva e imprópria, além de não haver sinalização de que se tratava de conteúdo publicitário. A empresa e a blogueira em questão trouxeram os seguintes argumentos em defesa, conforme consta em resumo disponibilizado acerca da referida representação:¹²⁶

¹²⁵ BRASIL. CONAR. Representação. Essas três representações, que tiveram tramitação, parecer e voto simultâneos, foram abertas a partir de denúncia de consumidores. Eles questionam se teria havido publicidade não identificada como tal na forma de post em blogs dedicados à moda e cosméticos. *Representações "221/12", "222/12" e "223/12"*. Anunciantes: "Blog da Mariah e Sephora do Brasil", "Blog da Thassia e Sephora do Brasil", "Blog da Lala Rudge, OQVestir, So Lovely Shirt e Sephora do Brasil". Relator: Conselheiro Clementino Fraga Neto São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

¹²⁶ BRASIL. CONAR. Representação. Este processo foi motivado por cerca de setenta reclamações de consumidores. Eles consideraram inadequado anúncio de cerveja inserido em blog que poderia ser acessado por público menor de idade e alertam também para o fato de não haver cláusula de advertência na peça publicitária, como recomendado pelo Código. *Representação 280/12*.

“Este processo foi motivado por cerca de setenta reclamações de consumidores. Eles consideraram inadequado anúncio de cerveja inserido em blog que poderia ser acessado por público menor de idade e alertam também para o fato de não haver cláusula de advertência na peça publicitária, como recomendado pelo Código.

Em sua defesa, a Ambev pondera que a cláusula de advertência estava inserida no filme "linkado" ao anúncio no blog e que, tão logo cientificada dessa falha, tomou providências para saná-la. Já o blog argumentou em sua defesa que o seu público é constituído basicamente por mulheres adultas.

O relator propôs a alteração, de forma que a frase de advertência prescrita pelo Código seja inserida no anúncio. Seu voto foi aceito por unanimidade. “

Trata-se de mais uma violação frontal aos princípios da boa-fé e da transparência da informação publicitária, ambos já mencionados. A informação deve ser clara e precisa, não devendo ser necessário que o consumidor acesse um link e assista a um vídeo para que só assim consiga discernir o caráter da informação ao qual está sendo exposto. Pelo contrário, é exigível que as informações prestadas ao consumidor sejam fornecidas da forma mais completa possível.¹²⁷

Ademais, o fato de a autora do veículo afirmar que o público que acessa o seu *blog* é constituído majoritariamente por mulheres adultas em nada a isenta de ter que divulgar informações em conformidade com o disposto no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, tampouco o fato de a página ter como público-alvo mulheres adultas impede que seu conteúdo seja acessado por classes de consumidores mais vulneráveis. É pressuposto do direito consumerista a existência de vulnerabilidade da classe de consumidores, sendo um direito a eles assegurado a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, tal qual está previsto no artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.¹²⁸

Anunciantes: Ambev e Blog Lalá Noletto. Relator: Conselheiro Olavo Ferreira São Paulo. 2012. Disponível em:<<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3305>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

¹²⁷ BRASIL. CONAR. Representação. Este processo foi motivado por cerca de setenta reclamações de consumidores. Eles consideraram inadequado anúncio de cerveja inserido em blog que poderia ser acessado por público menor de idade e alertam também para o fato de não haver cláusula de advertência na peça publicitária, como recomendado pelo Código. *Representação 280/12*. Anunciantes: Ambev e Blog Lalá Noletto. Relator: Conselheiro Olavo Ferreira São Paulo. 2012. Disponível em:<<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3305>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

¹²⁸ BRASIL. CONAR. Representação. Este processo foi motivado por cerca de setenta reclamações de consumidores. Eles consideraram inadequado anúncio de cerveja inserido em blog que poderia ser acessado por público menor de idade e alertam também para o fato de não haver cláusula de advertência na peça publicitária, como recomendado pelo Código. *Representação 280/12*. Anunciantes: Ambev e Blog Lalá Noletto. Relator: Conselheiro Olavo Ferreira São Paulo. 2012. Disponível em:<<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3305>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

Noutro giro, o artigo 220, inciso 4º, da Constituição Federal prevê que sejam feitas restrições às propagandas comerciais de bebidas alcoólicas, fato que não foi observado pelos anunciantes na veiculação da publicidade no presente caso:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição:(...)”

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (...)”

Outros casos de representações ao CONAR que merecem atenção são os que envolvem a blogueira Gabriela Pugliesi, umas das pessoas mais em evidência no Brasil dentro do meio virtual. O primeiro é a representação ao CONAR nº 092/15 e envolve o *blog* de autoria de Gabriela, conhecido como “Tips4Life”, o qual veiculou uma publicidade envolvendo um produto fitoterápico, conforme pode ser observado a partir do resumo da referida representação:¹²⁹

“Nove consumidoras, residentes no Rio, Campos (RJ), Abreulândia (TO), Belo Horizonte (MG) e São Paulo e Assis (SP) reclamaram de anúncio na internet por considerarem que ele disfarça o seu propósito publicitário, se fazendo passar por "dica". A direção do CONAR questionou também a regularidade, veracidade e adequação das propriedades apregoadas, apresentando o produto como um desintoxicante e anti-inflamatório, entre outras.

Em sua defesa, os anunciantes protestam pelo caráter editorial da peça.

O relator não aceitou este argumento, considerando cabal o fato de se tratar de propaganda de um produto fitoterápico, lembrando que nutricionistas não podem fazer prescrições pela internet e que a mensagem pode induzir o consumidor a erro com graves consequências. Ele recomendou a sustação do anúncio, proposta acolhida por unanimidade. Seu voto foi complementado pela advertência aos anunciantes, dado o potencial risco à saúde dos consumidores.”

Nesse caso, o caráter abusivo da referida publicidade é extremamente significativo, haja vista que além de desrespeitar o preceito estabelecido pelo artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, ainda é uma violação ao artigo 37 do

¹²⁹ BRASIL. CONAR. Representação. Nove consumidoras, residentes no Rio, Campos (RJ), Abreulândia (TO), Belo Horizonte (MG) e São Paulo e Assis (SP) reclamaram de anúncio na internet por considerarem que ele disfarça o seu propósito publicitário, se fazendo passar por "dica". A direção do CONAR questionou também a regularidade, veracidade e adequação das propriedades apregoadas, apresentando o produto como um desintoxicante e anti-inflamatório, entre outras. *Representação 092/15*. Anunciantes: Tpis4life, Gabriela Pugliesi e Biophormula. Relator: Conselheiro Julio Abramczyk. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4138>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

mesmo diploma legal, já que induz o consumidor a ter uma conduta que pode trazer significativos danos a sua saúde:

“ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º 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.”

Outro caso de denúncia promovida por um grupo de consumidores ao CONAR e envolvendo a referida blogueira diz respeito à representação nº 211/15. Tal representação foi feita em virtude da notificação, promovida por dezesseis consumidores, a respeito de uma postagem em uma das mídias sociais de Gabriela Pugliesi, a qual trazia um conteúdo publicitário não sinalizado da cerveja Skol. As considerações dos consumidores acerca da postagem incluem aspectos como a falta de advertências apropriadas alertando o consumidor para o consumo de álcool, além da possibilidade de indução de menores de idade a consumirem esse tipo de produto.¹³⁰

De acordo com o resumo da representação disponibilizado, a blogueira permaneceu silente em relação aos pontos levantados na representação, ao passo que a Ambev, que é proprietária da marca Skol, afirmou que a postagem foi realizada em caráter espontâneo e em exclusiva iniciativa de Gabriela, além de afirmar ter entrado em contato com a blogueira para que a publicação fosse retirada de circulação.¹³¹

¹³⁰ BRASIL. CONAR. O CONAR recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade. *Representação 211/15*. Anunciantes: Tips4life e Ambev. Relator: Paulo Celso Lui. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

¹³¹ BRASIL. CONAR. O CONAR recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade. *Representação 211/15*. Anunciantes: Tips4life e Ambev. Relator: Paulo Celso Lui. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

Noutro giro, conforme consta no resumo da representação, o relator da representação no CONAR afirmou que a ausência de defesa por parte da blogueira ensejava na presunção de veracidade acerca do que estava contido na denúncia, além de ter concluído que a postagem de fato tinha caráter publicitário, mesmo que feito de forma velada. Ademais, constatou-se que foram violados diversos dispositivos contidos no Código de Autorregulamentação Publicitária, sendo observada também a ausência de boa-fé e responsabilidade social¹³²:

“O CONAR recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade.

Não houve manifestação por parte dos responsáveis pelo blog. Já a Ambev negou o caráter publicitário das mensagens, alegando que elas foram publicadas por livre iniciativa de Gabriela. Informou a Ambev que é fornecedora exclusiva de cervejas e refrigerantes para estabelecimento de propriedade da blogueira. Informou ainda que solicitou a ela a interrupção da divulgação das mensagens.

O relator iniciou seu voto esclarecendo que a ausência de defesa por parte de Gabriela Pugliese o faz considerar como verdadeiras as denúncias trazidas pelos consumidores.

Ele não aceitou as alegações da Ambev e considerou, sim, as postagens como publicidade, ainda que velada. A partir disso, constatou a violação de diferentes dispositivos do Código, pelo que recomendou a sua alteração agravada por advertência a Gabriela Pugliese e Ambev porque, além de desrespeitarem o Código, "faltaram com boa-fé e responsabilidade social". Seu voto foi acolhido por maioria.”

Nos casos supracitados, é possível observar uma notória falta de lealdade com o consumidor, um abuso de confiança significativo e uma preocupante exploração da vulnerabilidade do mesmo, em virtude da forma como a publicidade vem sendo veiculada em mídias sociais e *blogs*. Trata-se de uma violência contra a boa-fé do consumidor, cujo tratamento deveria sempre observar a exigência de

¹³² BRASIL. CONAR. O CONAR recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade. *Representação 211/15*. Anunciantes: Tips4life e Ambev. Relator: Paulo Celso Lui. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

informações claras e bem sinalizadas para que a liberdade de escolha e decisão sejam respeitadas.

A publicidade não sinalizada que percorre o meio digital vem transformando-se em uma significativa patologia social, a qual tem sido objeto de atenção do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, palco de debate para as conclusões extraídas das atividades da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). Foram levantadas as dificuldades envolvendo a publicidade clandestina, que se caracteriza por ser a modalidade em que não é demonstrado caráter publicitário do anúncio para o consumidor.¹³³

Ademais, foram discutidas as dificuldades que envolvem o sistema misto existente no Brasil de regulação da publicidade. Este sistema misto contém as leis, provenientes do controle estatal, e as normas de autorregulamentação ética da classe profissional.¹³⁴

Outro aspecto relevante que foi apontado é a necessidade de atualização do Código de Defesa do Consumidor de 1990, de modo que seja possível à legislação abranger as novas demandas surgidas com a expansão da Internet e de outras formas de comunicação. Dessa maneira, seria possível que as normas estabelecessem contornos mais definidos aos conflitos surgidos com a modernidade.¹³⁵

Embora haja uma carência considerável no campo da atualização, houve alguns avanços legislativos notáveis nos últimos anos. O avanço mais considerável no campo que relaciona consumo e Internet decorre da Lei nº 12.965 de 2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, a qual se propôs a regular os princípios, garantias, direitos e deveres no uso da Internet no Brasil. Dessa forma, embora a

¹³³ SENADO. *Publicidade clandestina, enganosa e abusiva preocupa órgãos de regulação*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/07/publicidade-clandestina-enganosa-e-abusiva-preocupa-orgaos-de-regulacao>>. Acesso em : 22 de agosto de 2016.

¹³⁴ SENADO. *Publicidade clandestina, enganosa e abusiva preocupa órgãos de regulação*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/07/publicidade-clandestina-enganosa-e-abusiva-preocupa-orgaos-de-regulacao>>. Acesso em : 22 de agosto de 2016.

¹³⁵ SENADO. *Publicidade clandestina, enganosa e abusiva preocupa órgãos de regulação*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/07/publicidade-clandestina-enganosa-e-abusiva-preocupa-orgaos-de-regulacao>>. Acesso em : 22 de agosto de 2016.

menção ao direito do consumidor tenha sido feita de forma genérica, há uma grande importância no reconhecimento feito em relação à necessidade de proteção do consumidor no âmbito virtual:

“Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...)

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (...)

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:(...)

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.”

Entretanto, restam muitas lacunas a serem preenchidas e muitos debates a serem feitos com a finalidade de que mais clareza seja trazida a essas novas formas de relações jurídicas, cuja tendência é que se intensifiquem de maneira cada vez mais significativa com o avanço das tecnologias de comunicação. Portanto, compete ao legislador e ao judiciário acompanhar as modificações e transformações que ocorrem na sociedade.

É evidente que o direito do consumidor sempre necessitará de modificações e atualizações, tendo em vista o caráter volitivo da matéria que ele busca regular, uma vez que as formas de consumo foram alguns dos fatores que mais sofreram mutações ao longo da história da humanidade.

Levando em consideração que um dano ao consumidor pode atingir um número incontável de indivíduos, mecanismo de prevenção e proteção devem ser buscados continuamente como forma de garantir proteções cada vez mais efetivas em comparação com as mais diversas maneiras de abuso e violação que possam surgir conforme ocorram transformações nas relações jurídicas de consumo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o propósito de avaliar a nocividade em torno da expansão da publicidade abusiva por meio de veículos como as mídias sociais e os *blogs*, uma vez que estes meios de comunicação têm uma importância cada vez mais destacada entre as mais variadas faixas etárias, o que demonstra que o seu potencial está cada vez mais amplificado. Dessa forma, toda uma coletividade está exposta às violações que podem ser difundidas através desses meios, o que demonstra a relevância social e jurídica desse tema.

Em primeiro plano, foi analisado o papel primordial que a Constituição Federal de 1988 teve ao mudar a perspectiva do direito do consumidor, antes visto como uma matéria exclusiva do direito privado e sob o prisma individual, para uma perspectiva de consagração do tratamento como um direito fundamental e princípio da Ordem Econômica. Além disso, a Constituição determinou a formação de um sistema normativo com o intuito de equipar o Estado com ferramentas que estabelecessem regras claras e tornassem efetiva a proteção do consumidor.

Ademais, os princípios constitucionais fundantes do direito do consumidor merecem destaque, já que eles se prestam a embasar as normas presentes na legislação infraconstitucional. Não poderia deixar de ser mencionado o princípio da vulnerabilidade, visto que é um dos pilares do direito do consumidor e tem profunda relevância para a discussão do caso em tela.

O tratamento dado ao consumidor sob a ótica da vulnerabilidade enseja na presunção legal de que é necessário fornecer proteção ao consumidor em vista das pressões impostas pelo mercado de consumo. Levando em consideração que a utilização de mídias sociais e *blogs* com fins comerciais gera o aparecimento de novas demandas de consumo, é preciso que a vulnerabilidade do consumidor seja amplamente considerada já que a Internet é um meio da livre circulação de informação, o que favorece a proliferação de mecanismos de coerção do consumidor.

Também não pode deixar de ser mencionado o princípio da boa-fé, já que é um princípio que determina que as relações jurídicas sejam orientadas por valores como o respeito e a lealdade entre as partes. Além disso, é necessário que as

condutas das partes observem o respeito e a fidelidade em relação à legítima expectativa que tenha sido gerada no polo oposto da relação jurídica, o que significa dizer que deve ocorrer o comprometimento em relação ao interesse intencionalmente despertado na parte contrária.

Observa-se que quando a publicidade é veiculada de forma não sinalizada por meio das mídias sociais e *blogs*, como se fosse uma indicação espontânea por parte dos autores desses veículos, ocorre uma clara violação ao princípio da boa-fé. Assim, quando ocorre a tentativa de induzir o consumidor a acreditar que é um relato sincero do autor do veículo, a partir de uma boa experiência com o produto ou serviço, quando na verdade é um anúncio publicitário, não há o que se falar em uma conduta leal e respeitosa por parte de do anunciante.

Além disso, é de extrema relevância também o princípio constitucional da liberdade, haja vista que é essencial que o consumidor, ao adquirir um produto ou contratar um serviço, seja capaz de fazer proveito de sua livre capacidade de escolha. Desse modo, é imprescindível que exista uma conjugação entre a livre vontade de consumidor e oferecimento de uma ampla gama de possibilidades de escolha, completamente livres de pressões externas. O princípio da liberdade merece ser observado com cautela quando se leva em consideração que o consumidor não se configura como detentor dos meios de produção, o que por si só já é um fator limitante do seu poder de escolha.

Diante da problemática em questão, é possível verificar que o fato de omitirem do consumidor a existência de um anúncio publicitário por trás da publicação feita por um blogueiro ou por indivíduo de grande influência digital é um meio através do qual o fornecedor exerce pressão sobre o consumidor sem que seja possível a esse último ter consciência em relação aos mecanismos por meio dos quais essa pressão se manifesta.

No segundo capítulo foram estudadas a evolução histórica da Internet, além da conceituação do que são *blogs* e mídias sociais e os princípios do direito do consumidor específicos da publicidade, tais como o princípio da vinculação da oferta publicitária, o princípio da transparência das informações acerca do produto ou serviço, o princípio da identificação da publicidade e o princípio da veracidade do anúncio publicitário.

O princípio da identificação da publicidade é fundamental para o caso em tela, uma vez que ele se mostra claramente violado pela conduta adotada pelos anunciantes que buscam dar um caráter espontâneo às suas publicações, como se fosse apenas uma “dica” de um consumidor para o outro, embora se trate de um anúncio publicitário.

Além disso, merecem ser alvo de críticas as postagens publicitárias em redes sociais cuja identificação seja feita apenas por caracteres como “#ad” ou “#publi”. O artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvidas de que o consumidor deve identificar o anúncio de forma rápida e imediata, de modo que abreviar uma palavra estrangeira como *advertising*¹³⁶ sob a forma “#ad” não está de acordo com a previsão do artigo supracitado, nem com o princípio da identificação da publicidade.

Indo além no presente estudo, é possível verificar que no capítulo três é feito um aprofundamento no tema da publicidade ilícita, sendo esta subdividida em publicidade abusiva e publicidade enganosa. Observa-se que o tema da publicidade abusiva ainda não possui contornos bem definidos pela legislação, de forma que o rol apresentado legislativamente é meramente exemplificativo.

Sendo assim, cabe argumentar que a publicidade veiculada pelo meio virtual e que não observa as exigências de sinalização da legislação consumerista é uma modalidade de publicidade abusiva, uma vez que é evidente a violação da boa-fé e dos bons costumes, além de ativar a necessidade de proteger determinados valores sociais que são estimados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, é possível o entendimento de que a publicidade veiculada por *blogs* e mídias sociais pode ser enquadrada como publicidade abusiva, ainda que a Lei não tenha conceituado de forma concreta essa modalidade de publicidade ilícita.

Ademais, foram discutidos quatro casos em que consumidores denunciaram ao CONAR a prática de anúncios publicitários não sinalizados veiculados por blogueiros ou influenciadores digitais. Os casos estudados podem ser considerados como eventos com grande mérito de discussão, tendo em vista que foram os próprios grupos de consumidores que requereram medidas em razão das manifestas tentativas de violação da legislação consumerista. Por outro lado, a postura passiva

¹³⁶ Significa publicidade na língua inglesa.

e benevolente do CONAR merece ser alvo de críticas, visto que em repetidos momentos foram minimizados os danos que a publicidade abusiva veiculada pela Internet poderia causar.

Sob outro aspecto, merecem que sejam mencionadas as dificuldades relacionadas ao estudo do tema em questão, tendo em vista que o CONAR fornece apenas um resumo das representações. Desse modo, não há acesso ao voto do relator do caso, às denúncias feitas pelos consumidores e tampouco às defesas apresentadas pelos responsáveis pelo conteúdo publicitário em questão.

Noutro giro, foi demonstrada a preocupação do poder legislativo com o crescimento da publicidade não sinalizada no meio virtual. Trata-se de um tema complexo em função das características do próprio meio no qual esse tipo de violação se propaga, o que cria inúmeros desafios para a legislação. Entretanto, embora o tema seja complexo, a sua velocidade de propagação e a nocividade que esse tipo de violação representa para a sociedade não podem ser ignorados, de forma que a atualização da legislação consumerista se faz urgente.

Finalmente, não pode ser ignorada também a necessidade de que o poder judiciário esteja atento ao tema, demonstrando cada vez mais firmeza ao tutelar a defesa do consumidor e resguardando os bens e valores que são prezados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm . Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. CONAR. Representação. Essas três representações, que tiveram tramitação, parecer e voto simultâneos, foram abertas a partir de denúncia de consumidores. Eles questionam se teria havido publicidade não identificada como tal na forma de post em blogs dedicados à moda e cosméticos. *Representações "221/12", "222/12" e "223/12"*. Anunciantes: "Blog da Mariah e Sephora do Brasil", "Blog da Thassia e Sephora do Brasil", "Blog da Lala Rudge, OQVestir, So Lovely Shirt e Sephora do Brasil". Relator: Conselheiro Clementino Fraga Neto São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

BRASIL. CONAR. Representação. Este processo foi motivado por cerca de setenta reclamações de consumidores. Eles consideraram inadequado anúncio de cerveja inserido em blog que poderia ser acessado por público menor de idade e alertam também para o fato de não haver cláusula de advertência na peça publicitária, como recomendado pelo Código. *Representação 280/12*. Anunciantes: Ambev e Blog Lalá Noletto. Relator: Conselheiro Olavo Ferreira São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=3305>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

BRASIL. CONAR. Representação. O CONAR recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade. *Representação 211/15*. Anunciantes: Tips4life e Ambev. Relator: Paulo Celso Lui. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

BRASIL. CONAR. Representação. Nove consumidoras, residentes no Rio, Campos (RJ), Abreulândia (TO), Belo Horizonte (MG) e São Paulo e Assis (SP) reclamaram de anúncio na internet por considerarem que ele disfarça o seu propósito publicitário, se fazendo passar por "dica". A direção do CONAR questionou também a regularidade, veracidade e adequação das propriedades apregoadas, apresentando o produto como um desintoxicante e anti-inflamatório, entre outras. *Representação 092/15*. Anunciantes: Tpis4life, Gabriela Pugliesi e Biophormula. Relator: Conselheiro Julio Abramczyk. São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/processos/detcaso.php?id=4138>>. Acessado em 11 de agosto de 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

LEORNARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet : liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. Publicidade Online: **O poder das mídias e redes sociais**. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 20, n. 3/4, p.221-230, abr. 2010. Disponível em: <<http://habitus.ucg.br/index.php/fragmentos/article/view/1371>>. Acesso em: 19 maio 2016.