

CRYSLEI MICHELLI WOLF

**PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

**Monografia apresentada ao curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Carlos Eduardo
Manfredini Hapner**

CURITIBA

2005


TERMO DE APROVAÇÃO

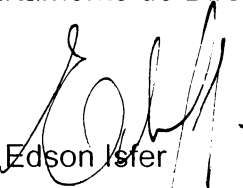
CRYSLEI MICHELLI WOLF

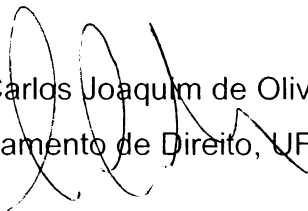
PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Departamento de Direito, UFPR


Prof. Edson Isfer
Departamento de Direito, UFPR


Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Departamento de Direito, UFPR

Curitiba, 24 de outubro de 2005

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | iv |
| 1 INTRODUÇÃO | 1 |
| 2 PUBLICIDADE, CONSUMIDOR E FORNECEDOR | 3 |
| 2.1 A PUBLICIDADE..... | 3 |
| 2.2 O CONSUMIDOR..... | 7 |
| 2.2.1 O Conceito de Consumidor <i>Stricto Sensu</i> | 7 |
| 2.2.2 O Conceito de Consumidor Equiparado..... | 10 |
| 2.3 O FORNECEDOR..... | 11 |
| 3 PRINCÍPIOS RELATIVOS À MATÉRIA | 13 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR..... | 13 |
| 3.1.1 Vulnerabilidade Técnica..... | 14 |
| 3.1.2 Vulnerabilidade Jurídica ou Científica..... | 14 |
| 3.1.3 Vulnerabilidade Fática..... | 14 |
| 3.1.4 A Hipossuficiência..... | 15 |
| 3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ..... | 16 |
| 3.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO..... | 18 |
| 3.4 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA..... | 20 |
| 3.5 PRINCÍPIOS DA VERACIDADE E TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO..... | 21 |
| 3.6 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO..... | 22 |
| 4 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA | 24 |
| 4.1 PUBLICIDADE ENGANOSA..... | 24 |
| 4.1.1 Quanto à Modalidade de Informação ou Comunicação..... | 24 |
| 4.1.2 Quanto à Falsidade da Mensagem..... | 25 |
| 4.1.3 Quanto à Enganosidade por Omissão..... | 27 |
| 4.1.4 Quanto à Indução do Consumidor em Erro..... | 28 |
| 4.2 PUBLICIDADE ABUSIVA..... | 31 |
| 4.2.1 Discriminação..... | 32 |
| 4.2.2 Incitação à Violência..... | 33 |
| 4.2.3 Exploração do Medo e da Superstição..... | 34 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.2.4 | Publicidade Dirigida ao Público Infantil..... | 35 |
| 4.2.5 | Desrespeito aos Valores Ambientais..... | 37 |
| 4.2.6 | Indução a Comportamento Prejudicial ou Perigoso à Saúde ou à Segurança..... | 38 |
| 5 | A RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA PELA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA..... | 39 |
| 5.1 | ESFERA CIVIL..... | 39 |
| 5.1.1 | Do Ônus da Prova..... | 40 |
| 5.2 | ESFERA ADMINISTRATIVA..... | 42 |
| 5.2.1 | Multa..... | 42 |
| 5.2.2 | Contrapropaganda..... | 43 |
| 5.2.3 | Ação Civil Pública..... | 45 |
| 6 | CONCLUSÃO | 46 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 48 |

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da publicidade abusiva e enganosa na tutela do Código de Defesa do Consumidor, elucidando, inicialmente, os conceitos de publicidade, de consumidor (*stricto sensu* e equiparado) e de fornecedor, nos seus sentidos técnico (no caso do conceito de publicidade), jurídico e doutrinário. Passa-se, então, para a análise principiológica do tema, discorrendo-se a respeito dos princípios essenciais ao seu estudo. Os conceitos jurídicos de publicidade abusiva e enganosa, bem como de todos os seus desdobramentos, são explicitados, abordando-se as reflexões doutrinárias a respeito, bem como apresentando-se exemplos jurisprudenciais e de recomendações do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária em casos concretos. Por fim, cuida-se da responsabilidade civil e administrativa pelo uso de publicidade abusiva ou enganosa.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade exerce um papel fundamental na atual sociedade de consumo. Pode-se afirmar, com segurança, que sem a publicidade, não haveria o consumo em massa tal como se verifica nos dias atuais.

Além de ser importante fonte de informação para o consumidor quanto aos produtos e serviços que são colocados à disposição no mercado, estimula o consumo, contribuindo decisivamente para o escoamento da produção e para a movimentação de vultuosos recursos, seja a favor do fornecedor, seja a favor dos veiculadores das mensagens publicitárias, financiados (se não totalmente, ao menos em grande parte) com recursos daí advindos.

No entanto, apesar de possuir inegável caráter informativo, a publicidade tem servido preponderantemente como poderoso instrumento de persuasão do consumidor. Onde quer que esteja, o consumidor depara-se com a publicidade – transmitida por todos os veículos possíveis e imagináveis e utilizando-se de técnicas cada vez mais elaboradas –, sendo incessantemente instigado a consumir.

Nessa busca desenfreada pelo convencimento do consumidor, a publicidade, muitas vezes, deixa de influir positivamente na sociedade em que está inserida, para, ao contrário, ser a ela nociva. A ausência de limites éticos tornou cada vez mais freqüente a ofensa aos seus valores sociais. Além disso, a veiculação de informações inverídicas ou incompletas a respeito do produto ou serviço anunciado passou a ser largamente utilizada, com o fito de induzir o consumidor a erro no momento da compra.

Diante desta problemática, bem como da importância da publicidade no mundo atual, surge o interesse do Direito pelo tema, bem como a necessidade de estabelecer limites e sanções à publicidade ilícita.

Neste passo, a Lei 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990, exerce papel fundamental na imposição de limites à publicidade, proibindo, em seu art. 37, a veiculação de publicidade abusiva e enganosa.

O presente trabalho tem por finalidade a análise da regulação dada pelo Código de Defesa do Consumidor ao tema. Para tanto, serão abordados os conceitos de publicidade, consumidor e fornecedor, fundamentais para a delimitação do campo de abrangência da tutela conferida.

Além disso, de essencial importância figura também o estudo dos princípios que fundamentam a proteção do consumidor diante da publicidade abusiva e enganosa.

Após o exame dos conceitos e da principiologia necessários à delimitação e fundamentação do controle da publicidade, cumpre analisar os conceitos de publicidade enganosa e abusiva, bem como todos os seus desdobramentos, indicando os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais que dão conformidade ao tratamento jurídico da matéria.

Por fim, serão abordadas as responsabilidades civil e administrativa pela utilização da publicidade enganosa e abusiva. A esfera penal de responsabilização não será tratada, dada a limitação quanto à natureza civilista do estudo.

2 PUBLICIDADE, CONSUMIDOR E FORNECEDOR

2.1 A PUBLICIDADE

Deixando de lado a publicidade em sua significação jurídica específica de “conhecimento público de determinado ato”¹ ou “ação de registrar e de tornar conhecível o direito assentado, bem como o agente que interferiu (...) no negócio jurídico alusivo ao direito ou ao bem de vida mencionado”², bem como quaisquer outras acepções que se possa dar ao termo, passa-se diretamente ao exame do conceito de publicidade que realmente interessa ao presente trabalho, que é a publicidade estritamente comercial, destinada aos consumidores (efetivos e potenciais).

Antes, porém, de adentrar-se na conceituação específica de publicidade, cumpre elucidar a distinção entre os termos “publicidade” e “propaganda”, freqüentemente tratados como sinônimos.

O termo propaganda é utilizado pelos publicitários para denominar as mensagens de caráter ideológico. Eugênio MALANGA define esse tipo de mensagem como sendo aquelas que se referem às “atividades que tendem a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico”³.

Já o termo publicidade indica a mensagem que tem a peculiaridade de ser dirigida ao público com vistas a despertar o desejo de compra, tendo assim um caráter comercial.

Assim exemplifica Paulo Vasconcelos JACOBINA: “uma campanha governamental visando ao aumento do consumo de leite seria *propaganda*, enquanto que a veiculação de anúncio desta ou daquela indústria, com o mesmo conteúdo, mas com o anúncio da sua marca seria *publicidade*” [grifos do autor]⁴.

Antônio Herman de Vasconcelos e BENJAMIN esclarece: “A publicidade tem um objetivo comercial (...) enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico,

¹ JACOBINA, P. V. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 6-7.

² CENEVIVA, W. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 70-71.

³ MALANGA, E. *Publicidade, uma Introdução*. 4ª ed., São Paulo: Edima, 1987, p. 10.

⁴ JACOBINA, P. V., op. cit., p. 7.

religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda”⁵.

Ainda que o CDC faça menção a “contrapropaganda” (arts. 56 e 60) e não a “contrapublicidade”, entende a doutrina que o legislador quis somente à publicidade referir-se. Vejamos o que diz BENJAMIN sobre o tema:

A expressão é, sem dúvida, inadequada. Dever-se-ia falar em contrapublicidade e não em contrapropaganda. O uso, contudo, impôs em detrimento da técnica. A contrapropaganda nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva.⁶

No que respeita especificamente à conceituação de publicidade, é necessário expor-se primeiramente o conceito técnico dado ao termo para, somente então, passar-se à análise do seu conceito jurídico e os comentários da doutrina nacional a respeito.

Sintetizando o pensamento dos publicitários a respeito da conceituação de publicidade, Adalberto PASQUALOTTO, após apresentar as definições de alguns autores, aponta os elementos comuns entre os mesmos, que seriam: “patrocínio, impessoalidade, produtos, serviços, instituições ou idéias, informação e persuasão, e atividade dirigida ao público”⁷.

Assim, com base no mencionado autor, pode-se afirmar que, para que uma mensagem seja considerada publicitária, ela deve, primeiramente, ter um patrocinador. Patrocinar não significa, como se pode pensar numa primeira análise, pagar, mas sim identificar. A identificação do nome comercial do produto ou serviço na mensagem é essencial para que o destinatário possa reconhecê-lo no mercado.

A mensagem deve, ainda, ser impessoal, ou seja, o que com ela se objetiva é a exaltação de um produto ou serviço, e não de uma pessoa.

A publicidade pode ter como objeto produtos, serviços, instituições ou idéias, servindo tanto à venda de determinado produto ou à contratação de determinado

⁵ BENJAMIN, A. H. de V. e. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 307.

⁶ Ibid, p. 357.

⁷ PASQUALOTTO, A. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

serviço (anúncios promocionais), como também à construção de uma imagem positiva da empresa no mercado (anúncios institucionais).

Importante esclarecer, neste ponto, que quando se fala em instituições ou idéias, deve-se ter em mente que este tipo de publicidade está voltada para o convencimento do consumidor de forma indireta. Assim não sendo, trata-se de propaganda e, portanto, não será abrangida pelo regime do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao elemento informação, embora atualmente a publicidade tenha servido preponderantemente à persuasão, em detrimento do seu papel informativo, a publicidade é também informativa. Há sempre algo que se busca transmitir com a mensagem, mesmo secundariamente, e o consumidor terá, através da mesma, informações a respeito do produto ou serviço.

Por fim, a publicidade deve ser dirigida ao público, não cumprindo sua finalidade enquanto não divulgada.

Vejamos a conceituação de publicidade dada por Fernando Gherardini SANTOS: "...publicidade é todo tipo de informação não-pessoal realizada através de uma mídia indireta e impessoal (...), visando estimular a demanda de produtos e serviços, com isso buscando, portanto, resultados econômicos (ou seja, objetivando a aquisição dos bens por parte dos consumidores) tanto a curto, como a médio e longo prazos"⁸.

Ao contrário do que se depreende dessa conceituação, entende PASQUALOTTO que o objetivo de lucro não faz parte da definição de publicidade. Para ele, publicidade seria "...toda comunicação de entidades públicas ou privadas (...) feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa."⁹

No entanto, a questão que se coloca é: se a publicidade visa influenciar o público em favor de determinado produto ou serviço, como poderia sê-lo sem finalidade lucrativa? Se assim for, será propaganda, e não publicidade.

⁸ SANTOS, F. G. *Direito do Marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

⁹ PASQUALOTTO, op. cit., p. 25.

Neste ponto, atente-se à afirmação de Fernando Gherardini SANTOS, quando aponta como requisito da publicidade a “difusão de uma atividade econômica, ou seja, objetivando gerar lucro ao patrocinador da publicidade”¹⁰.

No mesmo sentido é o pensamento de Cláudia Lima MARQUES, que conceitua a publicidade como:

...toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não *tenha como fim promover atos de consumo*, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de idéias) e o que é publicidade (promoção, *incitação ao consumo*). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC; sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua *finalidade consumista*. [Grifos nossos]¹¹

A finalidade de lucro é essencial para a caracterização da publicidade. Isto porque é elemento determinante da mesma a incitação ao consumo. Ou seja, atingindo a sua finalidade, que é persuadir o consumidor, levando-o a consumir o produto do patrocinador, a consequência natural é o lucro. Ainda que indiretamente, a publicidade sempre terá a finalidade de promover o consumo, proporcionando lucro ao patrocinador.

O Código de Defesa do Consumidor não traz uma definição expressa de publicidade. No entanto, certo é que a propaganda está excluída do seu campo de aplicação.

Isto porque o Código de Defesa do Consumidor tutela especificamente as relações de consumo. Para que a mensagem seja regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessário que haja elementos indicativos de uma relação de consumo. Por óbvio, a publicidade, por si só, não implica nesta relação. No entanto, há que se ter em conta que é este o seu objetivo: a persuasão, o convencimento, a incitação aos potenciais consumidores a que se tornem efetivos consumidores. Essa característica do convencimento, da persuasão, aliada ao objetivo de obtenção de lucro pelo patrocinador, é que torna possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esse tipo de relação jurídica. Não havendo esses elementos,

¹⁰ SANTOS, op. cit., p. 200.

¹¹ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 673.

impossível estabelecer um elemento de conexão entre a norma consumerista e a mensagem. E, como já explicitado, somente a publicidade tem esse caráter.

Carlos Alberto BITTAR, ao conceituar publicidade, evidencia essa sua característica nuclear (a incitação ao consumo). Para o referido doutrinador, publicidade é a “arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor”¹².

Assim, tendo-se em conta os conceitos de publicidade e propaganda, pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor tutela apenas a primeira, em que pese utilizar-se do termo “contrapropaganda” nos seus arts. 56 e 60.

2.2 O CONSUMIDOR

Cumprido esclarecer o conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, bem como as reflexões doutrinárias a seu respeito. Tal análise compreende as definições de consumidor *stricto sensu* e consumidor equiparado, enunciados pelos artigos 2º, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

A compreensão desses conceitos é essencial para a delimitação do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, bem como para explicitar o modo como a publicidade é regulada dentro desse contexto.

2.2.1 O Conceito de Consumidor *Stricto Sensu*

O conceito jurídico de consumidor encontra-se no artigo 2º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, que diz o seguinte: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”.

Como se pode verificar da redação do artigo, o conceito jurídico de consumidor abrange tanto as pessoas físicas como as jurídicas. Exige-se, no entanto, que se adquira ou utilize o produto ou serviço como “destinatário final”.

¹² BITTAR, C. A. *Direito de Autor na Obra Publicitária*. São Paulo: RT, 1981, p. 73.

Não define o Código de Defesa do Consumidor o que se pode entender com a expressão “destinatário final”, deixando em aberto a questão a respeito da abrangência ou não, na tutela do Código de Defesa do Consumidor, daqueles que retiram o produto do mercado para utilizá-lo em sua profissão, objetivando o lucro.

Cláudia Lima MARQUES¹³ trata com profundidade do tema, identificando duas correntes doutrinárias relativas ao assunto: a dos maximalistas e a dos finalistas.

Para a primeira corrente, a interpretação da expressão “destinatário final” deve ser a mais ampla possível, abrangendo pessoas físicas e jurídicas que adquiram o bem seja para obtenção de lucro, seja para uso próprio. Entendem os maximalistas que o Código de Defesa do Consumidor seria um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado e não somente para os consumidores não-profissionais, podendo aqueles assumirem os papéis de fornecedores e consumidores indiferentemente.¹⁴

A expressão “destinatário final”, aqui, tem interpretação objetiva, ou seja, não se questiona o fim dado ao produto pelo sujeito que o adquiriu. Seria irrelevante o fato de o indivíduo fazer deste produto uso pessoal ou profissional, de haver ou não objetivo de lucro na obtenção do mesmo. Assim, seria consumidor todo aquele que retirasse o bem do mercado.

De acordo com os finalistas, por sua vez, cumpre interpretar a expressão “destinatário final” restritivamente, para excluir do conceito de consumidor aquele que adquire o bem para revendê-lo ou fazer dele uso profissional, com a obtenção de lucro. Isto pelo fato de que a tutela concedida ao consumidor somente existe em razão da vulnerabilidade do mesmo diante das relações de mercado.

Para a teoria finalista, consumidor seria não o “destinatário fático” simplesmente, mas o “destinatário fático e econômico” do produto, aquele que utiliza o bem ou serviço para uso exclusivamente pessoal, retirando-o por definitivo do mercado, sem fazer do mesmo uso profissional. Esclarece a Prof. Cláudia Lima MARQUES:

¹³ MARQUES, op. cit., p. 252 e ss.

¹⁴ Ibid., p. 254-255.

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. [Grifos da autora]¹⁵

Na doutrina brasileira, muitos autores apontam no mesmo sentido da concepção finalista de conceituação de consumidor. Adalberto PASQUALOTO, por exemplo, deixa bem clara esta noção quando afirma:

O fator limitador do conceito é a *destinação final* do produto ou do serviço. É diferente o uso do mesmo material de construção por um construtor profissional ou por um trabalhador que constrói a sua própria casa. Enquanto o primeiro incorpora o material na casa que depois irá vender, o trabalhador compra para uso próprio. Interpõe-se entre eles a *vulnerabilidade* do consumidor, elemento definidor da desigualdade no mercado frente ao fornecedor e razão de ser da proteção legal. [Grifos do autor]¹⁶

Isto não significa, no entanto, que o consumidor profissional ou a empresa estejam, somente por isso, excluídos da tutela do Código de Defesa do Consumidor. Significa que, para que mereçam essa tutela, devem estar na posição de meros consumidores, dando uma destinação final, fática e econômica, ao produto.

É esse o entendimento de José Geraldo Brito FILOMENO, um dos autores do anteprojeto da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor:

Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas *equiparadas aos consumidores vulneráveis*, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementando essa pedra de toque do 'consumerismo', diríamos que a 'destinação final' de produtos e serviços, ou seja, sem fim negocial, ou 'uso não profissional', encerra esse conceito fundamental. [Grifo do autor]¹⁷

FILOMENO afirma, ainda, que a interpretação a respeito da pessoa jurídica como consumidora deve ser objetiva e caso a caso, devendo-se verificar as seguintes condições: "a) se o 'consumidor-fornecedor' na hipótese concreta adquiriu bem de capital ou não; b) se contratou serviço para satisfazer uma necessidade ou que lhe é imposta por lei ou natureza de seu negócio, principalmente por órgãos

¹⁵ MARQUES, op. cit., p. 253-254.

¹⁶ PASQUALOTTO, op. cit., p. 78.

públicos”¹⁸. Conclui, ao final, que “embora em princípio (...) não se conceba a pessoa jurídica como consumidora, a realidade é que o próprio texto legal sob análise assim dispõe. Fá-lo, todavia, de maneira limitada, não apenas em decorrência do princípio da vulnerabilidade da pessoa jurídica-consumidora (...) como também pela *utilização não profissional dos produtos e serviços*” [grifo do autor]¹⁹.

Ou seja, somente é destinatário final aquele (pessoa física ou jurídica) que adquire o bem para uso próprio (não profissional ou lucrativo), e aquele que está na posição de vulnerabilidade diante do fornecedor do produto ou prestador do serviço.

2.2.2 O Conceito de Consumidor Equiparado

O conceito de consumidor previsto no art. 2º, entretanto, não é suficiente para abarcar todas as situações que merecem a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Situações existem que, decorrentes da relação de consumo, ou ainda dela fazendo parte, não poderiam ser reguladas pelo direito consumerista se este fosse um Código voltado apenas ao consumidor *stricto sensu*.

Visando a inclusão dessas situações na tutela do Código de Defesa do Consumidor, este contempla também a noção de consumidor equiparado, mediante as previsões do parágrafo único do art. 2º e dos arts. 17 e 29.

O art. 2º, parágrafo único, equipara a consumidor a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Ou seja, em matéria de consumo, podem ser propostas ações coletivas tanto com relação a interesses individuais homogêneos como a interesses difusos, desde que tenha havido intervenção na relação de consumo. Ou seja, o grupo ou coletividade foi atingido pelos efeitos da relação jurídica, nela figurando como terceiro.

O art. 17, por sua vez, diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto, equiparando a consumidor todas as vítimas dos acidentes de consumo. Assim esclarecem Arruda e Thereza ALVIM:

¹⁷ FILOMENO, J. G. B. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 32.

¹⁸ Ibid., p. 35.

¹⁹ Ibid., p. 35-36.

... tem o presente artigo a virtude de preencher, completar, o espectro de abrangência do conceito de consumidor, estendendo a proteção deste Código a uma gama maior de situações onde possa ocorrer dano, visando, desta forma, precipuamente, a proteção ao denominado “**bystander**”, ou seja, aquelas pessoas (físicas ou jurídicas, já que a lei não restringe) que mesmo sem serem partícipes da relação de consumo foram atingidas em sua saúde ou segurança em virtude do defeito do produto. [Grifo do autor]²⁰

Portanto, qualquer pessoa vítima de acidente de consumo, tendo ou não vínculo negocial com o fornecedor, pode requerer a tutela do Código de Defesa do Consumidor, desde que o dano tenha sido originado da relação de consumo (nexo causal).

O art. 29, por fim, e o que mais interessa ao tema do presente estudo, dispõe o seguinte: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Ou seja, equipara-se a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais, incluindo-se aqui o fenômeno da publicidade.

Tal dispositivo é o fundamento da proteção do indivíduo em face da publicidade ilícita. É a partir dele que se justifica a tutela dispensada àqueles que, ainda que não abrangidos pelo conceito de consumidor *stricto sensu*, são a todo tempo incitados a consumir. Basta que estejam expostos às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, no caso em tela, à publicidade, para que sejam tidos como consumidoras.

2.3 O FORNECEDOR

Diz o artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Fornecedor pode ser, então, pessoa física ou jurídica, ente público (órgãos públicos, empresas públicas e concessionárias de serviços públicos) ou privado,

²⁰ ALVIM, A.; ALVIM, T. *Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 106.

nacional ou estrangeiro ou, ainda, um ente despersonalizado (como a massa falida e o espólio, por exemplo).

Para que esteja abrangida pelo conceito dado pelo Código de Defesa do Consumidor, no entanto, é necessário que a atividade seja exercida com habitualidade. Isto porque o elemento caracterizador do conceito de fornecedor é o desenvolvimento, e não a mera prática eventual de alguma das atividades previstas no artigo citado. Deste modo, ficam excluídas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor as relações travadas entre consumidores não profissionais.

Com relação à prestação de serviços, cumpre mencionar que o § 2º do art. 3º, além de incluir as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária e excluir as de caráter trabalhista, adiciona mais um elemento para a caracterização do fornecedor prestador de serviços, que é a remuneração. Vejamos o que diz o referido dispositivo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

De acordo com Cláudia Lima MARQUES, a opção do legislador pela expressão “mediante remuneração” (prescindindo da classificação utilizada pelo Código Civil dos negócios entre onerosos e gratuitos), significa uma abertura para a inclusão dos serviços remunerados indiretamente (quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade, ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo).²¹

“Remuneração”, segundo a autora mencionada, “significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. ‘Gratuidade’ significa que o consumidor não ‘paga’, logo, não sofre um *minus* [grifo da autora] em seu patrimônio. ‘Oneroso’ é o serviço que onera o patrimônio do consumidor.”²²

Deste modo, não é necessário que o consumidor remunere diretamente o fornecedor pela prestação do serviço. Basta que haja vantagem, ainda que indireta, pelo fornecedor. Até porque nenhuma gratuidade oferecida pelo mesmo é dada desinteressadamente, sem visar lucro.

²¹ MARQUES, op. cit., p. 328.

²² Id.

3 PRINCÍPIOS RELATIVOS À MATÉRIA

A publicidade consiste em forma lícita de estímulo ao consumo. No entanto, deve amoldar-se à ordem jurídica, respeitando seus princípios básicos.

Muitos são os princípios que norteiam a publicidade. Elencamos aqui alguns deles, que mais diretamente refletem na análise jurídica que se pretende fazer neste trabalho: a publicidade abusiva e enganosa no Código de Defesa do Consumidor.

3.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Nas relações travadas entre fornecedor e consumidor há sempre um desequilíbrio de forças. O consumidor é reconhecidamente a parte vulnerável da relação de consumo. Os fornecedores possuem o controle dos meios de produção, definindo o que irão produzir, como irão fazê-lo, qual o modo de inserir essa produção no mercado, e qual preço será cobrado. Ao consumidor cabe apenas o poder de escolha entre o produto ou serviço deste ou daquele fornecedor, submetendo-se às regras por ele impostas.

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso primeiro, reconhece essa vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, colocando-a como princípio a ser observado pela Política Nacional das Relações de Consumo.

Afirma Cláudia Lima MARQUES que a vulnerabilidade consiste em “um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”²³.

A referida autora classifica a vulnerabilidade em três espécies: a técnica, a jurídica (ou científica) e a fática. Vejamos em que consiste cada uma delas, analisando-as uma a uma.

²³ MARQUES, op. cit., p. 269-270.

3.1.1 Vulnerabilidade Técnica

A vulnerabilidade técnica decorre da falta de conhecimento específico do consumidor a respeito do produto que está adquirindo, ou serviço que está contratando, de modo que não pode avaliar corretamente se as características e qualidades apontadas pelo fornecedor correspondem às reais características e qualidades do produto ou serviço.

Assim, o consumidor não-profissional, ou seja, aquele que não possui qualquer conhecimento técnico a respeito do produto ou serviço é presumidamente vulnerável diante do fornecedor, que possui todos os dados técnicos daquilo que põe no mercado. Já o consumidor profissional, que possui conhecimento acerca do produto ou serviço, não deve ser tido como vulnerável, salvo raras exceções que permitam concluir que o conhecimento possuído pelo consumidor não era (e nem deveria ser) o suficiente para o reconhecimento do vício²⁴.

3.1.2 Vulnerabilidade Jurídica ou Científica

A vulnerabilidade jurídica ou científica, por sua vez, diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia do consumidor. Neste caso, a vulnerabilidade do não-profissional e da pessoa física é presumida. No caso do profissional, por sua vez, presume-se o contrário: que deveria possuir os conhecimentos específicos. E no caso da pessoa jurídica, por fim, presume-se que tem condição de contratar profissional especializado para avaliar se a contratação é ou não vantajosa.

3.1.3 Vulnerabilidade Fática

A vulnerabilidade fática, por fim, está relacionada à superioridade do fornecedor que possui o monopólio do fornecimento de determinado produto ou serviço no mercado, ou possui grande poder econômico ou, ainda, presta serviço

²⁴ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. REsp. 142.042. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar, 11/11/1997. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 30, p. 124 e ss.

essencial à população. Neste caso, ou o consumidor submete-se às condições impostas pelo fornecedor, ou fica sem o produto ou serviço de que necessita.

3.1.4 A Hipossuficiência

A vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência do consumidor. Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN esclarece a distinção entre os termos, afirmando que hipossuficientes são os consumidores “cuja vulnerabilidade é superior à média. São consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”²⁵. O mesmo autor afirma, ainda, o seguinte:

Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* [grifo do autor] em relação à vulnerabilidade. Esta é aferida objetivamente. Aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores.²⁶

Ou seja, a hipossuficiência vai além dos limites normais de vulnerabilidade do consumidor. Enquanto esta é presumida para o consumidor não-profissional e pessoa física, aquela depende de aferição subjetiva das condições físicas, psíquicas e sociais em que se encontra o indivíduo ou grupo de indivíduos.

Exemplo comum de consumidor hipossuficiente é a criança, alvo permanente das campanhas publicitárias. As crianças não possuem condições de avaliar o conteúdo da mensagem publicitária da mesma maneira que um consumidor adulto: não têm noção da parcialidade inerente à publicidade, acreditam no teor da mesma e, ainda, são facilmente influenciadas por ela. Por isso, merecem maior proteção do Código de Defesa do Consumidor.

²⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 370.

3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O princípio da boa-fé é o princípio norteador das relações entre fornecedores e consumidores e, especificamente no tocante ao tema da publicidade, entre anunciantes e consumidores. A busca pela harmonia e equilíbrio das relações de consumo é objetivo da Política Nacional da Relações de Consumo, conforme o disposto no art. 4º, III, do CDC, que coloca como princípio a ser atendido a

...harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Bem observa Waldirio BULGARELLI que a harmonização dos interesses entre os patrocinadores da publicidade e os consumidores consiste em um desafio²⁷. De um lado, o interesse está voltado para o desenvolvimento da cadeia produtiva, com o rápido escoamento da produção, tarefa na qual a publicidade exerce um papel importantíssimo, se não decisivo. De outro, estão os interesses dos consumidores em obterem informações claras, verdadeiras e que estejam em harmonia com os valores sociais constitucionalmente albergados, com a garantia de que não serão induzidos ao erro no momento da compra.

No entanto, há que se atentar ao fato de que o consumidor é parte vulnerável nas relações de consumo, sendo reconhecida essa vulnerabilidade. A vulnerabilidade facilita o “exercício abusivo de posição contratual”²⁸ por parte do fornecedor, que aproveita-se da posição contratual favorável em que se encontra para obter vantagens em detrimento do comprador ou tomador do serviço. Por isso a importância da proteção ao consumidor, que justifica a sistemática e a própria existência do Código de Defesa do Consumidor. Este enumera uma série de práticas abusivas por parte dos fornecedores. E na impossibilidade de enumeração de todas

²⁶ Ibid, p. 343.

²⁷ BULGARELLI, W. *Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p.42-43.

²⁸ COSTA, Judith Martins. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 197.

as hipóteses possíveis dessas práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor enfatizou a boa-fé como um de seus princípios basilares.

A boa-fé consiste em princípio norteador de condutas e interpretação. Judith Martins COSTA parte da análise da jurisprudência nacional para indicar três funções do princípio da boa-fé nas relações contratuais. Seriam elas: a) a otimização do comportamento contratual; b) o reequilíbrio do contrato; e c) o limite no exercício dos direitos subjetivos.²⁹

Assim, de acordo com a autora mencionada, assumindo a função de otimização do comportamento contratual, a exigência da boa-fé impõe deveres de cooperação, lealdade e proteção dos recíprocos interesses visando a realização do fim contratual e a proteção à pessoa e aos bens da contraparte, além de servir como norte interpretativo e de integração do contrato. O cumprimento desses deveres otimiza a relação contratual em sua totalidade, satisfazendo aos interesses globais envolvidos.

Já em relação ao equilíbrio contratual o princípio da boa-fé atua garantindo a proteção do indivíduo contra as lesões ou prestações excessivamente onerosas, contraídas por inexperiência, premente necessidade ou fato superveniente.

Por fim, a boa-fé como limite ao exercício de direitos opera negativamente, proibindo o comportamento contraditório, ou seja, "dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (...) contrariado pelo segundo"³⁰. Além disso, limita-se o poder de resolução contratual quando a prestação contratual foi adimplida em sua quase totalidade e protege-se a legítima expectativa gerada na contraparte, seja pelo não exercício do direito por um período de tempo (*supressio*), seja por determinado ato ou comportamento (*surrectio*).

A análise do princípio a partir da autora citada é importante na medida em que deixa claro o principal alcance do princípio no tema da publicidade: o dever incontestável do fornecedor de agir com lealdade e ética, visando a satisfação recíproca de interesses, sem abuso da confiança do consumidor e da posição favorável em que se encontra na relação de consumo, e tendo sempre em perspectiva a vulnerabilidade do mesmo, cujo reconhecimento implica invariavelmente na busca do equilíbrio contratual. Nas palavras de Cláudia Lima

²⁹ COSTA, op. cit., p. 199-219.

³⁰ Ibid., p. 215.

MARQUES, o fornecedor deve “pensar refletido no outro que recebe a informação”, tendo “aumentada sua responsabilidade de bem orientar e servir seus clientes”³¹.

A publicidade exerce um poder desmedido sobre a sociedade, tolhendo, no mais das vezes, o consumidor da escolha racional por esta ou aquela marca de produto, esta ou aquela empresa prestadora de serviços. A televisão, além de constituir-se no mais importante veículo de transmissão da publicidade nos dias atuais, é também instituidora de hábitos, costumes, preferências e até mesmo necessidades.

Neste passo, quando o Código de Defesa do Consumidor impõe normas de controle da publicidade, está em busca de um equilíbrio de forças entre fornecedores e consumidores. A colaboração por parte daqueles é fundamental no atingimento dessa finalidade, motivo pelo qual a boa-fé e o equilíbrio (aqui entendido este como consequência lógica daquela) nas relações é colocado pela Política Nacional das Relações de Consumo como princípio a ser atendido.

3.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

A Constituição Federal dispõe de um Capítulo destinado especificamente à comunicação social (arts. 220-224), garantindo, em seu art. 220, a liberdade de comunicação, assim: “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”, vedando, em seu § 2º, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Segundo José Afonso da SILVA, “a *liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”³².

A publicidade é uma forma de comunicação que – ainda que não seja este o seu intuito primordial – informa os consumidores a respeito dos produtos e serviços que são colocados no mercado. Através da publicidade pode-se conhecer melhor as

³¹ MARQUES, op. cit., p. 674.

³² SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 242.

características e qualidades dos mesmos, facilitando-se a escolha por este ou aquele.

Assim, como meio de informação que é, recebe a proteção constitucional da liberdade de comunicação.

Todavia, esta liberdade é limitada. A própria Constituição Federal impõe limites à liberdade de comunicação, mesmo porque não há liberdade ilimitada; esta sempre coloca-se em confronto com as demais garantias asseguradas pela Carta Magna.

José Afonso da SILVA, ao discorrer sobre a liberdade de informação jornalística, bem esclarece que “a liberdade de informação (...) só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado...”³³.

Logicamente, a mensagem publicitária jamais será imparcial. No entanto, podemos partir da mesma lógica do autor supra mencionado para dizer que, acima da liberdade de comunicação daquele que exhibe uma publicidade está a garantia de defesa do consumidor, constitucionalmente prevista (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias), bem como o seu direito à informação (art. 5º, XIV, Constituição Federal). Além disso, há outros interesses que se sobrepõem aos interesses do fornecedor e que jamais poderiam ser violados sob o manto da liberdade de comunicação. Assim, por exemplo, a saúde e segurança pública e os valores ambientais.

Portanto, não se pode entender o controle da publicidade como restrição à liberdade de comunicação. O controle da publicidade decorre da garantia constitucional de proteção aos consumidores, bem como de proteção a outros valores que estejam acima dos interesses daqueles que pretendem divulgar o seu produto no mercado. Afinal, se o desenvolvimento econômico é importante valor a ser protegido pela ordem jurídica, a dignidade do consumidor e os valores sociais dispostos na Constituição Federal também o são, de modo que o controle da publicidade nada mais é do que mera consequência da proteção também a estes conferida.

³³ SILVA, op. cit., p. 246.

3.4 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA

Também chamado de princípio da identificabilidade por Fábio Ulhoa COELHO e princípio da clareza por Paulo Vasconcelos JACOBINA, trata-se da determinação do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Assim, é vedada a publicidade simulada, seja na forma de publicidade subliminar, seja na forma de publicidade clandestina.

Nas palavras de Fábio Ulhoa COELHO, consiste a publicidade subliminar em uma técnica publicitária de “inserção de mensagens publicitárias, de duração equivalente a milionésimos de segundo, no transcorrer da exibição de filmes”. Explica ainda o autor mencionado, que, “em razão da extraordinária rapidez do contato mantido entre o consumidor e a mensagem, esta se torna perceptível apenas ao seu inconsciente”³⁴.

Antonio Herman Vasconcellos BENJAMIN, descreve um exemplo de mensagem subliminar testada nos Estados Unidos em exibição cinematográfica no ano de 1957, em que as frases “Drink Coca-Cola” e “Hungry? Eat Popcorn” foram inseridas na programação a uma velocidade de 1/3000 de segundo. O resultado foi a grande elevação do consumo de tais produtos em relação à média.³⁵

Já a publicidade clandestina ou dissimulada é a publicidade que não apresenta a identificação do patrocinador, sendo veiculada como que desinteressadamente em meio a uma cena de filme ou telenovela (o chamado *merchandising*) ou ainda através da denominada “reportagem publicitária” (veiculação, por jornal, revista ou similar, de reportagem aparentemente desinteressada, contendo matéria que desperta a curiosidade dos leitores, mas que tem como objetivo real, de maneira sutil, a promoção de produtos ou serviços).

A publicidade simulada pode ser entendida como uma espécie de publicidade enganosa por omissão, na medida em que esconde intencionalmente o

³⁴ COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 244.

³⁵ BENJAMIN, op. cit., p. 321.

caráter publicitário do anúncio, deixando desprevenido o consumidor quanto ao fato de estar sendo persuadido pela mensagem.

3.5 PRINCÍPIOS DA VERACIDADE E TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO

O art. 37, *caput* do Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade enganosa, conceituando-a em seu § 1º como

...qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Dispõe, por sua vez, o art. 36, parágrafo único do CDC: “O fornecedor, na publicidade dos seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Assim, o conteúdo da mensagem que é levada a conhecimento do público deve ser verdadeiro, podendo inclusive ser comprovado. Logicamente, quando se fala em veracidade o que se tem em mente são aquelas informações relativas ao produto ou serviço anunciado. Trata-se de dever específico quanto às afirmações feitas em relação a estes, não importando se a trama contida na publicidade é verdadeira ou se a chamada “testemunha” (indivíduo que participa da mensagem) é efetivamente uma consumidora do produto ou serviço. Conforme expõe Adalberto PASQUALOTTO,

Só são passíveis de comprovação os dados fatuais referidos na mensagem publicitária que digam respeito a elementos, tais como características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem, além de outros, relevantes para formar a persuasão relativamente ao produto anunciado. Dessa maneira, estão fora do foco de abrangência do dever de veracidade as afirmações colaterais que: 1) não dizem respeito ao produto; 2) embora dizendo respeito ao produto, não são pertinentes à fruição que dele fará o consumidor.³⁶

³⁶ PASQUALOTTO, op. cit., p. 94.

A partir do princípio da veracidade é que se justifica a proibição da publicidade enganosa, conforme o já mencionado art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da veracidade relaciona-se diretamente com o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, do qual implica o dever imposto no art. 36, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

Fernando Gherardini SANTOS apresenta diversos exemplos casuísticos, dos quais selecionamos dois para esclarecer a exigência imposta pelo Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro relaciona-se com produtos dietéticos, em que a “Federal Trade Commission”, órgão administrativo americano responsável pela solução dos conflitos de consumo, interveio na publicidade de produtos que afirmavam eliminar celulite, queimar gordura e perder peso, sem a devida fundamentação através de pesquisas.

Num segundo exemplo, a “Federal Trade Commission” determinou a realização de testes clínicos para comprovar a eficácia de produtos médicos cujos anúncios publicitários prometiam a cura de determinadas doenças.³⁷

É nesse sentido o dever imposto pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de impedir que anúncios publicitários sejam veiculadores de mensagens falsas ou que cujo conteúdo não possa ser comprovado cientificamente.

3.6 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO

É também chamado de princípio da ordem pública, princípio da legalidade e princípio da não-abusividade.

O princípio da correção busca resguardar os valores sociais, aqueles que se sobrepõem aos interesses da empresa. É o princípio no qual funda-se a proibição da publicidade abusiva, expressa no art. 37, *caput*, do CDC, e definida no seu § 2º, assim:

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

³⁷ SANTOS, op. cit., p. 204-206.

Como daí se pode deduzir, acima dos interesses do patrocinador na publicidade, há outros interesses, de ordem social, que devem ser respeitados. Deste modo, um anúncio publicitário que agrida valores ambientais, por exemplo, não pode ser veiculado.

4 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

Após a análise dos conceitos e princípios essenciais ao estudo do tema, cumpre examinar de modo específico em que consiste publicidade enganosa e abusiva, bem como todos os seus desdobramentos.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, enuncia as duas formas básicas de publicidade ilícita: a enganosa e a abusiva. O parágrafo primeiro do referido artigo conceitua a publicidade enganosa, o parágrafo segundo o mesmo faz em relação à publicidade abusiva, e o parágrafo terceiro, por fim, trata da publicidade enganosa por omissão.

Analisemos, então, separadamente, ambos os conceitos.

4.1 PUBLICIDADE ENGANOSA

Conforme já explicitado no item 3.5 deste trabalho, a proibição da publicidade enganosa decorre diretamente do princípio da veracidade, segundo o qual a mensagem publicitária deve ser verdadeira e passível de ser comprovada.

Assim dispõe o art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, sobre publicidade enganosa:

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.

Da análise do dispositivo acima, bem como da doutrina e jurisprudência sobre o assunto, podemos tirar algumas conclusões, que serão explicitadas nos tópicos seguintes.

4.1.1 Quanto à Modalidade de Informação ou Comunicação

A publicidade enganosa pode ser veiculada por “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário”. Ou seja, a mensagem deve ter caráter publicitário, compreendendo os elementos característicos da publicidade:

patrocínio, impessoalidade, produtos ou serviços, instituições ou idéias, informação e persuasão, atividade dirigida ao público e objetivo de lucro.

Deste modo, se o fornecedor dirige-se ao mercado de consumo para emitir mera informação ou comunicação, despida de qualquer conteúdo publicitário, não poderá tal veiculação subsumir-se ao conceito exposto no art. 37, §§ 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Se, no entanto, utiliza-se o fornecedor do pretexto de informar para, ao invés, fazer publicidade, configura-se a enganabilidade ainda que a publicidade não tenha conteúdo falso. Isto porque, ao utilizar-se da expressão “informe publicitário” (expressão comumente encontrada na mídia impressa), induz-se o consumidor em erro quanto ao caráter da mensagem, levando-o a crer que trata-se de mera informação, emitida com neutralidade.

A publicidade pode ser transmitida por qualquer espécie de veículo de transmissão (jornais, revistas, panfletos, televisão, rádio, alto-falantes etc.) e em qualquer formato (*merchandising*, filmes publicitários, impressos, etc.). A televisão, por exemplo, é um suporte que veicula a publicidade através de filmes publicitários (os chamados “comerciais”) e de *merchandising* (promoção do produto através da inserção do mesmo em uma telenovela, por exemplo), sendo, portanto, passível de ser considerada enganosa. Mesmo um mero folheto de preços pode ser assim considerado, conforme explica Adalberto PASQUALOTTO: “Uma simples lista de mercadorias, acompanhada dos respectivos preços, pode constituir publicidade, desde que remetida a diversas pessoas, as quais constituem clientela potencial”³⁸.

4.1.2 Quanto à Falsidade da Mensagem

A falsidade de uma mensagem é verificada quando a mesma contém afirmativas que não correspondem à realidade. Para ser enganosa, não é necessário que a publicidade seja falsa em todo o seu conteúdo. Basta que o seja somente em parte.

Há que se esclarecer, quanto a este ponto, que a falsidade de uma afirmação, por si só, não é suficiente para que se configure a enganabilidade da

³⁸ PASQUALOTTO, op. cit., p. 117.

mensagem. Para isso, é necessário que o consumidor seja levado a crer que é verdadeiro aquilo que, na verdade, não é.

A fantasia é um elemento muito comumente utilizado na técnica publicitária, através do uso do chamado *puffing*. Fernando Gherardini SANTOS apresenta os exemplos de *puffing* que podem ser encontrados na publicidade, que são os seguintes: a) expressões que contenham exageros quanto a uma ou mais características do produto, como “o melhor produto do mercado”; b) mensagens que se utilizam de deturpações de valores sócio-biológicos, como “o sabor da nova geração” (afirmação contida em publicidade do refrigerante Pepsi); c) mensagens que se utilizam de nomes de produtos que, literalmente considerados, seriam falsos, como “pão-francês”; e d) utilização de outros materiais para a ilustração de produtos, como as ilustrações de sorvetes que usam purê de batatas ao invés do produto, já que este derrete muito rapidamente³⁹.

O *puffing* é lícito, desde que não apareça ao consumidor como sendo uma afirmação verdadeira, caso em que restará configurada a enganosidade. São elucidativas as palavras de Fábio Ulhoa COELHO sobre a questão:

A informação falsa (...), quando percebida pelo consumidor, não é suficiente para a caracterização do ilícito. Se a propaganda atribui ao produto ou serviço uma qualidade ou efeito que, notoriamente, ele não tem, em função de uma específica técnica publicitária destinada a motivar a fantasia do consumidor, estaremos diante da veiculação de um dado falso mas não enganoso (...) Para que seja considerada enganosa, a informação falsa deve ser recebida pelo destinatário como verdadeira.⁴⁰

Encontramos na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo um exemplo de publicidade enganosa que, contendo afirmação falsa, conduziu os consumidores em erro na compra de apartamentos. No caso em questão, a empresa construtora veiculou anúncio de venda de imóveis exaltando a vista privilegiada de ambos os lados dos referidos imóveis (de um lado o campus da Universidade de São Paulo, e de outro o Bosque do Butantã, na cidade de São Paulo), assegurando, ainda, “vista permanente para o verde, de qualquer janela”. Após a entrega dos apartamentos aos compradores, a mesma Construtora iniciou a construção de dois outros edifícios, obstruindo as vistas de ambos os lados. Ressalte-se que no

³⁹ SANTOS, op. cit., p. 211.

⁴⁰ COELHO, F. U. In: OLIVEIRA, J. de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 161.

momento da venda dos apartamentos, a empresa já era detentora dos direitos sobre os terrenos onde foram erguidos os dois novos prédios, o que demonstra claramente o dolo e a má-fé da empresa na veiculação do anúncio.⁴¹

4.1.3 Quanto à Enganosidade por Omissão

A publicidade enganosa pode ser praticada também por meio da omissão de algum dado essencial sobre o produto. É o que dispõe o § 3º do artigo ora examinado: “Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Consiste em dado essencial sobre o produto ou serviço aquela informação que seria determinante para o consumidor no momento da escolha do produto ou serviço pelo qual está em busca no mercado. Trata-se de elemento sem o qual não é possível conhecer o produto ou serviço divulgado, ou o seu respectivo preço ou forma de pagamento, levando o consumidor a erro. Conforme Antonio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN, dado essencial é aquele que “tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”⁴².

Não é necessário, portanto, que a publicidade contenha todos os elementos característicos do produto, mas, no mínimo, aqueles suficientes a embasarem a escolha do consumidor.

De acordo com Paulo Vasconcelos JACOBINA, existem três modalidades de publicidade enganosa por omissão: a) a omissão de dado obrigatório por lei; b) as “reticências”, que seriam a veiculação de mensagem incompleta, levando o consumidor a erro; e c) as “alegações implícitas”, que consistiriam em afirmações que, embora não estejam expressas no texto publicitário, dele podem ser deduzidas pelo contexto ou por indução.⁴³

Examinando a jurisprudência nacional, encontramos alguns exemplos de publicidade enganosa por omissão.

⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 80.716-4/8, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Boris Kauffmann, 24/06/1999. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia> > Acesso em: 22 set. 2005.

⁴² BENJAMIN, op. cit., p. 337.

⁴³ JACOBINA, op. cit., p. 94.

No primeiro caso encontrado, publicou-se em jornal anúncio que mencionava a venda de apartamento, sem informar que se tratava de um sistema de co-propriedade, em que a utilização do apartamento dava-se por tempo fracionado.⁴⁴

Outro exemplo encontrado na jurisprudência trata de publicidade veiculada por fabricante de refrigerantes, anunciando promoção em que as tampinhas de algumas unidades de refrigerante continham impressão que daria direito ao recebimento de determinado prêmio. O consumidor, ao encontrar uma dessas tampinhas, teve tolhido o seu direito ao prêmio, sob a alegação por parte da empresa de que a referida tampinha continha defeito na impressão. Neste caso, entendeu-se haver publicidade enganosa por omissão, por ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio ⁴⁵.

4.1.4 Quanto à Indução do Consumidor em Erro

A indução do consumidor em erro consiste no principal elemento característico da publicidade enganosa. É o critério fundamental para a qualificação de uma publicidade como enganosa.

Como já dito, para que seja considerada enganosa, a mensagem deve conter uma informação falsa, recebida pelo consumidor como verdadeira, ou ainda omitir elemento essencial que influenciaria diretamente na escolha do consumidor por aquele produto ou serviço.

Há que se ter em consideração o fato de que o erro somente ocorre quando o consumidor entende como verdadeira informação falsa contida na mensagem, ou quando esta omite ponto relevante na sua escolha pelo produto ou serviço. No entanto, para a determinação dessa enganiosidade, deve-se ter um parâmetro de consumidor, já que os indivíduos, individualmente considerados, apresentam graus diversos de conhecimento e percepção da realidade, que vão desde aqueles cujos

⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 032.511-4/6, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Leite Cintra, 08/04/1998. Disponível em < <http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia> > Acesso em: 22 set. 2005.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão de Recurso Especial nº 2001/0154107-3, 4ª Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 02/05/2002. Disponível em < <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia> > Acesso em: 22 set. 2005.

conhecimentos são insuficientes para a simples interpretação da mensagem, até aqueles que, por formação acadêmica ou atuação profissional, têm conhecimentos específicos aprofundados em relação ao produto anunciado.

A doutrina é unânime ao afirmar que tal parâmetro seria o consumidor médio, entendendo-se este como parte de um público alvo específico que varia de acordo com o produto anunciado. O consumidor médio é o menos informado, ou “o observador menos atento”⁴⁶, que não tem nenhum conhecimento sobre o produto ou serviço anunciado.

Por fim, na análise concreta de cada caso pode-se também excluir a enganabilidade da publicidade nos casos em que se esteja diante de consumidor que, por formação técnica e/ou atuação profissional, tem conhecimento aprofundados sobre o produto ou serviço anunciado, tendo obviamente compreendido o verdadeiro teor da mensagem. Assim, conforme os ensinamentos de Walter CENEVIVA, “Se o consumidor não poderia ignorar os verdadeiros termos da mensagem, ele não tem direito de reclamar contra o engano”⁴⁷.

Quanto ao elemento subjetivo consistente na necessidade ou não de existência de dolo para a configuração da enganabilidade, há controvérsias entre os doutrinadores.

Fábio Ulhoa COELHO posiciona-se no sentido de que o dolo é indispensável na caracterização da publicidade enganosa. Segundo o mencionado autor,

...não há como abstrair, na caracterização da publicidade enganosa, do dolo intencionalmente voltado a despertar um erro no espírito do consumidor. Sem o dolo, sem a veiculação de uma idéia travestida de verdadeira, não há publicidade enganosa. E esta indispensabilidade do elemento intencional é pertinente também à configuração do dolo por omissão (...) A omissão deve ser dolosa para que seja ilícita a publicidade.⁴⁸

Não é o que entende Paulo Vasconcelos JACOBINA, que afirma ser indiferente “o elemento subjetivo da conduta, para o sancionamento da publicidade enganosa”. Prossegue JACOBINA em sua argumentação, asseverando que, “sempre que o anúncio for capaz de levar o consumidor a erro, mesmo que não

⁴⁶ MARQUES, op. cit., p. 676.

⁴⁷ CENEVIVA, op. cit., p. 123.

⁴⁸ COELHO, F. U. In: OLIVEIRA, J. de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 161.

tenha sido esta a intenção do anunciante, caracterizada está a ilicitude da publicidade, independente de se perquirir dolo ou culpa”⁴⁹.

No mesmo sentido é o pensamento de Adalberto PASQUALOTTO: “A capacidade de indução em erro significa a potencialidade lesiva da mensagem publicitária. É um dado de aferição objetiva, afastado de qualquer consideração de existência de má-fé do anunciante (...) A ilicitude existe, ainda que não haja a intenção de enganar”⁵⁰.

Cláudia Lima MARQUES, partilhando deste raciocínio, assevera que ao dispor sobre a publicidade enganosa, o Código de Defesa do Consumidor “não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade”⁵¹.

Walter CENEVIVA apresenta, dentro do conceito de publicidade enganosa, uma subdivisão: a “publicidade falsa” e a “fraudulenta”. Dentro desse contexto, a publicidade falsa seria a “descrição errada do objeto ou omissão de dados relevantes, com culpa”, e a publicidade fraudulenta teria “o fito de se aproveitar da boa fé alheia, com dolo”. Neste caso, se o defeito é ignorado pelo fornecedor, a publicidade não seria enganosa, salvo por culpa grave.⁵² Assim, a abordagem de CENEVIVA a respeito da publicidade enganosa compreende tanto a mensagem veiculada com dolo (a fraudulenta) como aquela levada ao público com culpa (a falsa).

Por fim, cabe lembrar as lições de Antônio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN a respeito, que afirma que “na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé”⁵³.

Em que pese a respeitada opinião de Fábio Ulhoa COELHO, entendemos como a maioria da doutrina, no sentido de que não é necessária a aferição da intenção do anunciante na veiculação da publicidade que induziu o consumidor a erro. A partir da interpretação do artigo ora sob análise, a simples capacidade, ou

⁴⁹ JACOBINA, op. cit., p. 92.

⁵⁰ PASQUALOTTO, op. cit., p. 121.

⁵¹ MARQUES, op. cit., p. 677-678.

⁵² CENEVIVA, op. cit., p. 118.

⁵³ BENJAMIN, op. cit., p. 329.

seja, a potencialidade da mensagem em induzir o consumidor em erro sobre o produto ou serviço é a caracterizadora da enganosidade, independentemente da existência de dolo por parte do fornecedor. Além disso, a própria sistemática do Código de Defesa do Consumidor autoriza tal interpretação, na medida em que impõe ao fornecedor o dever da veracidade das informações, bem como a conduta de boa-fé, ensejadora dos deveres de transparência e, como já mencionado, o dever do “pensar refletido no outro que recebe a informação”. Por fim, acrescente-se ainda que o consumidor não pode ser punido por erro do fornecedor na veiculação da mensagem, ainda que com culpa, tendo em vista que a este é reconhecida a vulnerabilidade diante daquele. Muito mais danoso é a ele suportar o ônus da compra que não teria feito caso tivesse sido corretamente informado sobre o produto ou serviço ou ainda sobre suas condições de compra.

4.2 PUBLICIDADE ABUSIVA

Do Princípio da Correção decorre a proibição da publicidade abusiva, enunciada no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor não conceitua publicidade abusiva, apenas exemplificando algumas de suas hipóteses no parágrafo segundo do referido artigo, conforme segue:

§ 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Como se vê, o rol apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo, não excluindo outras hipóteses de configuração da publicidade abusiva.

A publicidade atinge toda a população. Embora destinada aos consumidores (efetivos e potenciais), todos, mesmo os não consumidores (seja por falta de recursos, seja por não fazerem parte do público alvo da mensagem publicitária) estão a ela expostos. Por isso o reconhecimento pelo Código de Defesa do Consumidor da noção de consumidor equiparado, bem como a proibição da publicidade abusiva.

Como acentua Cláudia Lima MARQUES, “A *publicidade abusiva* [grifo da autora] é (...) a publicidade anti-ética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere os valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”⁵⁴. A exigência de um comportamento pautado no princípio da boa-fé refere-se não somente ao fornecedor em sua relação com o consumidor (e este com aquele), mas também em sua relação com toda a sociedade exposta à publicidade.

Por isso, os exemplos legais são apenas algumas das possibilidades de publicidade abusiva. Esta se configura sempre que houver ofensa à ordem pública, gerando um dano não-patrimonial ao consumidor.

Segundo Wilson Carlos RODYCZ, a publicidade abusiva refere-se ao “princípio da ordem pública”, de modo que os “valores protegidos ultrapassam a própria relação de consumo, situando-se na órbita do interesse público”⁵⁵. Rosângela AMATRUDO esclarece bem a questão, asseverando que “a publicidade abusiva, independentemente de boas, ou más intenções, assim, será caracterizada (...) pelo simples fato de causar quaisquer danos aos valores não econômicos, isto é, lesões aos valores da sociedade seja qual for a extensão ou intensidade destes danos causados à sociedade”⁵⁶.

Ou seja, a publicidade abusiva configura-se sempre que houver ofensa a valores tutelados pelo ordenamento jurídico, independentemente da existência de dolo, causando um dano à sociedade que ultrapassa a esfera patrimonial. A aferição da abusividade de uma mensagem se faz a partir dos valores consubstanciados em uma determinada sociedade de uma determinada época, de modo que a análise deve pautar-se na cultura em que se insere a mensagem.

4.2.1 Discriminação

A proibição da publicidade “discriminatória de qualquer natureza” coaduna-se com os diversos dispositivos constitucionais que vedam qualquer forma de discriminação. O art. 3º, IV, da Constituição Federal, impõe como objetivo

⁵⁴ MARQUES, op. cit., p. 680.

⁵⁵ RODYCZ, W. C. O Controle da Publicidade. *Revista de Direito do Consumidor* 8, São Paulo: RT, 1993, p. 66.

⁵⁶ AMATRUDO, R. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor* 52, São Paulo: RT, 2004, p. 207.

fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º, por sua vez, já em seu *caput* enuncia o princípio constitucional segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, reafirmando tal princípio, ainda, em seus incisos I, VIII, XLI e XLII, que impõem, respectivamente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de crença religiosa e convicção filosófica ou política, a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a proibição ao racismo.

A publicidade deve estar sempre adequada aos princípios constitucionais e, portanto, jamais poderá ser veiculadora de mensagem discriminatória.

A aferição da existência concreta de mensagem discriminatória em uma publicidade é, no entanto, por vezes complexa. Entre os dois pólos de certeza (o negativo e o positivo), há sempre uma zona nebulosa em que o conteúdo discriminatório da mensagem publicitária pode se colocar. Como já afirmado, a consideração do contexto cultural no qual se insere a mensagem é fundamental para a verificação da sua abusividade.

Como exemplo podemos citar o caso da campanha em que foram veiculadas imagens de partes de corpos nus (nádegas, ventre e braço) estigmatizados por um carimbo com o dizer “H.I.V. POSITIVE”.⁵⁷

É comum a discriminação contra a mulher nos meios publicitários. Exemplo desse tipo de publicidade é o anúncio intitulado “Mude de Posição”, que “mostrava uma dona de casa apoiada sobre os braços e joelhos (‘de quatro’), posição que, segundo o anúncio, seria desnecessária para o enceramento de assoalhos, em virtude do produto apregoado, uma enceradeira elétrica”⁵⁸.

4.2.2 Incitação à Violência

A publicidade que contenha qualquer mensagem de apologia ou incitamento à violência é expressamente proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁷ CONAR, Representação nº 161/93, Relatora: Conselheira Mariângela Vassalo. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta FEDERIGHI dedicou-se ao tema da publicidade abusiva que incita à violência em sua dissertação de mestrado, fazendo a seguinte pontuação: "...a tutela do consumidor contra a publicidade violenta pode até mesmo ser encarada como decorrência da conjunção de outros princípios constitucionais, que, combinados, passam a ter a forma da proibição contida no artigo do Código de Defesa do Consumidor, desde os direitos básicos àqueles saneadores da ordem econômica".⁵⁹

Ou seja, a previsão do Código de Defesa do Consumidor quanto a essa espécie de publicidade decorre do sistema constitucional brasileiro, como ocorre com todas as hipóteses previstas no art. 37, § 2º do referido Diploma, e mesmo com os demais casos não previstos. A proteção do consumidor em relação à publicidade abusiva decorre dos valores constitucionais albergados pela Constituição de 1988, explícita ou implicitamente. E esta nunca consentiu, seja amparada na proteção do indivíduo, seja na proteção da ordem econômica, qualquer meio de incitação à violência.

A violência pode ser definida como "o ato de alterar, reverter ou inverter de forma a derrubar obstáculos; como mensagem, refere-se à conduta humana que agride estruturas morais, materiais ou formais. Pode referir-se não a uma ação, mas a uma reação do indivíduo contra um estímulo de insatisfação ou impotência"⁶⁰.

Para a configuração da abusividade da mensagem, basta que esta tenha a potencialidade de induzir alguém a comportamento violento, não sendo necessário que este comportamento ocorra efetivamente.

Qualquer espécie de violência está abrangida pela norma do Código de Defesa do Consumidor.

4.2.3 Exploração do Medo e da Superstição

O verbo "explorar", utilizado pelo legislador, tem "o objetivo de caracterizar a finalidade econômica da publicidade. O critério de determinação da abusividade está

⁵⁸ CONAR, Representação nº 127/89, Relatora: Conselheira Ana Emília De Almeida Prado. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

⁵⁹ FEDERIGHI, S. M. P. C. P. *A Publicidade Abusiva que Incita à Violência*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1997, p. 161.

em que a utilização de discriminações tendentes a utilizar um dos mecanismos psicológicos ou culturais indicados resulte a benefício do anunciante que custeia a mensagem”⁶¹. Ou seja, o anunciante não deve utilizar-se de mensagens que recorram ao medo e à superstição das pessoas com o fito de obter vantagem econômica.

A simples utilização de credices populares ou medos infundados em uma publicidade não configura a abusividade, mas tão somente a exploração do medo e da superstição do consumidor.

Na análise da existência de exploração do medo em uma publicidade incumbe verificar se este medo é de caráter coletivo. O medo individual não serve para a configuração da abusividade. Além disso, “é necessário que o ‘clima’ do anúncio sugira a pertinência do medo infundado (...) em tom sério ou pseudocientífico”⁶², o que se exige também para a configuração da abusividade por exploração da superstição.

Exemplo de publicidade exploradora do medo é o anúncio que apresentou mensagem garantindo ao consumidor que este ainda seria vítima da violência no Rio de Janeiro, apontando como solução a loteria sena, que poderia propiciar ao vencedor a possibilidade de abandonar a cidade⁶³.

Com relação à superstição, a publicidade “pode dizer respeito a formas de sentimento religioso provocadas pela ignorância ou pela aceitação, racional ou irracional, do sobrenatural, do fantástico, sendo pois estranha ao senso médio”⁶⁴.

Exemplo desse tipo de abusividade seria o de anúncio de amuletos ou guias astrológicos que promettessem, sem a devida comprovação científica, a sorte, a felicidade ou a previsão do futuro.

4.2.4 Publicidade Dirigida ao Público Infantil

A ingenuidade e falta de maturidade físico-psíquica da criança devem ser respeitadas. Neste passo, a publicidade dirigida ao público infantil não deve

⁶⁰ SANTOS, op. cit., p. 222-223.

⁶¹ CENEVIVA, op. cit, p. 129.

⁶² COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 263.

⁶³ CONAR, Representação nº 133/94, Relator: Conselheiro Clementino Fraga Neto. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

aproveitar-se dessas características dos menores em nome de vantagem econômica obtida pelo anunciante, aproveitando-se do julgamento deficiente dos mesmos e influenciando negativamente no seu comportamento. É o que dispõe o art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, quando afirma ser abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

A disciplina dada pelo Código de Defesa do Consumidor à publicidade dirigida à criança é, sob o ponto de vista de boa parte da doutrina, incompleta.

Fábio Ulhoa COELHO aponta a deficiência do mencionado artigo, afirmando que o art. 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária⁶⁵ disciplina a questão “de forma mais adequada e pormenorizada”⁶⁶. Sem sombra de dúvidas, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária expõe mais detalhadamente as abusividades a que pode ser exposta a criança através da publicidade. No entanto, não se pode esquecer que a enunciação do Código de Defesa do Consumidor não é taxativa. Qualquer anúncio que agrida os valores da sociedade em que a publicidade é inserida deve ser considerado abusivo, de modo que, por mais incompleta que possa ser a norma legal, esta é apenas exemplificativa, tal como deve ser também considerada a norma do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo encontramos exemplo de publicidade dirigida às crianças considerada abusiva. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada requerendo a proibição da veiculação de mensagem publicitária pela televisão, que utilizava-se da empatia da apresentadora para induzir as crianças a adotarem o comportamento da mesma, destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida. A sentença de primeiro grau foi condenatória, proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e

⁶⁴ CENEVIVA, op. cit., p. 130.

⁶⁵ “Art. 37 No anúncio dirigido à criança e ao jovem: a) dar-se-á sempre atenção especial às características psicológicas da audiência-alvo; b) respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores; c) não se ofenderá moralmente o menor; d) não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido; e) não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros ou o arraste a uma posição socialmente condenável; f) o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis; g) qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação.”

⁶⁶ COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 264.

multa pelo descumprimento da condenação. Em segundo grau de jurisdição entendeu-se que a veiculação da contrapropaganda teria se tornado inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem, mantendo, entretanto a sustação da veiculação da mensagem, bem como a imposição de multa.⁶⁷

4.2.5 Desrespeito aos Valores Ambientais

A Constituição Federal, em seu art. 225, prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Cumpra à publicidade atender a esse ditame constitucional, abstendo-se de divulgar mensagem atentatória aos valores ambientais. Tal atitude constitui abusividade, conforme previsto pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37, § 2º. O abuso pelo desrespeito aos valores ambientais caracteriza-se pela publicidade que agrida o meio ambiente ou incite o consumidor a fazê-lo.

É incomum a verificação de publicidade que contenha mensagem incitadora à agressão ao meio ambiente ou que veicule mensagem ofensiva aos valores ambientais. Atualmente, o apelo ao respeito, à proteção e à preservação ambiental reflete positivamente na escolha do consumidor, sendo utilizado por diversas empresas na divulgação de seus produtos ou serviços. Muitos fabricantes passaram a utilizar material reciclável na fabricação de seus produtos e/ou embalagens, ao passo que outros declaram reverter parte de seus lucros para a recuperação de faunas e floras, certos de que o público consumidor está atento a tais comportamentos – e está.

Por outro lado, é freqüente a utilização de faixas irregulares em locais não permitidos, poluindo o meio ambiente no qual são inseridas, o que deve ser coibido.

Exemplo desta espécie de publicidade abusiva está consubstanciado na decisão proferida pelo Desembargador Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, em Apelação Cível. Trata-se de publicidade veiculada em revista de circulação nacional

⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 241.337-1, 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Ribeiro Machado, 30.04.96. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia>> Acesso em: 22 set. 2005.

(a revista *Veja*) que, além de violar direitos autorais, agredia valores ambientais ao relacionar a figura de uma casa inteiramente construída com troncos de eucaliptos à figura de uma motosserra de determinada marca. Determinou-se, neste caso, a veiculação de contrapropaganda.⁶⁸

4.2.6 Indução a Comportamento Prejudicial ou Perigoso à Saúde ou à Segurança

O Código de Defesa do Consumidor veda, por fim, a utilização de publicidade que “induz a o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança”.

Há que se fazer importante distinção quanto ao risco no qual implica a mensagem: “quando o risco decorre do produto ou serviço *em si*, e a publicidade não alerta o consumidor, ela não é *abusiva*, mas *enganosa por omissão*. Portanto, o risco deve decorrer *do próprio comportamento estimulado pela mensagem*, e ser *alheio a uma qualidade intrínseca do produto ou serviço*” [grifos do autor]⁶⁹.

Exemplo desse gênero de abusividade é o de filme “para a TV da concessionária local de motocicletas Honda, que mostra condutor e passageiro trafegando sem capacete, manobras perigosas e modelos em poses e atitudes maliciosas”⁷⁰.

Cabe mencionar, ainda, a publicidade dirigida ao consumo de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamento e terapia. O art. 220 da Constituição Federal dispõe que este tipo de publicidade “estará sujeita a restrições legais (...) e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Tais produtos podem causar sérios danos à saúde do consumidor, de modo que sempre se discutiu a respeito da publicidade dos mesmos. Por fim, a Lei nº 10.167, de 27/12/2000, proibiu a veiculação de anúncios de cigarros em TV, rádio, jornal, revista e *outdoor* e em locais públicos. Além disso, tornou-se obrigatória a inserção de mensagens e imagens de advertência no verso dos produtos.

⁶⁸ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 586027047, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 26/08/1986. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php> Acesso em: 22 set. 2005.

⁶⁹ JACOBINA, op. cit., p. 98.

⁷⁰ CONAR, Representação nº 139/04, Relator: Carlos Chiesa. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>> Acesso em: 09 set. 2005.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA PELA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

5.1 ESFERA CIVIL

Os danos causados pela publicidade enganosa são, em geral, materiais, enquanto os causados pela publicidade abusiva são, em geral, morais. A responsabilização civil pelos danos materiais e morais causados pela publicidade enganosa e abusiva é de natureza objetiva, independendo do exame subjetivo da conduta do fornecedor.

A tutela individual do consumidor em nada se modifica com a previsão art. 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor. Aplica-se a disciplina da responsabilidade por vício do produto e do serviço, prevista nos arts. 18 a 20 do mesmo diploma legal, que prevêem a responsabilidade do fornecedor pela disparidade entre as reais qualidades do produto ou serviço e os dados contidos na mensagem publicitária.

Havendo tal disparidade, o Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor três alternativas: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação nos termos da publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; e c) rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia antecipada, mais perdas e danos.

É na tutela dos interesses coletivos e difusos dos consumidores que o artigo referente à publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor ganha importância. Neste sentido, Fábio Ulhoa COELHO:

O âmbito de incidência próprio da definição de ilicitude pelo art. 37, § 1º, do Código é o da tutela dos interesses coletivos ou difusos (...). Se não houvesse o legislador previsto a proibição da publicidade enganosa de modo expresso, os interesses individuais de consumidores vitimados por enganabilidade em anúncios publicitários estariam devidamente resguardados pela disciplina do fornecimento viciado, mas seria bastante difícil a proteção dos interesses transindividuais.⁷¹

⁷¹ COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 278.

No âmbito civil, a medida cabível é a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, regulada pelos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Os legitimados para a proposição dessa ação são: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, as associações legalmente constituídas há 1 (um) ano e que incluam em seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. O foro competente é o do lugar onde ocorreu o dano de âmbito local, e o da Capital do Estado ou o do Distrito Federal, quando o dano é de âmbito nacional ou regional, ressalvada a competência da Justiça Federal (arts. 93 do Código de Defesa do Consumidor e 109, I, da Constituição Federal).

A sentença que acolher o pedido é de natureza condenatória, porém genérica, conforme prevê o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, a sentença irá declarar a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, estabelecendo os direitos e obrigações. O valor da condenação e a individualização dos destinatários serão apurados em liquidação de sentença.

As sanções civis aplicáveis à publicidade abusiva e enganosa nesta esfera são, basicamente, a suspensão liminar da publicidade, a cominação de multa e, ainda, a condenação genérica prevista pelo art. 95 do CDC, em sede de ação coletiva. Há, ainda, a possibilidade de imposição de contrapropaganda, sanção própria do direito administrativo e que será analisada detalhadamente mais adiante.

5.1.1 Do Ônus da Prova

A inversão do ônus da prova figura no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, entre os direitos básicos do consumidor. Conforme o mencionado artigo, "são direitos básicos do consumidor", entre outros, "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência".

Em face da reconhecida vulnerabilidade do consumidor, o ônus de provar a inveracidade da alegação do autor pode ser incumbido ao réu. Esta inversão, no entanto, não é obrigatória, mas uma faculdade do juiz.

Tratando-se de matéria referente à publicidade, a inversão do ônus da prova não está a critério do juiz, mas é obrigatória. De acordo com o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Assim, incumbe ao patrocinador da mensagem publicitária a demonstração da veracidade e correção de seu conteúdo, independentemente de qualquer apreciação do juiz quanto a esse ônus. Neste sentido é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que afirma:

Entender que o juiz, no caso do art. 38, deve decidir previamente que o patrocinador da publicidade tem o ônus de provar a veracidade e correção do que nela se contém equivale a entender que também deve previamente decidir que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificativo do direito do autor, impondo num e noutro caso o insustentável entendimento de que o juiz deve previamente proclamar que dará exato cumprimento ao que dispõem o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 333 do Código de Processo Civil⁷².

Discute-se, a respeito dos termos “veracidade” e “correção” utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor, se ambos referem-se apenas à publicidade enganosa, excluindo-se a regra aos casos de publicidade abusiva, ou ainda se o termo “correção” deve ser interpretado como alusivo à publicidade abusiva.

De acordo com Fábio Ulhoa COELHO, “a regra expressa pelo artigo em tela [art. 38] tem aplicação limitada à hipótese de responsabilidade civil do fornecedor por veiculação de publicidade enganosa. Não se aplica ao caso de publicidade abusiva...”⁷³. De acordo com o mesmo autor, não há que se discutir a veracidade e correção da publicidade abusiva, mas os valores sociais por ela atingidos, sendo a responsabilização, neste caso, objetiva.

Antônio Herman de Vasconcelos e BENJAMIN, por sua vez, afirma que “a veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A

⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 255.461-2, 9º Câmara Cível. Relator: Des. Aldo Magalhães, 06.04.1995. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia> > Acesso em: 22 set. 2005.

⁷³ COELHO, F. U. In: OLIVEIRA, J. de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 163.

correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária”⁷⁴.

Adalberto PASQUALOTTO conclui, a respeito da controvérsia, que,

Com efeito, as expressões “veracidade” e “correção” sugerem a mesma coisa, estando adequadas à aplicação no caso de enganosidade. Só nessa hipótese é possível confrontar o conteúdo da mensagem publicitária com dados objetivos. Na publicidade abusiva, não se cogita de informações, mas de valores. A rigor, nada existe para provar, apenas para valorar. Os conceitos são ideais, não existem conteúdos materiais.

Isso, no entanto, não deixa o anunciante em posição mais cômoda, no caso de publicidade abusiva. A sua responsabilidade, seja por enganosidade, seja por abusividade, é objetiva. Por conseguinte, a prova exoneratória será sempre sua. Ao consumidor bastará alegar a abusividade, afirmação que, implicitamente, requer *argumentação fundamentadora e não comprovação fática* [grifo do autor].⁷⁵

Cabe mencionar, ainda, que o dispositivo em tela aplica-se somente quanto à publicidade, sendo que outros fatos decorrentes da mesma relação podem ou não ter o ônus da prova invertido, aplicando-se a eles o disposto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

5.2 ESFERA ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa pela publicidade enganosa e abusiva é também independente da aferição da culpa do agente, ou seja, é objetiva.

As sanções aplicáveis nesta esfera à veiculação de publicidade enganosa e abusiva são a multa e a obrigação de veiculação de contrapropaganda, conforme o disposto no art. 56, I e XII do Código de Defesa do Consumidor.

5.2.1 Multa

O art. 57 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que a graduação da multa deve observar como critérios a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Assim, a gravidade da infração será maior se o direito lesado versar sobre a vida ou à saúde e segurança do consumidor, por

⁷⁴ BENJAMIN, op. cit., p. 358.

⁷⁵ PASQUALOTTO, op. cit., p. 175.

exemplo. Tanto maior a vantagem econômica auferida pelo fornecedor pelo uso da publicidade, maior será a multa. Por fim, a multa deverá observar a condição econômica do fornecedor, atentando-se para que não se inviabilize a continuidade das atividades da empresa.

O dinheiro será revertido para o Fundo previsto na Lei nº 7347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção do consumidor.

O parágrafo único do mesmo artigo preceitua que “a multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha substituí-lo”.

5.2.2 Contrapropaganda

A veiculação de contrapropaganda como penalidade administrativa a ser imposta nos casos de publicidade abusiva e enganosa está prevista nos arts. 56, XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor.

Dispõem os arts. 56, XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 56 As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

(...)

XII Imposição de contrapropaganda.

Art. 60 A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Na definição de contrapropaganda dada pelos doutrinadores, é possível a identificação de elementos comuns essenciais à sua caracterização, que são: a) a natureza de obrigação de fazer consistente em divulgação publicitária; e b) a finalidade de esclarecimento ao público a respeito da enganosidade ou abusividade da mensagem, desfazendo-se seus efeitos danosos ou mesmo impedindo-os.

Veja-se, como exemplo, a definição dada por Walter CENEVIVA: “Define-se, pois, *contrapropaganda*, na relação de consumo, como a punição imponível ao

fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou do abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor.”⁷⁶ Prossegue, ainda, CENEVIVA, afirmando que “trata-se de *obrigação de fazer*, positiva, como ato pessoal do fornecedor, de natureza material...”⁷⁷

Discute-se, no entanto, quanto ao caráter punitivo ou cautelar e educativo da contrapropaganda. Como se vê, o autor acima referido entende pelo caráter punitivo da mesma. Neste sentido aponta a definição de Zelmo DENARI: “A imposição de contrapropaganda é a modalidade de sanção mais temida dos consumidores que praticam a publicidade enganosa ou abusiva...”⁷⁸. Assim também Fábio Ulhoa COELHO: “Trata-se de sanção determinada pelo Poder Executivo...”⁷⁹.

Tal entendimento é refutado por Paulo Vasconcelos JACOBINA, conforme argumentação que segue:

De nossa parte, preferimos ressaltar o aspecto *cautelar e educativo* da contrapropaganda, ao invés de seu caráter *punitivo*..., e a definiríamos como *a sanção cautelar, impositiva administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor...*⁸⁰

Quanto ao caráter puramente administrativo da penalidade em questão, o Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvidas, inserindo-a em Capítulo intitulado “Das Sanções Administrativas”, e assim a caracterizando em seu art. 56, XII. Assim, cabe somente à Administração Pública (Federal, Estadual ou Municipal) a imposição de contrapropaganda. O não cumprimento desta imposição tipifica o crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), salvo quando houver impedimento material para tanto.

Ressalte-se que, no caso da Administração Estadual e da Municipal, é “indispensável a edição de específica e correspondente lei estadual ou municipal

⁷⁶ CENEVIVA, op. cit., p. 133.

⁷⁷ Ibid., p. 134.

⁷⁸ DENARI, Z. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 474.

⁷⁹ COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 281.

⁸⁰ JACOBINA, op. cit., p. 100.

tutelar dos interesses dos consumidores, estabelecendo a penalidade e disciplinando a sua imposição”⁸¹.

5.2.3 Ação Civil Pública

A aplicação da penalidade administrativa deve ser precedida do devido processo legal.

A ação civil pública é disciplinada pela Lei nº 7347/85 e a sua utilização para a responsabilização administrativa da publicidade enganosa e abusiva está prevista no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, servindo para a proteção dos direitos difusos e coletivos.

São legitimados para a propositura da ação o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as associações, conforme dispõe o art. 5º da Lei nº 7347/85. Além disso, o art. 129, III, da Constituição Federal coloca como função institucional do ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos.

O foro competente para a ação é o do local onde ocorreu o dano (arts. 2º e 4º, Lei 7347/1985) e, se houver interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, nas condições do art. 109, I, CF, a competência é da Justiça Federal.

A sentença faz coisa julgada *erga omnes*, exceto quando a ação é julgada improcedente, caso em que qualquer legitimado pode propor outra ação com o mesmo fundamento, desde que haja nova prova a ser aduzida (art. 16, Lei 7437/85).

⁸¹ COELHO, F. U. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 282.

6 CONCLUSÃO

Diante da relevância da publicidade, e principalmente das implicações negativas de sua utilização descontrolada no mercado massificado de consumo, não poderia o Direito permanecer inerte. O Código de Defesa do Consumidor vedou expressamente a utilização de publicidade abusiva e enganosa, impondo limites legais àqueles que em nada se constroem ao extrapolar os limites éticos, veiculando mensagens de conteúdo inverídico ou atentatório aos valores da sociedade. Para a obtenção do fim almejado pelo fornecedor (o lucro), não é válida a utilização de qualquer meio. Foi o que restou claro a partir da inclusão da publicidade na regulação do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira observação a ser feita a partir do estudo realizado diz respeito ao campo de abrangência da aplicação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, à publicidade. Neste ponto, a conceituação de publicidade, consumidor e fornecedor se mostrou de extrema importância.

Somente a mensagem de caráter publicitário é alvo de regulação pelo Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, somente a publicidade comercial, destinada ao convencimento do consumidor pela escolha do produto ou serviço anunciado, pode ser considerada enganosa ou abusiva no sistema de proteção conferido pelo referido diploma legal. Exclui-se dessa proteção a propaganda, que objetiva tão somente a difusão de mensagem de cunho meramente ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.

Além disso, há que se ter em conta que, para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é necessário que haja, no mínimo, os elementos indicativos da relação de consumo. Deste modo, somente restará configurado o desrespeito à proibição imposta se a publicidade for patrocinada por um fornecedor e dirigida aos consumidores (efetivos e potenciais), jamais podendo-se esquecer do conceito de consumidor equiparado, fundamento da aplicação das regras consumeristas em relação àqueles que ainda não concretizaram uma relação de consumo com o fornecedor, mas, de alguma forma, foram atingidos pelos efeitos da publicidade.

Outro aspecto a ser mencionado diz respeito à principiologia relativa ao tema. Da análise dos princípios referentes ao regramento dado à publicidade, percebe-se que o sistema de defesa do consumidor funda-se essencialmente na

busca da equidade entre consumidores e fornecedores nas relações de consumo, exigindo, para tanto, comportamento leal, ético, transparente e pautado na boa-fé.

O controle da publicidade abusiva e enganosa, para além de ser um instrumento limitador da liberdade de comunicação, consiste em fundamental instrumento de proteção ao consumidor (e à sociedade em geral). A liberdade de comunicação encontra seus limites na garantia constitucional de proteção ao consumidor, bem como no direito à informação a ele conferido.

No que respeita à publicidade enganosa e abusiva, especificamente, cumpre esclarecer que o rol apresentado pelo art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, em seus parágrafos primeiro e segundo, é meramente exemplificativo.

Ademais, a responsabilidade do anunciante é objetiva, não comportando a investigação acerca da sua intenção. A mera potencialidade de indução ao erro, no caso da publicidade enganosa, e de causar dano extrapatrimonial, no caso da publicidade abusiva, configuram a infringência ao Código de Defesa do Consumidor.

O anunciante pode ser responsabilizado civil, penal e administrativamente pela veiculação de publicidade enganosa ou abusiva.

Quanto à sua responsabilidade civil, nada modificam as disposições do Código de Defesa do Consumidor no que tange à tutela individual do consumidor diante da publicidade, exceto quanto à obrigatoriedade de inversão do ônus da prova prevista pelo art. 38 do referido diploma. O verdadeiro campo de aplicação do referido artigo nesta esfera de responsabilização é a tutela coletiva do consumidor, efetivada mediante a utilização das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

A responsabilização administrativa, por sua vez, se dá em sede de Ação Civil Pública, implicando na imposição de multa e/ou veiculação de contrapropaganda da mesma forma, frequência e dimensão da publicidade objeto da punição, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço e horário veiculados, de forma a restabelecer a situação ou ainda minorar seus efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza. *Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata*. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

AMATRUDO, Rosângela. Publicidade Abusiva. *Revista de Direito do Consumidor* 52, São Paulo: RT, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na Obra Publicitária*. São Paulo: RT, 1981.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão de Recurso Especial nº 2001/0154107-3, 4ª Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 02/05/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>> Acesso em: 22 set. 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CONAR. Representação nº 127/89, Relatora: Conselheira Ana Emília De Almeida Prado. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

_____. Representação nº 133/94, Relator: Conselheiro Clementino Fraga Neto. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

_____. Representação nº 139/04, Relator: Carlos Chiesa. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>> Acesso em: 09 set. 2005.

_____. Representação nº 161/93, Relatora: Conselheira Mariângela Vassalo. Disponível em: < <http://www.conar.org.br> > Acesso em: 09 set. 2005.

COSTA, Judith Martins Costa. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *A Publicidade Abusiva que Incita à Violência*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: Aspectos práticos perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MALANGA, Eugênio. *Publicidade, uma Introdução*. 4ª ed., São Paulo: Edima, 1987.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto Nunes. *O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. Decisão de Recurso Especial nº 142.042. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar, 11/11/1997. *Revista de Direito do Consumidor*, 30, p. 124 e ss.

_____. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 586027047, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 26/08/1986. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php> Acesso em: 22 set. 2005.

RODYCZ, Wilson Carlos. *O Controle da Publicidade*. *Revista de Direito do Consumidor* 8. São Paulo: RT, 1993.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 80.716-4/8, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Boris Kauffmann, 24/06/1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia>> Acesso em: 22 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 032.511-4/6, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Leite Cintra, 08/04/1998. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia>> Acesso em: 22 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 241.337-1, 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Ribeiro Machado, 30.04.96. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia>> Acesso em: 22 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Decisão de Apelação Cível nº 255.461-2, 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Aldo Magalhães, 06.04.1995. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/pesquisas/2ainstancia>> Acesso em: 22 set. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.