

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

PUBLICIDADE ENGANOSA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

ANDERSON CARDOSO KAMINSKI

2004

ANDERSON CARDOSO KAMINSKI

PUBLICIDADE ENGANOSA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia de final de curso apresentada pelo acadêmico ANDERSON CARDOSO KAMINSKI, sob a orientação do Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner, como requisito essencial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

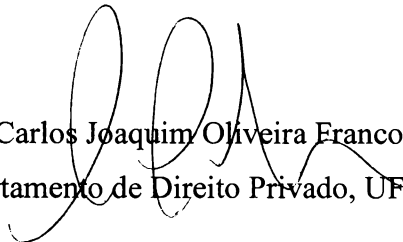
PUBLICIDADE ENGANOSA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

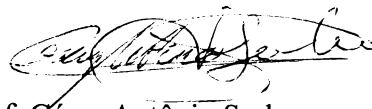
Orientador:



Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Departamento de Direito Privado, UFPR



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



Prof. César Antônio Serbena
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 15 de dezembro de 2004

*Agradeço a minha família, pelo apoio me
dado em todos os momentos e por tudo que
já me ensinaram e, sobretudo, à Cláudia,
por todo amor, compreensão e incentivo que
sempre recebi.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO01
2 PUBLICIDADE03
2.1 CONCEITO.....	.04
3 PRINCÍPIOS08
4 CARÁTER VINCULATIVO DA PUBLICIDADE11
4.1 OFERTA NÃO CUMPRIDA.....	.12
5 AUTO REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA14
5.1 REGULAMENTAÇÃO ESTATAL.....	.15
6 ÔNUS DA PROVA NA PUBLICIDADE17
7 PUBLICIDADE NOS ESTABELECIMENTOS VIRTUAIS19
8 PUBLICIDADE COMPARATIVA21
9 PUBLICIDADE ABUSIVA24
10 PUBLICIDADE ENGANOSA27
10.1 PUBLICIDADE ENGANOSA NO CDC.....	.29
10.1.1 Publicidade enganosa por comissão.....	.30
10.1.2 Publicidade enganosa por omissão.....	.33
10.2 FORMAS DE PUBLICIDADE ENGANOSA.....	.35
10.2.1 Publicidade enganosa ilegal.....	.35
10.2.2 Publicidade enganosa injusta.....	.36
10.2.3 Publicidade enganosa clandestina.....	.36
10.3 TEASER.....	.38
10.4 A PUBLICIDADE EXAGERADA.....	.38
11 PUBLICIDADE SUBLIMINAR40
11.1 HISTÓRICO.....	.40
11.2 CONCEITO.....	.42
11.3 MERCHANDISING.....	.43
11.4 A PUBLICIDADE SUBLIMINAR NO CDC.....	.45
12 DIREITOS DO CONSUMIDOR: COMO DEFENDÊ-LOS47
12.1 DIREITO INDIVIDUAL.....	.47
12.2 DIREITO COLETIVO.....	.48

13 AS SANÇÕES NO CDC CONTRA A PUBLICIDADE ILÍCITA.....	52
13.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANUNCIANTE.....	52
13.2 OBRIGAÇÃO NO CUMPRIMENTO DA OFERTA.....	55
13.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ANUNCIANTE.....	56
13.4 RESPONSABILIDADE PENAL DO ANUNCIANTE.....	60
14 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou a publicidade enganosa, já que antes só existia um controle privado e mesmo assim, regulava a relação entre os anunciantes deixando desprotegidos os consumidores. O objetivo deste trabalho é mostrar quais são as formas de publicidade ilícita dando ênfase à publicidade enganosa. A publicidade nos dias de hoje é de fundamental importância para a sociedade, pois estamos em uma sociedade de consumo e diariamente estamos expostos a todo tipo de publicidade. Diante desse fato é importante que os consumidores tenham a consciência de seus direitos e quais são as formas de publicidade ilícita que estão sujeitos a encontrar. O trabalho visa também fazer um estudo dos principais tipos de publicidade, abordando temas diversos ligados a publicidade. Dentre esses temas estão os princípios da publicidade no CDC, as diversas formas de regulamentação da publicidade, as sanções previstas contra a publicidade ilícita. Tratar de diversos temas é importante para que a publicidade seja entendida de forma mais clara e assume relevância quando é de extrema importância que as pessoas tenham conhecimento dos direitos que possuem frente as abusividades cometidas pelos órgãos que veiculam as mensagens publicitárias.

1. INTRODUÇÃO

A publicidade é uma ferramenta essencial, nos dias de hoje, para o sucesso de uma empresa, de uma idéia ou até mesmo de uma ideologia. É o meio mais utilizado para dar ao público, conhecimento da existência de um determinado produto ou serviço, sendo uma importante maneira de convencimento das pessoas. Ela pode ser utilizada para simplesmente apresentar determinado produto ou serviço aos consumidores ou também pode ser utilizada para apresentar a boa imagem de uma empresa.

A publicidade é um poderoso instrumento de “marketing”, não sendo possível, nos dias de hoje, imaginar uma sociedade sem a presença da publicidade. Vivemos em uma sociedade de consumo, onde a concorrência em todas as áreas é cada vez maior e é fundamental a constante exposição daquilo que se pretende oferecer aos consumidores.

A publicidade pode ser falada, escrita ou transmitida através dos diversos meios de comunicação existentes. Deste modo, não existe possibilidade de uma pessoa não ser alcançada pela publicidade. Diante de tal fato, surge a necessidade da existência de uma proteção ao consumidor, ou seja, de uma regulamentação da publicidade, para que ela se torne adequada às normas legais.

Diante da realidade de vulnerabilidade do consumidor frente às empresas, o Direito disciplinou a matéria, concedendo uma maior proteção ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor surgiu para alterar as relações de consumo, garantindo uma segurança, uma proteção ao consumidor que antes não existia. Antes do surgimento do Código, as pessoas ficavam desprotegidas diante das arbitrariedades dos fornecedores. Qualquer coisa era válida, não importando se para isso fosse necessário enganar os consumidores.

O CDC surgiu não só para dar uma segurança ao consumidor nas relações de consumo, mas também para garantir que práticas enganosas e abusivas serão repelidas, além de informá-los sobre seus direitos e o modo como deverão agir para garanti-los.

O Código proíbe todo tipo de publicidade que utilize práticas enganosas, abusivas ou publicidade que se beneficie do inconsciente das pessoas. Cada vez mais, a publicidade está se aperfeiçoando, não só pelo motivo da evolução da tecnologia, mas principalmente porque o público está cada vez mais crítico, exigente e consciente do que realmente ele quer ou precisa. Para que uma empresa tenha sucesso no mercado nos dias de hoje, ela tem que ter a capacidade de satisfazer os consumidores. O problema é que muitos anunciantes utilizam

práticas ilícitas para que seus anúncios chamem a atenção e é por isso que o Código de Defesa do Consumidor é de fundamental importância para a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores.

A publicidade enganosa é aquela que induz o consumidor ao erro, fazendo com que este consuma ou adquira um produto ou serviço que não é necessário ou que não produz o resultado esperado ou prometido. A publicidade abusiva é aquela que infringe os valores morais da sociedade utilizando meios inadequados para atingir o consumidor. Já a publicidade inconsciente, também chamada de publicidade subliminar, é aquela que se faz por mensagens veiculadas que não podem ser percebidas conscientemente pelas pessoas, mas que tem o poder de influir na decisão final de escolha.

A publicidade ilícita, quando veiculada pela mídia, atinge um enorme número de pessoas, de todas as idades e diversos níveis de cultura. Esse tipo de publicidade, abusiva, enganosa e subliminar, pode causar prejuízos aos consumidores e o Código garante o direito destas pessoas de serem indenizadas por tais prejuízos.

A publicidade, quando bem utilizada, presta um serviço importantíssimo para a população, pois é um meio de informação, mas a publicidade ilícita não deve e não pode ser transmitida, já que interfere diretamente nos atos das pessoas, afrontando ao direito de escolha, levando o consumidor a comprar produtos ou utilizar serviços que se bem informado de suas características verdadeiras, não realizaria ou não utilizaria. Por esses motivos é que devem ser proibidas as publicidades ilícitas, incluindo aí, a publicidade subliminar, que afeta o inconsciente das pessoas, pois irá influenciar a escolha final do consumidor. Por estas razões é que merece ser feita uma análise detalhada da publicidade frente ao CDC, visando demonstrar aos consumidores todos os seus direitos frente a ilegalidades praticadas na publicidade.

2. PUBLICIDADE

A publicidade é o principal símbolo da sociedade moderna. Não há sociedade de consumo sem publicidade. É característico dessa sociedade o intenso desejo de consumir, seja por bens indispensáveis para a sua subsistência ou por aqueles inteiramente supérfluos. Contudo, para que a sociedade possa saciar o seu desejo consumidor é necessário que ela tenha conhecimento sobre quais produtos ou serviços estão no mercado a sua disposição.

Nos dias de hoje, a mídia eletrônica leva as idéias, numa fração de segundos, a todos os pontos do globo. A publicidade é um dos elementos mais destacados da informação, já que se prende a uma mensagem comercial. É uma atividade que, na esfera econômica, tem por finalidade aumentar a difusão e o consumo dos produtos fabricados em grande escala.

A importância da publicidade foi reconhecida pelo legislador quando inseriu na Constituição Federal de 1988 a matéria relacionada à Comunicação Social.

Em seu artigo 220, a Constituição Federal de 1988 assegurou a todos a liberdade de pensamento e de expressão, *in verbis*:

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

A Constituição proibiu qualquer forma de censura, sendo ela de natureza política, ideológica ou artística, estabelecendo a livre manifestação de idéias. Porém, instituiu que devem ser respeitados os princípios éticos e morais, delegando a competência legislativa da matéria publicitária à Lei Federal, conforme o inciso II do parágrafo terceiro do referido artigo 220:

“§ 3º Compete à Lei Federal:

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e a família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

O art. 221, mencionado acima, relaciona os princípios da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão.

Sendo Lei Federal, o Código de Defesa do Consumidor está em harmonia com a Constituição Federal, pois não sacrifica o princípio básico da livre manifestação do pensamento, resguardando o interesse dos consumidores atingidos pela publicidade.

2.1. CONCEITO

Fábio Ulhoa Coelho¹ entende que a publicidade é a ação econômica que visa a motivar o consumo de produtos ou serviços, através da veiculação de mensagens persuasivas por diversos meios. Não se confunde com a propaganda, cujos objetivos não são mercantis.

Adalberto Pasqualoto² também a define: "Toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa".

Publicidade não é apenas informação, é persuasão. Ao veicular-se um anúncio publicitário não se espera apenas informar o consumidor, mas sim vender o que está sendo anunciado. Publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas a fim de desenvolver a demanda de um produto.

Toda publicidade normalmente possui um patrocinador, não podendo confundir patrocínio com pagamento. Mesmo que não haja pagamento existe publicidade. Muitos veículos de comunicação fazem publicidade de si mesmos, não existindo o custo, o pagamento, mas a publicidade existe.

É unânime o consenso de que a publicidade é uma forma de comunicação identificada e persuasiva visando a divulgação de um evento ou dirigida aos consumidores de determinado produto ou serviço.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume I, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 309.

² PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O termo publicidade tem um caráter comercial, negocial. Publicidade seria a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o a ação.

A publicidade deixou de ter papel meramente informativo para influir na vida do cidadão. Ela influi de forma tão profunda que é capaz de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamentos.

A publicidade tem que levar em conta que o consumidor está na mesma situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores do meio de produção.

Existe na publicidade a sujeição ao controle. Nenhuma atividade humana está isenta de controle. A publicidade não é isenção à regra.

O fenômeno publicitário pode ser controlado de três formas. Primeiramente por um sistema exclusivamente estatal. Em segundo, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, o fenômeno publicitário pode ser controlado pelos dois, ou seja, por um sistema chamado misto.

Deste modo acrescenta-se que a publicidade nada mais é do que uma "atividade comercial controlada".

Não se trata e nada tem a ver com a idéia em si da publicidade. O controle é mais da publicidade do que propriamente do anúncio.

O objetivo maior é o regramento da atividade e não do ato. Este é atingido na medida em que integra aquela.

Ademais, o controle não é exercido de maneira isolada sobre a atividade publicitária. Insere-se em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial.

Basicamente, a publicidade pode ser dividida em institucional e também como ela é mais conhecida, em promocional.

A publicidade é promocional, tem como finalidade à promoção dos produtos e serviços, mas existe também a publicidade institucional que visa difundir uma idéia ou vincular uma boa imagem a determinada empresa.

Institucional quando anuncia-se a própria empresa, ou seja, a marca. Um exemplo é a campanha da Ford durante a 2ª Guerra Mundial, no qual não estavam sendo fabricados automóveis e para que a marca não caísse no esquecimento, surgiu o slogan "Há um Ford em seu futuro".

A publicidade promocional busca vender produtos bem como anunciar serviços. É o caso por exemplo de um anúncio de um determinado sabão em pó ou mesmo de algum serviço prestado por uma mecânica.

A impessoalidade da publicidade diz respeito à finalidade da mensagem, pois esta não possui um destinatário definido, visa somente à promoção do produto ou serviço.

A publicidade é um instrumento poderoso de influência do consumidor nas relações de consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumir. Os meios de comunicação de massa em nosso país influenciam as atitudes e o comportamento social. A publicidade hoje está muito mais preocupada em convencer as pessoas do que em apenas informá-las. Na primeira etapa, ela informa, na segunda, sugestiona e, na terceira, ela capta em definitivo o consumidor. O consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia-a-dia.

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária conceitua publicidade em seu artigo 8º, *in verbis*:

“Art. 8º: Toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Não existe um conceito explícito no Código de Defesa do Consumidor, levando a entender que publicidade deva ser entendida da maneira mais ampla possível.

Não se admite no conceito de publicidade a divulgação de idéias políticas ou religiosas de mera manifestação de pensamento, que não tenham nada a ver com o mercado de consumo. Não será publicidade a propaganda de idéias, porque não se refere à atividade econômica.

A propaganda possui um significado diverso de publicidade. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político econômico ou social. A propaganda é uma atividade voltada para a difusão de uma idéia, excluindo a idéia de benefício econômico, enquanto a publicidade tem fim comercial sendo uma atividade voltada para a divulgação comercial de mercadorias e serviços, pois procura persuadir os consumidores a adquirir determinado produto ou utilizar certo serviço. Enfim, tem o intuito de obter lucro.

Para Walter Ceneviva³, publicidade é gênero e propaganda espécie.

Apesar desta diferenciação feita entre publicidade e propaganda, na prática os termos são utilizados como sinônimos.

³ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

3. PRINCÍPIOS

Alguns princípios podem ser apontados como norteadores da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que, tem por finalidade principal proteger o consumidor e não a concorrência do mercado.

A doutrina enumera vários princípios, dentre quais os principais são o princípio da identificação da publicidade, da veracidade da publicidade, vinculação contratual da publicidade, da não abusividade da publicidade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação da publicidade e o da correção do desvio publicitário.

A atividade publicitária rege-se em primeiro lugar, pelo princípio da identificação que está fundamentado no art. 36, caput, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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

Este princípio demonstra que é vedada a publicidade que dificulte a imediata identificação desta como tal pelo consumidor. É vedada a publicidade dissimulada, seja em novelas, filmes ou em forma de merchandising. Também é proibida aquela travestida de reportagem. A intenção é que o consumidor tenha plena consciência de que está diante de uma publicidade, de que esta é um apelo para o consumo.

O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar. Estas seriam publicidades que de alguma forma tentam enganar o consumidor.

Outro princípio importante é o princípio da veracidade da publicidade que encontra fundamento no art. 37, § 1º do CDC, *in verbis*:

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

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falso, 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”.

A publicidade deve ser verdadeira, correta, segundo os requisitos legais. Deve conter uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido. Visa a manter corretamente informado o consumidor, para assegurar-lhe a escolha livre e consciente. Coíbe-se a publicidade enganosa.

Os dados veiculados pela publicidade não devem ser capazes de induzir o consumidor a erro sobre as verdadeiras características do produto ou serviço. As informações têm que ser autênticas, verdadeiras, não podendo ser dissimuladas.

O princípio da vinculação contratual obriga o fornecedor a cumprir a oferta veiculada. Veda-se o anúncio de mera atração de clientela. Está disciplinado no art. 30 do CDC, *in verbis*:

“Art. 30, CDC: Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

O consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária.

O princípio da não abusividade da publicidade tem por objetivo reprimir os anúncios publicitários que venham a prejudicar os consumidores. Deve preservar os valores éticos da sociedade, afastando a publicidade abusiva. Está fundamentado no art. 37, § 2º, *in verbis*:

“§ 2º, CDC: É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

O princípio da inversão do ônus da prova reconhece a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, que ele dificilmente tem condições técnicas e econômicas de provar os desvios da atividade publicitária. Está disciplinado no art. 38 do CDC, *in verbis*:

“Art. 38, CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

O princípio da transparência da fundamentação da publicidade deve fundamentar-se em dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem a informação veiculada, para conhecimento dos interessados e eventual demonstração de sua veracidade. Isto quer dizer que os fornecedores devem manter em seu poder os dados referentes à mensagem publicitária. Tem conexão com o princípio da inversão do ônus da prova. Tem fundamento no art. 36, parágrafo único do CDC, *in verbis*:

“Art. 36, Parágrafo único, CDC: O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem”.

O princípio da correção do desvio publicitário visa a reparação dos malefícios causados ao consumidor pela publicidade ilícita, que o seu impacto sobre os consumidores seja consertado. A principal característica desse princípio é a imposição da contrapropaganda. Trata-se de veiculação de outra publicidade para sanar os malefícios causados pela publicidade originária. Naquela, de caráter explicativo, o fornecedor, às suas expensas, informa corretamente ao consumidor, desfazendo os erros do anúncio original. É divulgada no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário.

Nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade enganosa ou abusiva, tendo como objetivo apagar a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando dessa forma, a realidade dos fatos.

4. CARÁTER VINCULATIVO DA PUBLICIDADE

Qualquer produto ou serviço que seja veiculado em mensagem publicitária tendo ressaltado suas qualidades e características e informado seu preço e as condições para a sua aquisição, têm força vinculante em relação ao fornecedor que a promove ou dela se utiliza. Ao se utilizar da publicidade, o fornecedor tem a obrigação de contratar com estrita observância do conteúdo anunciado. A oferta é considerada declaração inicial de vontade, logo deve ser mantida.

Está disciplinado no art. 30 do CDC, *in verbis*:

“Art. 30, CDC: Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Para produzir o efeito vinculativo, deve a informação descrever elemento específico, determinável, claramente delineável. O conteúdo veiculado pela oferta ou publicidade deve ser suficientemente preciso, não se encontrando vinculado o fornecedor que divulgar informações genéricas a respeito de algum produto.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁴ : “As informações suficientemente precisas constantes de publicidade vinculam o fornecedor anunciante e integram o contrato de consumo que vier a ser firmado”.

O meio pelo qual se veicula a informação não é relevante. Tanto faz se for por jornal, TV, rádio e outros. O resultado é o mesmo. Demonstrada a veiculação, em oferta ou publicidade, de informação precisa acerca de fornecimento, poderá o consumidor pleitear em juízo a sua execução específica.

As ofertas realizadas através de publicidade em veículos de massa (TV, rádio, lista telefônica) devem ser consideradas como feitas entre ausentes. Uma publicidade pode ou não

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume III, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200.

se referir a prazo de duração. Se na publicidade constar esse prazo, o fornecedor é obrigado a manter as condições da oferta anunciada enquanto não transcorrer esse prazo. Já se não constar esse prazo o fornecedor deve manter a oferta enquanto for veiculada a publicidade. Cessada, deve esperar transcorrer prazo suficiente para os consumidores, atraídos pela oferta se dirigirem ao estabelecimento do fornecedor. Após isto, o fornecedor pode se considerar desobrigado pelo conteúdo anunciado.

Está no CDC em seu artigo 32, *in verbis*:

“Art. 32, CDC: Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único: Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

Com esse artigo, o CDC impõe que nas liquidações e promoções deve ser mencionado a quantidade do produto em oferta ou o prazo de vigência da promoção. Esta prática é muito comum em folhetos de supermercados.

4.1. OFERTA NÃO CUMPRIDA

O dever de contratar está implícito nos termos da oferta do fornecedor, que o vincula estritamente. A promessa feita na publicidade deve ser cumprida para que seja assegurado o princípio da boa-fé. O código de defesa do consumidor assegura em seu artigo 35 a defesa de seus direitos, *in verbis*:

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

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

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

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

No primeiro caso é evidente que o consumidor não pode ir ao estabelecimento e retirar o objeto ofertado a força. Deve promover uma ação de conhecimento, comparecendo em juízo munido da prova da existência dessas para depois requerer na execução de coisa certa o recebimento do bem.

Uma maneira mais rápida de se conseguir o bem prometido é a utilização da Ação Monitória devendo o consumidor possuir a prova escrita, mas sem eficácia de título executivo. A ação seguirá os ritos da Ação Monitória, ou seja, o juiz deferirá a expedição do mandado de coisa certa no prazo de 15(quinze) dias. O fornecedor poderá oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Na hipótese de serem julgados improcedentes os embargos, vai se constituir de pleno direito o título executivo devendo o consumidor (no caso credor), prosseguir na forma de execução para entrega de coisa certa.

A opção do segundo inciso, ou seja, a aceitação de outro produto ou serviço é opção do consumidor. O que se presume é a impossibilidade da realização da oferta, caso contrário o consumidor poderia exigir o cumprimento da oferta. Essa possibilidade depende de uma proposta do fornecedor, seja ela destinada ao público em geral ou a um consumidor em particular. O consumidor não pode exigir outro produto em troca.

A impossibilidade deve ser superveniente, ou seja, posterior a vinculação da publicidade. Isto não quer dizer que o fornecedor se livra de cumprir a oferta. Pode realizar através do intermédio de terceiros, desde que a prestação seja fungível. Caso contrário, a saída seria a conversão em perdas e danos.

Se a impossibilidade ocorrida na prestação da oferta for anterior a publicidade, trata-se de publicidade enganosa, devendo o fornecedor suportar as devidas sanções.

Se o consumidor optar pela solução do terceiro inciso, que pressupõe a existência de um contrato, importa no dever do fornecedor devolver ao consumidor, de imediato, o valor eventualmente pago, atualizado monetariamente.

Muitas vezes o fornecedor alega que houve erro na veiculação da publicidade para se eximir do cumprimento da oferta. Essa artimanha não é aceita pelo código de defesa do consumidor, não podendo ser utilizada. O fato publicitário não depende da vontade para produzir efeitos, sendo irrelevantes os vícios detectados em sua produção.

5. AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

O primeiro passo dado no Brasil para buscar a auto-regulamentação foi quando os publicitários se reuniram em 1957, no Rio de Janeiro, no I Congresso Brasileiro de Propaganda e aprovaram um código de ética.

Em 1978, no III Congresso Brasileiro de Propaganda, foi aprovado o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, com o propósito explícito de impedir a interferência governamental na atividade publicitária. Não se pode, no entanto, afirmar que o Código possui força legal. Para integrar o conteúdo da lei, seria necessário que o código fosse com ela publicado, não sendo suficiente, para os fins de transformação de um texto em lei, a mera menção a este por aquela.

Em 1980 foi constituída uma associação civil, o CONAR, Conselho Nacional de Auto-Regulação Publicitária responsável pela aplicação do código. O CONAR é uma espécie de tribunal ético privado dos publicitários, que foi o primeiro passo na tentativa de afastar o Poder Judiciário do conhecimento das lides publicitárias.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária divide-se em cinco capítulos e possui dezenove anexos. O âmbito de incidência deste código é mais amplo que o das normas sobre a publicidade existente no Código de Defesa do Consumidor, mas não possui força de lei, sendo uma fonte subsidiária de interpretação para o direito, ou seja, não substitui a regulamentação legal.

Segundo Evelena Boening⁵:

“Ao final, ficou a certeza de que o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR - é uma entidade de Direito Civil que, como todas as outras, tem seus poderes estatutários limitados pelo que as normas legais vigentes permitem ou proíbem. O substantivo conselho não lhe atribui maiores poderes, podendo ser substituído por associação, grêmio, clube ou qualquer outro coletivo equivalente. Tampouco o adjetivo nacional lhe empresta prerrogativa jurisdicional e/ou o torna imune a ela. A finalidade da auto-regulamentação tem força apenas interna corporis, sendo passível de questionamento judicial sempre que houver interesse, legitimidade e possibilidade jurídica”.

⁵ BOENING, Evelena. *Porque o Conar*. In: Revista do Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 4, 1997, p. 202.

A principal razão do sistema de auto-regulamentação publicitária é o controle do desenvolvimento da publicidade, com o sentido de preservar o seu extraordinário potencial econômico.

O CONAR é uma atividade civil sem fins lucrativos, possuindo em sua estrutura interna cinco órgãos: Assembléia Geral, Diretoria Executiva, Conselho Fiscal, Conselho Superior e Conselho de Ética. Vários são os seus objetivos sociais, mas a sua atividade principal é atuar na área de arbitragem e julgamento ético.

O CONAR tem competência para a imposição de sanções de quatro categorias: advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e divulgação da posição do CONAR.

5.1. REGULAMENTAÇÃO ESTATAL

O desenvolvimento do interesse jurídico pela publicidade não começou com o interesse pela proteção ao consumidor, mas pelo interesse à proteção do próprio anunciante contra o seu concorrente, se protegendo da concorrência desleal. Nem se imaginava uma proteção ao consumidor, que no começo da regulamentação da publicidade não era, ainda, uma parte a ser considerada.

Devido a enorme influência que a publicidade é capaz de exercer no consumidor, o Estado não teve outra alternativa senão intervir, impondo regras e sanções para que pudesse se proteger o consumidor. A Auto Regulamentação tinha como princípio principal à regulação da concorrência e, deste modo, o consumidor ficaria desprotegido. Não pode existir a ingenuidade de que os próprios anunciantes se preocupariam com os consumidores e desse modo haveria um respeito daqueles com estes.

A intervenção do Estado é necessária, pois a publicidade não tem a intenção de demonstrar todos os dados do produto e sim convencer o consumidor que este produto é o melhor para se consumir. Muitas vezes, isso leva ao fornecedor a práticas abusivas como a publicidade enganosa.

Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor que o Estado disciplinou a publicidade de forma completa. Antes, somente existiam leis esparsas que tratavam do assunto.

A regulamentação estatal só surgiu com o Código de Defesa do Consumidor, embora já existissem o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e o CONAR. Estes dois últimos fazem parte de uma regulamentação privada que não visa a proteção do consumidor. Não possuem nada em comum com o CDC, já que este possui normas imperativas com poder coercitivo que tem como principal objetivo a proteção do consumidor frente a práticas abusivas.

6. ÔNUS DA PROVA NA PUBLICIDADE

A inversão do ônus da prova na publicidade é obrigatória, não estando na esfera de discricionariedade do juiz. O ônus da prova no Código de Direito do Consumidor está disciplinado no seu artigo 38, *in verbis*:

“Art. 38, CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Esta inversão é diferente da que se encontra no art. 6º, VIII onde é necessário que a parte demonstre que a sua alegação é verossímil ou que o consumidor seja hipossuficiente, isto é, suas condições financeiras não lhe permitem suportar as despesas processuais.

O artigo deixa bem patente que compete ao fornecedor responsável pela comunicação publicitária o ônus da prova de que ela é correta e verídica. A mensagem ao público deve basear-se em dados precisos sobre os fins a que se destina o produto, quais os riscos que o seu uso normal oferece e qual a sua composição.

Ao fornecedor é lícito fazer prova exoneratória quanto ao caráter enganoso ou abusivo de sua comunicação publicitária. Ele não pode se exonerar provando que agiu de boa-fé, já que esta é irrelevante na sua responsabilização civil.

Se o juiz reconhecer que há traços de verossimilhança no alegado pelo consumidor, o ônus da prova passa a ser do fornecedor. Isto é difícil de provar em sede publicitária, diante da complexidade dos interesses e bens protegidos. Um exemplo seria o fornecedor que anuncia que o seu produto suporta elevadas cargas de força e o consumidor alega que vários equipamentos domésticos ficaram avariados porque o fio transmissor de energia não cumpriu sua finalidade. Cumpre ao fornecedor demonstrar que seu produto tem as qualidades que, na publicidade, lhe foi atribuído.

A inversão do ônus da prova é exigível em caso de danos do consumidor produzidos por propaganda enganosa.

O sujeito ativo de uma ação contra publicidade enganosa será o consumidor e o sujeito passivo será sempre o anunciante, não importando se terceiros fizeram parte da incorreção da publicidade.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶, “a inversão do ônus da prova, no art. 38, independe de qualquer ato do juiz” e citando jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo:

“Ainda que hipoteticamente se admita que a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor depende de prévia declaração judicial de que assim se fará, não há como igualmente entender no tocante ao ônus probatório em matéria publicitária que o art. 38 incisivamente faz recair sobre quem a patrocina, sem condicioná-lo ao critério do juiz. 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 de seu direito e ao réu do fato impeditivo, modificando 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 Civil”.

Trata-se, pois, de ação tendente a instruir o consumidor, a respeito de bens ou serviços oferecidos, condicionando o seu comportamento para a respectiva aquisição ou fruição, daí por que se desloca para o fornecedor o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou da comunicação publicitária.

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.

7. PUBLICIDADE NOS ESTABELECIMENTOS VIRTUAIS

Hoje, com a Internet chegando a milhões de pessoas, a propaganda virtual se tornou um grande negócio. Qualquer empresário pode ter uma página na Internet e nela explorar a mídia publicitária nos mais variados produtos e serviços. Então é lógico que essa publicidade deve atender também ao disposto na legislação do CDC, logo, não podendo ser enganosa, abusiva ou simulada.

Também nesse meio de publicidade, esta não pode ocultar sua natureza de instrumento de estímulo de consumo, induzir o destinatário em erro quanto ao produto ou serviço promovido ou agredir valores sociais.

O titular do estabelecimento eletrônico onde for veiculado o anúncio, não é responsável pela regularidade deste nos casos em que atua apenas como veículo.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁷: “O titular do estabelecimento virtual não responde pela veracidade e regularidade da publicidade de terceiros, porque, nesse caso, ele é apenas veículo. Responde, contudo, na hipótese de apresentar no website anúncio enganoso ou abusivo sobre os seus próprios produtos ou serviços”.

Isto quer dizer que se a página é de um jornal, e nesta página traz um anúncio de um produto e suas qualidades, um imóvel, por exemplo, e este anúncio for perfeitamente distinguível do conteúdo editorial e das notícias, o responsável pela página não é responsável pelo conteúdo eventualmente ilícito da mensagem publicitária veiculada. Seria impossível que todos os donos de página na Internet fizessem teste para averiguar se toda publicidade veiculada em suas páginas seria verídica.

Agora, se a página divulgar que a assinatura de uma determinada revista ou jornal determinaria uma real economia para o consumidor, em comparação com a compra de exemplares avulsos nas bancas e isso não condizer com a realidade, o empresário dono da página será responsabilizado pela publicidade ilícita. Esse é um tipo de informação que é possível de ser averiguada antes da veiculação.

O provedor de acesso à Internet também não é responsável pela publicidade a que se expõem os seus assinantes. Nem poderia ser diferente, afinal os serviços que presta são

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de ...*, p 45.

apenas instrumentos que viabilizam a interconexão de equipamentos. Se o empresário responsável pela página não tem condições de averiguar a veracidade das informações publicitárias, o mesmo se pode dizer do provedor de acesso a Internet. Aliás, ele não pode interceptar, nem obstar qualquer mensagem.

Se o provedor promover o seu próprio negócio na Internet, ele vai responder pela regularidade da informação transmitida.

Resumindo, o empresário proprietário do estabelecimento virtual é apenas o veiculador de mensagem publicitária, logo se encontra na mesma situação da TV, do rádio e demais meios de comunicação. Por isso, não responde por publicidade enganosa ou abusiva. Agora, se anunciar seus produtos ou serviços, deixando de ser mero instrumento de acesso, responde igualmente como qualquer outro anunciante.

8. PUBLICIDADE COMPARATIVA

No Brasil não existe norma jurídica proibindo ou limitando a publicidade comparativa. O Código de Defesa do Consumidor não vedou esse tipo de publicidade, portanto a técnica da publicidade comparativa não pode ser, em princípio, considerada ilícita. Logicamente que a publicidade comparativa, assim como todo tipo de publicidade, tem que respeitar os princípios publicitários, em especial o da veracidade e o da não-abusividade. Nenhum tipo de publicidade pode se utilizar de práticas abusivas ou enganosas.

No entendimento de Valéria Falcão Chaise⁸ “a publicidade comparativa pode ser definida como aquela que o anunciante compara seu produto ou serviço com o(s) do(s) concorrente(s) com o intuito de demonstrar algum tipo de superioridade do seu produto em relação aos demais”.

Na perspectiva do consumidor, a publicidade comparativa costuma ser altamente proveitosa, na medida em que possibilita o acesso a informações sobre as diferenças entre os produtos e serviços oferecidos no mercado. Há uma contraposição entre determinadas características do produto do anunciante com as do concorrente, tentando sempre demonstrar algum tipo de superioridade. Para o consumidor é importante, pois possibilita fazer comparações sobre pontos essenciais entre um produto e outro, sendo mais fácil optar pelo melhor.

Essa comparação não pode induzir o consumidor ao erro, por ser utilizado algum tipo de informação inverídica ou agredir valores sociais. Nesse caso, o anunciante estará sujeito às sanções que disciplinam a concorrência desleal e a publicidade enganosa.

Este tipo de publicidade pode ser utilizado quando comparar bens e serviços que respondam a necessidades idênticas ou que visem o mesmo objetivo. A comparação deve ser objetiva sobre características essenciais e pertinentes, não se admitindo a comparação excessivamente geral. Além disso, estas comparações devem ser passíveis de verificação.

⁸ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Outro ponto que deve ser observado é que a comparação deve ser exata, respeitando o princípio da veracidade. Não se deve induzir o consumidor a confusão entre o anunciante e o concorrente.

No que diz respeito à concorrência desleal, o que caracteriza a irregularidade da prática concorrencial é o meio utilizado e não as motivações ou os objetivos do empresário. O que distingue a comparação lícita da desleal é a veiculação de informações falsas em detrimento do concorrente, em prejuízo da imagem dele junto aos consumidores. A informação falsa a respeito do concorrente é fator decisivo para que a publicidade comparativa deixe de ser lícita.

Uma questão importante é que o consumidor consiga identificar facilmente a publicidade comparativa como tal, ou seja, que o consumidor perceba que a intenção do anunciante é demonstrar a superioridade do seu produto sobre o da concorrência, de acordo com o disposto no art. 36 do CDC.

É possível se fazer um anúncio com informações falsas, desde que fique bem claro ao consumidor que a mensagem veiculada é fantasiosa. É vedado apresentar comparações falsas como se fossem verdadeiras.

A publicidade comparativa deve atender às regras da Lei da Propriedade Industrial e do Código de Defesa do Consumidor para que não se caracterize como concorrência desleal ou lesão a direito do consumidor.

Tanto sob o ponto de vista jurídico como sob o ponto de vista ético publicitário, a publicidade comparativa é admitida. O principal objetivo do anunciante deve ser o esclarecimento do consumidor. O que seria considerado abuso é a simples comparação sem objetividade, valorando somente o aspecto emocional.

A publicidade comparativa pode ser punida tanto como publicidade enganosa como publicidade abusiva dependendo do enquadramento em tais classificações.

A publicidade comparativa enganosa seria quando o anunciante omite dados importantes para o consumidor, relevando de forma parcial os dados sobre o produto ou serviço. Exemplo seria um fabricante de papel higiênico informar que o seu produto é mais barato que o do concorrente e intencionalmente “esquecer” de dizer que o seu papel higiênico sofreu uma redução no tamanho. Esta seria uma informação fundamental, porque o que

parecia ser altamente vantajoso para o consumidor, na realidade seria a mesma coisa, pois teriam preços equivalentes se fosse realizada uma ponderação.

A publicidade comparativa abusiva seria aquela onde o anunciante informa ao consumidor que o produto do concorrente provoca câncer ou traz malefícios a saúde, por exemplo. Se o anunciante não tiver condições de provar estas informações, a publicidade comparativa será considerada abusiva se estiver previsto no parágrafo segundo do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Por mais que seja imposta a contrapropaganda para tentar reparar o mau uso da propaganda comparativa, a imagem do concorrente continuará abalada por muito tempo, necessitando de um grande período para que a sua credibilidade perante o consumidor seja restabelecida.

Os princípios que devem ser respeitados pela publicidade comparativa se encontram no art. 32 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Dentre os principais temos: que não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes, que o maior objetivo seja o esclarecimento, que os dados sejam comprovados e que haja objetividade na comparação.

9. PUBLICIDADE ABUSIVA

O conceito de publicidade abusiva é mais recente que o de publicidade enganosa. Deixa gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor. A abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita dos concorrentes. Com o aumento do mercado e surgimento de novos valores, passou a ser importante para os consumidores.

Para que a publicidade seja considerada abusiva, ela tem que estar enquadrada no tipo previsto no artigo 37 do CDC. Ao contrário da publicidade enganosa que defende os interesses patrimoniais e individuais do consumidor, a publicidade abusiva se preocupa mais com os valores sociais e a vulnerabilidade deste consumidor.

Não existe um conceito de publicidade abusiva que seja satisfatório. Já tentaram conceituar como aquilo que ofende a ordem pública, ou seja, o que não é ético ou que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores. Mas esse conceito não satisfaz integralmente.

O critério mais utilizado é um residual, ou seja, o que não é propaganda enganosa, é propaganda abusiva. A definição objetiva do que é abusivo é muito mais imprecisa do que é enganoso.

Em publicidade, a noção de enganabilidade é distinta da de abusividade. A abusividade pode se manifestar mesmo na ausência da publicidade enganosa. Um anúncio pode ser verdadeiro, mas pode não deixar de ser abusivo ao consumidor, sendo por isso prejudicial. Isto quer dizer que existem publicidades que por mais verdadeiras que sejam, podem ser consideradas abusivas, logo, proibidas.

As formas de publicidade abusiva se encontram no art. 37, do CDC, *in verbis*:

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

§ 2º: É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória, de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Essa descrição de práticas abusivas é uma mera indicação enumerativa, exemplificativa. Aos aplicadores da lei é que cabe adaptarem o texto legal às práticas diversas do mercado.

A publicidade discriminatória é quando a mensagem veiculada afirma, ou simplesmente sugere, a pertinência de tratamento discriminatório às pessoas. Discrimina o ser humano sob qualquer ângulo ou pretexto. É uma afronta ao princípio da igualdade, podendo ser a discriminação em relação à raça, sexo, condição social, entre outras.

O incitamento à violência também é conduta vedada ao anunciante. Não se pode incitar a violência independentemente da natureza do produto ou serviço em promoção. Um exemplo seria a publicidade de armas de fogo, que proíbe a utilização de apelos emocionais, a demonstração de facilidade de registro, a facilidade de compra, redução de preços, etc. Por outro lado, deverá demonstrar que a utilização do produto exige treinamento e equilíbrio emocional.

A publicidade exploradora do medo ou superstição é aquela que tenta persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço explorando esses sentimentos. Não se pode utilizar dessa coação moral. Para que se caracterize essa prática abusiva não é necessário que a mensagem aterrorize, basta que utilize esses recursos.

A publicidade ao público infantil é um artifício muito utilizado no Brasil. O público infantil é um mercado atraente de consumo. O que o código proíbe é a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil que pretenda inserir um sentimento de inferioridade nos que não consomem ou possuem o produto ou serviço anunciado. É proibida também a publicidade que tenha a intenção de encorajar as crianças a persuadir seus pais a adquirir um produto. Ao se colocar uma criança no anúncio, ela não deve ter comportamentos não condizentes com a sua idade.

O abuso por desrespeito a valores ambientais se caracteriza pela veiculação de mensagem agressiva ao meio ambiente, de produtos danosos ao meio ambiente. O ilícito se verifica se há a promoção, ainda que implícita, do desrespeito à natureza ou ao meio ambiente. É proibida a publicidade que promova atitudes contrárias à preservação ambiental, assim como aquela que exagera os verdadeiros esforços feitos por uma empresa para preservar o meio ambiente.

A publicidade indutora de segurança é aquela capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança. Uma forma típica de publicidade abusiva por induzir o consumidor a condutas nocivas à sua saúde e segurança é a de remédios assentada na idéia de automedicação. A definição de publicidade abusiva por indução a conduta nociva à saúde dos consumidores, constante do CDC, não pode ser interpretada como extensiva ao tabaco, bebidas alcoólicas e demais produtos citados pelo art. 220, § 4º, da CF, cuja publicidade é constitucionalmente garantida.

10. PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro na aquisição do bem ou serviço. Vários outros termos podem ser utilizados, como propaganda mentirosa, ilegal, desleal, falsa, mas todas possuem o mesmo sentido.

Na lei, menciona-se a transmissão de informação parcial ou totalmente falsa, mas o conceito não é ajustado. A publicidade pode ser falsa e não ser necessariamente enganosa. Isso porque o instrumento principal da veiculação publicitária é a mobilização do imaginário do consumidor, com o objetivo de tornar o produto ou serviço desejado. O fantasioso nem sempre induz ou é capaz de induzir o consumidor em erro. A veiculação de um anúncio de TV de um drops famoso, onde pessoas levitavam ao consumi-lo, implica a veiculação de informações falsas, mas evidentemente insuscetível de enganar o consumidor. Não é necessário que exista o dolo do fornecedor para se caracterizar a enganosidade. Esta é aferida de modo objetivo, isto é, a partir do potencial de enganabilidade apresentado pelo anúncio.

A publicidade enganosa pode gerar dano individual ou dano social. É considerado dano individual quando se considera a experiência pessoal diante de uma frustração, ansiedade, lesão ou qualquer outra interferência negativa junto ao consumidor. Ocorre o dano social quando o uso da publicidade é massivo e orientado a públicos, podendo o anúncio causar prejuízos sociais e culturais.

Na tentativa de caracterizar o que deve ser feito pelo fornecedor para evitar a propaganda enganosa, decidiu o TACRIM de São Paulo⁹:

“...O legislador disciplinou em prol do consumidor, atento a sua vulnerabilidade, o conteúdo da oferta e a apresentação de produtos e serviços; devem elas ser corretas, claras, precisas, ostensivas e inteligíveis. Sobre as características do produto ou serviço, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. Ao adentrar a um estabelecimento para adquirir mercadoria, deve o consumidor, de imediato e sem necessidade de solicitar informações adicionais, identificar as condições da eventual compra; nada mais relevante do que o preço; o

⁹ Apelação 879.033/4, São Paulo, 11ª Câmara do Tacrim, SP.

dispêndio, numa comunidade em permanente conflito com a elevação do custo de vida, é talvez o tópico de maior relevo no universo do consumo”.

Vários são os meios de comunicação que podem veicular publicidade e conseqüentemente gerar publicidade enganosa. Eles podem ser de forma escrita, estática, cinética, mista.

A publicidade escrita é aquela difundida através de páginas de jornais, revistas, correspondências, folhetos distribuídos nas ruas, encartes, podendo ser em papel ou outro meio impresso.

Nos dias de hoje, um importante meio de se veicular publicidade e cada vez mais difundido, são os chamados “outdoors” colocados em lugares públicos estratégicos, de grande circulação de pessoas.

Através do rádio ou de alto-falantes é a forma que se propaga a publicidade sonora, que é feita de forma oral e é recebida diretamente pelo destinatário. A mensagem publicitária pode envolver ainda sons e imagens, que é o caso da televisão comercial ou de assinatura e ainda as gravações feitas em vídeo.

A publicidade enganosa afeta não só os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. A gravidade desse tipo de publicidade está no fato que provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, ou seja, se ele tivesse conhecimento de que a mensagem era falsa, não iria adquirir o produto ou serviço. O consumidor tem um direito de ordem pública a não ser enganado, já que a publicidade enganosa ofende ao princípio da autonomia da vontade, desde que esta se manifeste de modo viciado pela enganiosidade da mensagem publicitária.

Segundo Adalberto Pasqualotto¹⁰: “A informação ou comunicação publicitária será enganosa quando for inteira ou parcialmente falsa ou quando for, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor”.

Se o anúncio veicula mensagem falsa como se fosse verdadeira há publicidade enganosa. Agora, se o consumidor tem, pela própria mensagem ou pela sua experiência de vida, condições de perceber a falsidade da informação, não se caracteriza o ilícito.

¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 118.

O novo sistema jurídico brasileiro reconhece o direito do consumidor a não ser enganado. A partir disso, Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin¹¹ traça um resumo sobre publicidade enganosa:

“Não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial (capacidade de indução ao erro); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o standard de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos)”.

Não há necessária correlação entre falsidade e enganabilidade. Uma mensagem pode ser falsa e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira, porém, enganosa. Não há coincidência entre falsidade e engano devendo ser outro o critério de aferição da ilicitude por enganabilidade. O conceito de enganabilidade é que é o essencial e não o de falsidade. “O problema da veracidade da publicidade deve pôr-se da seguinte maneira: se os publicitários mentissem verdadeiramente, seria fácil desmascará-los, só que não o fazem, e se não o fazem, não é por serem demasiado inteligentes, mas sobretudo porque a arte publicitária consiste principalmente na invenção de enunciados persuasivos, que não sejam nem verdadeiros nem falsos”¹².

10.1. PUBLICIDADE ENGANOSA NO CDC

Podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a publicidade enganosa por comissão e a publicidade por omissão.

10.1.1. Publicidade Enganosa por Comissão:

¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Op. cit., p. 271.

¹² BANDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*, tradução de Atur Morão. Lisboa: Edições 70, 1981.

A publicidade enganosa por comissão está disciplinada no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor em seu parágrafo primeiro, *in verbis*:

“Art. 37, CDC: 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”.

A publicidade enganosa por comissão se revela quando sua mensagem pode induzir em erro o menos informado dos consumidores a respeito do objeto, de suas características e quaisquer outros dados sobre o produto e serviços da promoção publicitária.

Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante a sua boa-fé ou sua má-fé. Sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro, a ilicitude existe, mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante, caracterizada esta a publicidade enganosa. Não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial. O que importa é que a vontade do consumidor foi maculada e isso já é o bastante para caracterizar a publicidade enganosa.

Muitos são os exemplos de propaganda enganosa. Um caso seria um estabelecimento que divulga a informação que todos os seus produtos serão vendidos a um determinado preço e chegando lá o consumidor descobre que não é bem assim, somente produtos de tal marca é que serão vendidos por aquele preço. Isso é uma forma de atrair consumidores ao estabelecimento, mas é uma forma ilícita que é combatida pelo CDC. Outro exemplo seria a venda de um pacote de turismo, com a promessa de hospedagem em hotel cinco estrelas, com suíte, banheira de hidromassagem, fácil acesso ao centro da cidade e à praia e mais outras regalias. Chegando ao destino, o consumidor descobre que o hotel não goza de tal classificação e que as comodidades não são as apresentadas no anúncio, além de descobrir que o hotel fica a 50 quilômetros do centro e da praia mais próxima e é de difícil acesso. O consumidor se interessou pelas condições ofertadas no anúncio ou pela proposta feita e a

realidade era de padrão inferior. Estamos diante da figura da publicidade enganosa por comissão.

O potencial de indução em erro deve necessariamente decorrer do exame da peça publicitária como um todo. A publicidade pode ser literalmente verdadeira, mas ser tida como enganosa. O que se deve levar em consideração é a capacidade do anúncio publicitário induzir o consumidor ao erro. A pura verdade literal não pode ser usada como defesa pelo anunciante, se do contexto geral sobressair sentido diverso.

O legislador brasileiro, na avaliação do que seja publicidade enganosa, enxerga mais o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. A consumação do ato, ou seja, a compra do produto ou a utilização do serviço pelo consumidor é indiferente. O exaurimento do ato, a sua consumação é irrelevante, não tendo importância a consumação do dano material.

A falsa publicidade gera expectativas inverídicas, que levam o consumidor a uma informação equivocada do produto ou serviço.

O CDC não exigiu o caráter inteiramente falso da publicidade, mas também incluiu os anúncios parcialmente falsos, como, por exemplo, alguns casos de oferta de curso de pós-graduação veiculado com corpo docente exclusivamente composto de mestres e doutores, quando, na verdade, há professores apenas com curso de pós-graduação *lato sensu*. Verifica-se, na hipótese, falsidade parcial, que é maculada por enganabilidade pelo Código.

O Código coíbe o exagero na publicidade. Se a mensagem, por mais exagerada que seja, preste-se a induzir o consumidor ao erro, configura-se a publicidade enganosa. Esse tipo de publicidade não tem um tratamento diferenciado das demais formas de publicidade. Alegações gerais como a melhor do mundo tem que possuir fundamentação, sendo que a inversão do ônus da prova determina que o anunciante demonstre serem elas literalmente verdadeiras.

Quando a publicidade tem o exagero fantasioso, daqueles que claramente o absurdo ou a inveracidade da mensagem são perceptíveis pelo consumidor não são considerados enganosos. Publicidades como a da “Red Bull”, onde diz que se você tomar, irá formar asas e conseguirá voar ou a do drops que diz que se você consumir o produto será capaz de levitar. Nenhum consumidor irá supor que, adquirindo o produto, possa alcançar o poder de voar ou de levitar.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe os anúncios ambíguos que tenham um dos sentidos falso. Se um dos sentidos for enganoso, mesmo que os outros não sejam, é o que basta para a publicidade ser considerada enganosa.

A enganosidade em relação ao preço também é proibida. Muitas vezes o disfarce no preço é utilizado para induzir ao erro o consumidor. Existe o anúncio que não esclarece o preço final do produto ou não divulga as condições do financiamento, não informando eventuais acréscimos. Existem ainda, aquelas mensagens publicitárias que até divulgam o preço real do produto, mas fazem isso em caracteres minúsculos ou inexpressivos no contexto da mensagem.

Sobre esse problema de caracteres minúsculos existe o seguinte acórdão¹³:

“A veiculação de publicidade com indicações imprecisas sobre as ofertas promocionais configura publicidade enganosa, de que trata o art. 37, da Lei 8.708/90, portanto capaz de induzir em erro o consumidor, prática que pode ser coibida pelo manejo de ação civil pública”.

A publicidade deve ser levada em consideração de acordo com o público alvo de cada produto. Produtos e serviços mais caros são normalmente consumidos por pessoas de maior poder aquisitivo, cuja possibilidade de percepção da realidade dos fatos é maior, por isso a ponderação do potencial de enganosidade das informações transmitidas pode ser, relativamente, menos rigorosa do que no exame de publicidade dos consumidores de produtos e serviços de padrão médio ou popular.

Um exemplo de um anúncio que claramente induzia o consumidor ao erro era um anúncio de móveis que afirmava que seus produtos eram todos em cerejeira e na verdade, eram apenas revestidos com placas daquela madeira.

Um exemplo do contrário é um filme na televisão que mostrava uma partida de futebol jogada entre cães buldogues, no qual a bola era substituída por uma sacola de viagem. O filme induzia o consumidor a crer que a sacola era sempre a mesma, enfatizando a sua

¹³ Acórdão 150.436-7-BhH, 7ª CCv TAMG, Relator Juiz Quintino do Prado, 22/04/1993, unânime.

resistência, mas, logicamente, várias sacolas foram utilizadas na produção do comercial. O tribunal não viu a capacidade de indução a erro, pois o consumidor médio é perfeitamente consciente dos aspectos novos dos meios de informação e deve-se levar em conta o grau de discernimento e senso crítico da média dos consumidores, não sendo a lei destinada a proteger os fracos de espírito.

10.1.2. Publicidade Enganosa por Omissão:

A publicidade enganosa por omissão se caracteriza pela ausência de dados essenciais dos produtos e serviços. O dado omitido era de fundamental importância, que se o consumidor tivesse conhecimento dos dados omitidos, não teria celebrado o contrato com o fornecedor.

A enganabilidade por omissão está prevista no art. 37, do CDC, *in verbis*:

“Art. 37, CDC:

§3º Para os efeitos desse Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

A enganabilidade por omissão varia, já que não se exige do fornecedor, que o anúncio veiculado por este, informe todas as qualidades e características do produto ou serviço. O que se impõe, é que o fornecedor não omita uma informação que tenha a capacidade de influenciar a decisão do consumidor.

Esse tipo de enganabilidade é uma afronta aos deveres de lealdade, transparência e veracidade da informação que o fornecedor deve ter em frente ao consumidor.

Um exemplo de publicidade enganosa por omissão foi a julgada pela 21ª Vara Cível do Rio de Janeiro, onde uma empresa de móveis anunciou no jornal de domingo a venda de sofás por preços promocionais. Na segunda-feira o consumidor se dirigiu ao estabelecimento e chegando lá recebeu a recusa da venda, pois todas as unidades tinham sido vendidas. O anúncio, porém, era omissivo quanto ao número de peças a disposição e também quanto ao prazo da oferta. O consumidor moveu uma ação e esta foi julgada procedente tendo o fornecedor que entregar o sofá pelo preço promocional.

O mesmo problema ocorreria se um anunciante divulgasse a notícia que chegou no país um produto revolucionário, de preço igual aos nacionais, mas de qualidade superior aos existentes no país, por exemplo, um eletrodoméstico, mas “esquecesse” de divulgar que o tal produto revolucionário só funcionaria se fosse adquirida uma peça específica, à parte, pelo consumidor e essa peça custava à metade do preço do produto. Um produto que, aparentemente, era um grande negócio, no final era uma enganabilidade, pois além de comprar o produto, o consumidor teria que pagar mais pela tal peça e no fim das contas acabaria pagando mais pelo produto.

A publicidade enganosa por omissão é uma afronta ao princípio da boa-fé. Este princípio tem que ser sempre seguido pelo fornecedor. O Código garante uma proteção ao consumidor, pois num mercado de produção em massa, ele sempre se encontra em posição de inferioridade diante dos fornecedores. É necessária, por parte do fornecedor, a informação correta, precisa ao consumidor, que é o destinatário final da publicidade. Isso é obrigatório, para possibilitar ao consumidor o livre juízo de necessidade e conveniência na aquisição de um produto ou serviço.

Antonio Herman Vasconcellos e Benjamin¹⁴ faz um comentário sobre a posição do Código diante da publicidade enganosa por omissão: “O Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganabilidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada”.

Por fim, a definição da característica da publicidade enganosa por omissão dada por Fábio Ulhoa Coelho¹⁵: “A enganabilidade por omissão, nesse sentido, se caracteriza na hipótese em que é de tal forma importante o dado omitido, que um consumidor-padrão, assim considerado, deixaria de concretizar o negócio, se dele soubesse anteriormente”.

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Op. cit., p. 280.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 278.

10.2 FORMAS DE PUBLICIDADE ENGANOSA

Muitas são as classificações utilizadas pelos doutrinadores para definir as formas de publicidade enganosa, sendo diversas as nomenclaturas usadas, mas a essência do conteúdo é o mesmo.

10.2.1 Publicidade Enganosa Ilegal

As publicidades consideradas ilegais são aquelas que contrariam leis, resoluções e diplomas legais do país. Essa desobediência pode ser a lei federal, lei estadual ou lei municipal, não importando a procedência.

A nossa legislação impõe que o máximo de tempo destinado a anúncios publicitários é de 25% (vinte e cinco por cento) do total da programação das TVs e dos rádios. Qualquer desrespeito a esse limite caracteriza a publicidade ilegal.

A Lei nº 9.294/96 é um exemplo de lei que impõe restrições a publicidade de alguns produtos. No caso, ela restringe a publicidade sobre produtos fumíferos, terapias, bebidas alcoólicas, medicamentos e defensivos agrícolas e determina o horário adequado para a veiculação desse tipo de publicidade. Essa lei dispõe que a sua aplicação se dará sem prejuízo do CDC, logo, um anúncio, ainda que em conformidade com os parâmetros da Lei nº 9.294/96 pode vir a ser considerado enganoso ou abusivo, por desrespeito ao CDC e ao espírito da norma constitucional. Aos atos ilícitos será aplicado o art. 9º, *in verbis*:

“Art. 9º - Aplicam-se aos infratores dessa lei, sem prejuízo de outras penalidades na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, as seguintes sanções:

I – advertência;

II – suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias;

III – obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV – apreensão do produto;

V - multa de R\$ 1.410,00 (um mil quatrocentos e dez reais) a R\$ 7.250,00 (sete mil duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente na reincidência.

§ 1º As sanções previstas nesse artigo poderão ser aplicadas gradativamente, e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator.

§ 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

§ 3º Considerem-se infratores, para efeito desse artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado”.

10.2.2 Publicidade Enganosa Injusta

Esse tipo de publicidade é considerado legal, apesar de trazer algum prejuízo social. Exemplos seriam a publicidade de bebidas alcoólicas em locais freqüentados por crianças ou a publicidade de cigarros em praças esportivas, onde o que está sendo praticado não tem a menor correspondência com a publicidade de um vício que faz mal a saúde, podendo levar à dependência e à morte.

Apesar de muitos consumidores não verem mal em comercias com exagerado apelo sexual, esse tipo de publicidade também é injusta. Os publicitários utilizam desse artifício justamente por não haver uma repulsa muito grande por essa técnica publicitária por parte dos consumidores em geral. Um exemplo seria um antigo comercial da ducha Lorenzetti onde apresentava, de relance, um nu frontal feminino. Apesar de ser injusto, é considerado legal, pois os consumidores aceitam esse tipo de publicidade.

Outro caso de publicidade injusta seria aquele anúncio onde mulheres jovens utilizam produtos claramente destinados a mulheres mais velhas. Mostra produtos que deverão apresentar resultados em mulheres com mais idade e não em mulheres jovens, que em tese, não necessitariam de tais produtos.

10.2.3 Publicidade Enganosa Clandestina

É o tipo de publicidade que dissimula a exibição do produto. Há uma integração ao roteiro de uma situação de uso ou consumo normal de um produto com a exposição de sua marca ou fatores de identificação. Esse tipo de propaganda ofende o princípio da identificação.

É uma publicidade onde há a aparição do produto no contexto de uma história. Pode ser no meio de uma reportagem, no capítulo da novela ou na exibição de um filme. O telespectador não percebe que se trata de uma mensagem publicitária, já que uma falsa associação do produto ao status de um personagem ou a outras circunstâncias da narrativa. O anúncio é transmitido fora do horário habitual da publicidade onde o consumidor é pego de surpresa e se encontra vulnerável.

A forma característica desse tipo de propaganda é o “merchandising”. Merchandising é a aparição dos produtos no vídeo, como cartazes em ginásio enquanto a TV mostra um jogo, por exemplo, ou nos artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. A comunicação se faz de forma subliminar e citamos como exemplo a utilização de veículos da marca Fiat durante determinada novela ou filme.

Merchandising seria, nas palavras de Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin¹⁶: “a inclusão de menções ou aparições de produtos, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou de rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral, etc”.

Em relação à colocação de cartazes durante a transmissão de TV, é proibida essa prática de acordo com o Código de Auto-Regulamentação Publicitária em seu art. 30, *in verbis*:

“Art. 30: Este Código condena a prática por parte dos Anunciantes e Agências, de se colocar cartazes e faixas em locais onde se realizam eventos esportivos com o flagrante propósito de que tais anúncios sejam transmitidos “de carona” pela televisão”.

¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Op. cit., p. 266.

10.3 TEASER

O “teaser” tem a função de preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária. É a criação de um certo suspense para o consumidor, deixando no ar um ponto de interrogação.

O “teaser” está disciplinado no art. 9º do Código de Auto-Regulamentação, *in verbis*:

“Art. 9º - A atividade publicitária de que se trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha.

Parágrafo único – Ficam excetuadas do preceito acima as campanhas em fase do teaser, mensagens que visam criar expectativas ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados”.

Plínio Cabral¹⁷ diz que “visa-se dar maior impacto ao anúncio, ou seja, assegurar um elevado índice de audiência para a campanha de propaganda”.

O problema do “teaser” é que ele não permite uma imediata identificação de seu caráter publicitário, porém, o que o Código exige é que a mensagem publicitária seja identificável facilmente e não o seu fragmento. E como o “teaser” nada mais é do que um fragmento da publicidade, em princípio estaria de acordo com a disposição legal.

Apesar de o “teaser” ser um fragmento da publicidade, ele não está totalmente sem controle. Ele se sujeita, como qualquer outra forma de publicidade, aos princípios que controlam a publicidade enganosa e a abusiva.

10.4. A PUBLICIDADE EXAGERADA

¹⁷ CABRAL, Plínio. *Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Atlas, 1986.

O Código dá ao exagero publicitário, também conhecido como *puffing*, o mesmo tratamento dado às outras formas de publicidade. Se a afirmação utilizada no anúncio publicitário puder induzir o consumidor ao erro, estará configurada a publicidade enganosa. Somente a vagueza absoluta e inofensiva do anúncio é que permitirá a isenção de responsabilidade do fornecedor.

O exagero publicitário é utilizado para causar impacto no consumidor, de forma a valorizar o produto.

O CDC só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação quando faltar a “precisão suficiente”. Mas o *puffing* continua sujeito aos princípios da veracidade e da não abusividade. Mesmo não contendo precisão suficiente, se o exagero for capaz de induzir o consumidor ao erro ou abusar dos valores sociais, estará caracterizada a publicidade enganosa ou abusiva.

Expressões como “o melhor do mundo”, “o mais perfeito”, “o mais eficiente” têm que respeitar o mesmo parâmetro de fundamentação exigido de outras formas de publicidade, sendo que a inversão do ônus da prova determina que o anunciante demonstre serem elas literalmente verdadeiras.

Pegando como parâmetro o direito alemão, o exagero superlativo merece um tratamento mais rígido ainda, já que é difícil aceitar uma inocência quando o consumidor é incentivado a adquirir um produto ou serviço, como nota Waldírio Bulgarelli¹⁸: “o anúncio superlativo é encarado, mais severamente, não sendo, na maior parte dos casos, visto como um exagero inofensivo, mas, pelo contrário, como uma alegação publicitária que deve ser levada a sério”.

O problema desse tipo de publicidade é traçar com precisão o limite entre o lícito e o ilícito, ou seja, conseguir decidir quais são as alegações que são mero exagero e quais são aquelas que visam enganar realmente o público.

Aqueles anúncios que são claramente diagnosticados pelo público como ficção, não são considerados enganosos.

¹⁸ BULGARELLI, Waldírio. *Publicidade Enganosa – Aspectos da Regulamentação Legal*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 91.

11. PUBLICIDADE SUBLIMINAR

A publicidade subliminar é considerada por alguns doutrinadores como publicidade enganosa. Também é classificada como publicidade clandestina, uma vez que os consumidores têm o direito de facilmente identificar a publicidade como tal, de acordo com o princípio da identificação, o que não ocorre com esse tipo de publicidade.

Esse tipo de publicidade é aquela que contém informações fora do limiar da percepção humana, podendo aparecer em revistas, novelas, filmes. Todos os meios de comunicação utilizados pela mídia tem a capacidade de apresentar publicidade subliminar.

11.1. HISTÓRICO

A Psicologia Experimental vem medindo os efeitos dos estímulos sensoriais imperceptíveis conscientemente. Em 1919, o Dr. Otto Poetzle (ex-discípulo de Freud) conseguiu provar que as sugestões pós-hipnóticas têm o mesmo resultado prático dos estímulos subliminares para alterar o comportamento humano.

Em 1959, a publicidade subliminar saiu das universidades para afetar os consumidores. O publicitário Jim Vicary coloca um taquioscópio (projektor de slides), nome cuja origem vem de táquios = velozes, no filme Picnic, estrelado por Kim Novak, projetando durante todo o filme, frases como “drink Coke”, numa velocidade de 1/3000 de segundo. Essa velocidade é imperceptível pela consciência humana e segundo pesquisas da época, a venda de refrigerantes aumentou consideravelmente. O experimento de Jim Vicary ficou conhecido como Experimento Vicarista.

A tecnologia subliminar foi adaptada a televisão nos anos 70. Aconteceu no jogo infantil Kusher Du, em um “frame” (1/30 de segundo) atingindo ótimos resultados, acarretando o aumento nas vendas do produto anunciado clandestinamente.

No Brasil também encontramos alguns exemplos, como este apontado por Flávio Calazans:

“Houve até um jingle brasileiro feito para os automóveis Chevrolet cujo ritmo melódico era em um ciclo de 72 batidas por minuto, o que provocava, subliminarmente, memórias inconscientes no ouvinte do ritmo cardíaco da mãe o amamentando, persuadindo-o a amar e sentir-se protegido pelo automóvel-mamãe. Este jingle fazia o consumidor regredir a um

estágio psicológico infantil, chantageando-o a comprar e criando o desejo pelo carro anunciado, de modo a fazê-lo sentir-se culpado por não poder comprá-lo. É possível que tal fato provocasse danos psíquicos perceptíveis ao consumidor e conseqüências sociais imprevisíveis”¹⁹.

Depois das primeiras experiências, a publicidade sublimar passou a ser usada indiscriminadamente por todo tipo de publicação, até mesmo em propaganda eleitoral. Diante desse fato abusivo, um Ph.D canadense, o psicólogo Wilson Brian Key denunciou essa prática, em uma publicação polêmica, apoiado pelo criador do termo Aldeia Global, o teórico de Comunicações McLuhan, que prefaciava suas obras.

Em uma rápida explicação científica, fisiologicamente, o olho humano tem células chamadas bastonetes, que formam a visão periférica, chamada de fundo e outras chamadas cones, que constituem a fávua, nosso foco de visão consciente. Dessa forma, a fávua foca nossa visão consciente enquanto os bastonetes captam o fundo subliminar.

O ouvido segue o mesmo princípio: é subliminar o fundo musical que dá o clima de anúncio publicitário ou de filme de terror. Enquanto você focaliza a tela, atento a fala e os gestos dos personagens, a música age subliminarmente em sua consciência. Você se envolve na história sem ter a consciência disso.

As imagens subliminares visuais são captadas pelos olhos, que fazem mais de 100 mil fixações conscientes por dia. Numa fração de segundo esta imagem é invertida pelo nervo óptico e enviada ao cérebro (hipotálamo) para ser processada. O núcleo dessa área, exerce controle de atividades das mais importantes do organismo, como o sono, temperatura do corpo, metabolismo da água, etc.

Os nossos olhos focam sempre o objeto principal das imagens, seja na TV, nas paisagens, etc. As células responsáveis são chamadas de cones, responsáveis por um ângulo de aproximadamente 20 graus de visão central, enquanto que a maior parte de nosso mundo visual está na área que chamamos de visão periférica realizada por células do tipo bastonete.

Geralmente são estas imagens que são captadas a nível subliminar, ou seja, são remetidas automaticamente ao nosso cérebro, à nossa mente, em nível inconsciente, involuntário.

¹⁹ CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. *Propaganda Subliminar Multimídia*. São Paulo: Summus Editorial, 1992, p. 54.

11.2. CONCEITO

Flávio Calazans²⁰ define publicidade subliminar como: “as mensagens que nos são enviadas ocultas, abaixo dos limites da nossa percepção consciente, e que vão influenciar nossas escolhas, atitudes, motivar a tomada de decisões posteriores. Subliminares são mensagens que entram na nossa mente de contrabando, como um vírus de computador que fica inerte, latente, e só é ativado na hora certa”.

Para Adalberto Pasqualotto²¹, “A mensagem subliminar não é propriamente comunicação: é manipulação. Do ponto de vista da dogmática jurídica, o ato decorrente seria nulo, porque a eliminação da consciência implica na ausência da vontade”.

A mensagem subliminar trabalha com o inconsciente das pessoas, seria a arte da persuasão inconsciente. A pessoa, conscientemente, não consegue identificar esse tipo de informação, mas o nosso subconsciente sim. Ela é transmitida em um baixo nível de percepção, tanto sonora visual como auditivo, então, assimilamos essa informação sem nenhuma barreira consciente.

Este tipo de publicidade fere todos as normas do bom senso e do livre arbítrio. É um tipo de publicidade que não nos dá chance de escolha, pois não temos como saber que fomos “vítimas” de uma mensagem publicitária.

A psicologia define a publicidade subliminar como qualquer estímulo produzido abaixo do limiar da consciência, e que produz efeitos na atividade psíquica ou mental. As mensagens ou propagandas subliminares são veiculadas nos diversos canais de comunicação como, cinema, TV, rádio, “outdoors”, revistas em quadrinhos, jornais, revistas, músicas, etc.

²⁰ CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. Op. cit., p. 70.

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 90.

11.3. “MERCHANDISING”

O “Merchandising” está presente em artigos que aparecem em cenas de filmes, de novelas, nomes de empresas que estão implícitos no contexto da história. O Merchandising é um tipo de técnica muito utilizado na área publicitária mostrando um produto sem a aparência de publicidade. Como a publicidade subliminar tem o seu potencial melhor aproveitado quando inserido dentro da programação normal do que nos intervalos comerciais, o “Merchandising” é uma espécie muito importante de publicidade subliminar.

Tal forma de veiculação, utilizando mensagens publicitárias disfarçadas, é de certo modo recente. É uma forma de burlar os mecanismos de defesa do consumidor.

Segundo consta, a primeira publicidade subliminar teve origem nas tiras de histórias em quadrinhos do personagem Popeye nos anos 20. O governo americano teve que organizar uma idéia para acelerar o consumo de uma supersafra de espinafre. Logicamente, as crianças americanas, como em qualquer lugar do mundo, não eram muito chegadas às verduras em geral. Com a criação do desenho Popeye, as crianças passaram a acreditar que se, comessem espinafre como o marinheiro Popeye, ficariam fortes como ele. Com isso, o governo americano resolveu o problema: conseguiu acelerar o consumo da supersafra de espinafre e evitar o seu desperdício e que se estragassem.

Já no Brasil, umas das primeiras aparições do “merchandising” foi em 1987, nos trechos de uma novela quando a atriz Sônia Braga dançava numa boate diante de um letreiro luminoso da marca Staroup. Dessa forma, o corpo da atriz era a figura focada pela fâvoa, visão consciente, enquanto o anúncio da marca Staroup que constava no letreiro era focado pela visão periférica, como uma mensagem subliminar, inconsciente.

Encontramos outros exemplos, como é o caso do batom Boca-Loca, usado na novela “Ti-ti-ti, as calcinhas “Hope” utilizadas na novela “Roque Santeiro” e mais recentemente a aparição em diversas novelas das marcas “O Boticário” e da cerveja “Brahma”, que de certa forma, estão inseridas no contexto.

A utilização dessa técnica fez surgir muitas polêmicas e controvérsias, já que a novela narra uma história que acaba envolvendo o telespectador emocionalmente, não deixando este sair da sala, o que acaba deixando o consumidor vulnerável e desatento frente às propagandas dissimuladas, ainda mais se o produto estiver bem embutido e encaixado na trama da novela, impedindo de perceber que se trata de uma publicidade.

Apesar do “Merchandising” ser mais evidente na televisão, ele não se limita a esse meio de comunicação; Pode estar presente em eventos, no teatro, nas vitrines das lojas, no cinema.

Hitler utilizou a técnica subliminar em seus discursos políticos. Possuíam efeitos cênicos, luzes, som, tudo era utilizado de uma forma que ficasse mais atraente para o público, uma forma teatral.

Os lugares onde ficam mais evidentes esse tipo de publicidade são nas partidas de futebol, onde se nota a existência de várias placas colocadas em lugares estratégicos exibindo marcas ou nomes de produtos.

A publicidade subliminar é mais antiga que o “Merchandising”. Este é apenas uma nova forma de utilização daquela. O “Merchandising” deve ser rápido, não durando mais do que três segundos, evitando que as pessoas percebam que se trata de uma publicidade. O objetivo visado é que a publicidade vá direto ao inconsciente humano.

Infelizmente, muitas vezes, a publicidade subliminar influencia de forma negativa algumas pessoas. Em novembro de 1999, o estudante de medicina Mateus da Costa Meira, então com 24 anos, disparou tiros de submetralhadora numa platéia de aproximadamente 40 pessoas que assistia ao filme “Clube da Luta” num cinema do Morumbi Shopping, em São Paulo. Se formos acompanhar a seqüência dos passos do estudante iremos verificar que ele seguiu as seqüências do “game Duke Nuken”, um jogo de computador. Ele começou pela entrada no banheiro, regulou a arma e seguiu em direção ao público. Tudo uma infeliz repetição na vida real do que se passa nas cenas do jogo. Mateus era viciado em crack e cocaína, além de jogos de computador e videogame. O final dessa influência foi trágico: três mortos e vários feridos. (cf. Folha de São Paulo, 05 de novembro de 1999).

Um caso com muito destaque na mídia foi à inserção de dois fotogramas com fotos de uma mulher com os seios nus no desenho animado da Disney “Bernardo e Bianca”, conforme noticiado pela Folha de São Paulo de 15 de janeiro de 1999, “pela primeira vez na história da companhia, a Disney admitiu ter encontrado imagens subliminares num de seus filmes de animação”.

Nas eleições passadas para presidente dos Estados Unidos, um caso de publicidade subliminar interessante ocorreu. Em sua propaganda política, a proposta de governo de George W. Bush era elogiada pelo narrador e a proposta do candidato democrata, Al Gore, era

criticada. Até aí nada demais, mas no decorrer da propaganda fragmentos da frase “burocratas decidem”, que ridicularizava a proposta de Gore, começavam a dançar na tela. Observando com atenção, era possível ver a palavra “rats” (ratos), fragmento da palavra “bureaucrats” (burocratas), aparecendo rapidamente em um quadro. A imagem ficava no ar durante apenas 1/30 de segundo, mas as palavras apareciam em grandes letras brancas, se destacando das outras. Logicamente que o anúncio foi retirado do ar, mas o consultor-chefe de mídia de Bush, Mark McKinnon, afirmou que tudo não passava de um acidente, que a utilização da palavra “rats”, não foi percebida por sua equipe. Esse fato não convenceu aos profissionais de publicidade, que afirmaram ser impossível, da forma que os quadros foram montados, que os produtores não soubessem que a palavra estava aparecendo.

11.4. A PUBLICIDADE SUBLIMINAR NO CDC

Apesar de ser um assunto muito comentado na mídia, a publicidade subliminar não é citada em nenhuma lei do país, porém, deve ser utilizado um processo de interpretação para que seja aplicado o Código de Defesa do Consumidor, sendo muito importante que o consumidor possua uma defesa contra esse tipo de publicidade.

Assim como qualquer tipo de publicidade que tenta enganar o consumidor, a publicidade liminar também é ilícita, pois fere o CDC, já que não permite ao consumidor a percepção imediata de que se trata de uma publicidade. Pior, o consumidor não tem nem a chance de se defender. Por isso, ela está sujeita às sanções impostas pelo CDC. Ela não possui a transparência exigida nas relações de consumo, desrespeitando o princípio da identificação que é disciplinado pelo seu art. 36, *in verbis*:

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

A publicidade subliminar também é repudiada pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda em seu art. 20, *in verbis*:

“Art. 20: A propaganda é sempre ostensiva. A mistificação e o engodo que, escondendo a propaganda, decepcionam e confundem o público são expressamente repudiados pelos profissionais de propaganda”.

A publicidade deve ser sempre apresentada de forma ostensiva, de maneira que o consumidor perceba imediatamente que se trata de uma publicidade. Não é admitida outra forma de publicidade, por isso que a publicidade subliminar é considerada ilícita, pois tenta convencer os consumidores através de seus inconscientes, ou seja, de modo que o consumidor tenha vontade de consumir determinado produto sem saber que essa vontade é decorrente de uma publicidade.

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária também defende o princípio da transparência e da identificação em seu art. 28, *in verbis*:

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

Ao contrário da legislação brasileira, o Código de Publicidade de Portugal menciona a publicidade subliminar, inclusive dando-lhe um conceito. O Código português considera subliminar a publicidade que mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência. Já nos Estados Unidos é proibido de qualquer forma a publicidade subliminar taquioscópica.

12. DIREITOS DO CONSUMIDOR: COMO DEFENDÊ-LOS

Há duas formas do consumidor exercer seus direitos contra todo tipo de publicidade enganosa, abusiva, ou seja, ilícita: individualmente ou coletivamente. Equipara-se a consumidor aquele que é o destinatário final do produto ou serviço, aquele que se encontra exposto às práticas previstas no Código.

Em relação à publicidade, o consumidor não precisa ser adquirente do produto ou serviço, só necessita ser um potencial consumidor.

Os modernos mecanismos de tutela jurisdicional se dividem em três grandes e distintos grupos, segundo Teori Albino Zavascki²²:

1º - Mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos em:

a) os que se destinam a tutela-los individualmente pelo seu próprio titular, cuja disciplina básica se encontra no Código de Processo Civil;

b) os que se destinam à tutela coletiva dos direitos individuais, em regime de substituição processual (ações coletivas).

2º - Mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, pertencentes a toda comunidade ou a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (ação popular).

3º - Mecanismos para tutela da própria ordem jurídica, em caráter genérico e abstrato.

12.1. DIREITO INDIVIDUAL

É a forma mais tradicional dos consumidores se defenderem em juízo. Os problemas são os custos elevados da demanda judicial. A maioria das vezes, o dano sofrido não vale o

²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol 88, 1998, p. 175.

esforço e o custo de se enfrentar uma demorada ação judicial, por isso as pessoas acabam não indo em busca da reparação do seu prejuízo pela via do Judiciário.

O direito individual é aquele direito subjetivo da pessoa que corresponde à possibilidade de agir em conformidade com a legislação vigente. É o direito que só pode ser exercido pelo seu titular, e não por terceiros, a não ser nas exceções previstas na lei. Os direitos individuais serão submetidos às regras gerais do Processo.

Sendo o interesse do consumidor tutelado de forma individual, pode o próprio indivíduo propor a ação cabível.

12.2. DIREITO COLETIVO

Os direitos coletivos pressupõem uma relação jurídica-base preexistente à época da lesão ou ameaça de lesão aos interesses de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas.

São três as espécies de direitos coletivos encontrados no Código: os difusos, os coletivos propriamente ditos e os individuais homogêneos que estão fundamentados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81, CDC: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, ou transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os interesses difusos, definidos no inciso I, do art. 81, no aspecto subjetivo optou o legislador pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles da relação jurídica-base, já no aspecto objetivo optou-se pela indivisibilidade do bem jurídico.

Interesses difusos são aqueles casos de publicidade enganosa, veiculada por um meio de comunicação, que atinjam um número indeterminado de pessoas sem que entre elas exista uma relação-base. É o caso do bem jurídico indivisível, onde uma única ofensa irá atingir a todos os consumidores. No caso da cessação da publicidade ilegal, todos sairão beneficiados.

Se a publicidade específica ocasionar uma lesão específica em um consumidor determinado estaremos diante da ofensa a interesses individuais, mas se várias forem as vítimas, teremos ofensa ao chamando interesse individual homogêneo.

Um exemplo de interesse coletivo seria a dos contribuintes do imposto de renda, já que entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, onde qualquer medida tomada que seja ilegal será possível a determinação das pessoas atingidas pela medida. A inexistência da relação jurídica-base nos direitos difusos impossibilita a determinação dos titulares do direito lesionado ou ameaçado.

A sentença emanada fundada em direito coletivo beneficia a todos os membros de uma categoria, enquanto a proferida em casos de direito difuso faz coisa julgada “erga omnes”.

Os interesses individuais homogêneos são todos interesses individuais decorrentes de origem comum.

Segundo Humberto Theodoro Júnior²³: “embora seja possível fracionar o interesse, para determinar sua titularidade individual, muito numerosas são as pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica, o que torna fácil e eficiente a tutela jurisdicional exercida por órgãos ou entidades que atuam em nome do conjunto de interessados. Fala-se, então, em interesses individuais homogêneos”.

A relação jurídica é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de forma diferente a pessoa de cada um deles. A origem comum tem relação com a acusação dos danos, fatos que possuem homogeneidade tal que se tornam de origem comum.

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

A legitimidade para a defesa dos interesses individuais homogêneos no CDC, não inclui o consumidor lesado, por isso é importante para a defesa desses interesses que tenha ocorrido lesão a um enorme número de lesados para que possam ser comparados a uma coletividade.

Um exemplo seria a propositura de uma ação por parte de alguns alunos que pretendessem a devolução de parte das mensalidades pagas a maior por estes. Se conseguissem que a ação fosse considerada procedente, somente esses alunos teriam direito a restituição do dinheiro, já que se trataria de interesse individual homogêneo. Agora, se ação fosse proposta pela Associação de Pais e Alunos contra a escola para o estabelecimento de um critério para o reajuste das mensalidades dos alunos, a sentença iria atingir a totalidade deles por se tratar de direito coletivo.

Na publicidade ilícita cada consumidor que tenha adquirido um produto ou serviço terá um prejuízo individualizado e diferenciado, cabendo a cada um deles a busca de seu ressarcimento, pois se trata de proteção a interesses individuais homogêneos.

O art. 82 do CDC diz quem são os legitimados para a defesa coletiva, *in verbis*:

“Art. 82, CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou relevância do bem jurídico a ser protegido”.

A legitimidade ativa é importante, pois é uma das condições da ação e a sua inobservância acarreta a carência da ação. Uma vez a ação proposta por qualquer um dos legitimados, isso gera a impossibilidade da propositura da mesma ação por qualquer outro dos legitimados, pois se caracterizaria a hipótese da litispendência.

13. AS SANÇÕES NO CDC CONTRA A PUBLICIDADE ILÍCITA

O CDC disciplina a defesa do consumidor contra a publicidade ilícita no âmbito civil, administrativo e penal. É uma forma de garantir a efetividade das normas jurídicas existentes no CDC. A sanção civil consiste na indenização dos danos, materiais e morais, decorrentes da veiculação ilícita. A consequência administrativa é a imposição da contrapropaganda e a responsabilidade penal decorre da tipificação como crime da conduta de promover publicidade enganosa ou abusiva.

Uma divergência discutida na esfera cível, mesmo que seja alcançado um acordo, deve-se analisar o caso também na esfera penal.

13.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANUNCIANTE

A responsabilidade civil do fornecedor em ressarcir o consumidor pelos danos que causar com a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva é objetiva, independe de culpa ou dolo, independe de qualquer apreciação subjetiva das intenções do fornecedor. A única coisa que depende é o nexo causal entre o bem vendido ou o serviço prestado e o dano sofrido pelo consumidor. A obrigação de indenizar é consequência do defeito do produto ou do serviço.

A regra da responsabilização objetiva, no caso de publicidade ilícita, vale tanto para o consumidor individual como para a coletividade dos consumidores. Não haveria sentido, lógico ou jurídico, em preceituar para o consumidor individual a proteção da responsabilidade objetiva, reservando-se à coletividade dos consumidores as dificuldades relacionadas à responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade civil advém do efeito vinculativo da propaganda, através do qual o fornecedor obriga-se por toda e qualquer informação que fizer veicular. Se o fornecedor veiculou uma propaganda que determinado produto é o de menor preço do mercado, obrigatoriamente o comerciante deverá ofertar o produto com o menor preço.

A prevenção de danos patrimoniais e morais são assegurados como direitos básicos do consumidor, tanto individuais como coletivos e, logicamente a reparação financeira desses danos.

Uma diferença que existe entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil é que no CDC, as normas são de ordem pública e no CC são normas particulares. Isso quer dizer que no CDC é nula toda cláusula de contrato que desobriga o fornecedor de indenizar as vítimas de danos, enquanto no CC esse tipo de cláusula é legítima, cláusula que impõe obrigação de não indenizar.

Existe um consenso entre os doutrinadores no sentido de que o fornecedor que causar qualquer tipo de dano ao consumidor fica obrigado a repará-lo, no sentido de que todo ato ilícito traz consigo a obrigação de reparação por parte do autor dos danos. Esses danos causados ao consumidor irão ser resolvidos em perdas e danos. Isso tem fundamento no princípio que subordina a reparação do dano à pessoa causadora do dano.

Os danos aos bens podem ser classificados em danos patrimoniais e não patrimoniais sendo que a noção de dano está ligada ao exato desvalor provocado no bem por este dano.

O art. 6º, inciso VI do CDC traz como direito do consumidor a reparação dos danos, *in verbis*:

“Art. 6º, CDC: São direitos básicos do consumidor:

VI – a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O dano pode ser considerado como uma ofensa a um direito corpóreo ou incorpóreo. Os danos patrimoniais seriam aqueles que podem ser valorados, ou seja, acarretam um prejuízo econômico ao consumidor enquanto o dano moral, direito que começou a ser respeitado recentemente no Brasil, é de difícil valoração, pois afeta a um interesse abstrato, não sendo fácil a definição de quanto foi o prejuízo moral de uma pessoa.

A responsabilidade por danos morais foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, incisos V e X, *in verbis*:

“Art 5º, CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Conforme a Constituição é devido, além da reparação dos danos materiais, também os danos morais.

Nesse sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná²⁴:

“O autor foi vítima de propaganda enganosa ao se matricular em curso promovido pela requerida, sendo assim justa a devolução das prestações pagas. Conforme observado pelo MM Juiz de Direito na sentença de primeiro grau, segundo a qual ele pode ser rescindido por qualquer das partes por ofensa à cláusula contratual, com a norma do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo que toda publicidade de serviço obriga o fornecedor que a fizer veicular e dela se utilizar, passando a integrar o contrato que vier a ser celebrado... ..Quanto ao valor da indenização à título de dano moral, fixado na sentença em 50 (cinquenta salários mínimos - hoje equivalente a cerca de R\$ 9.000,00), considero-o razoável”

Segue nesse sentido esse outro acórdão, também do Tribunal de Justiça do Paraná²⁵:

“Revelando a prova documental ter sido o autor vítima de propaganda enganosa ao matricular-se em curso de técnico que mais tarde veio, a saber, não reconhecido, e cuja duração não era a prometida, afigura-se justa a sua desistência, com direito à devolução dos valores pagos em face da rescisão do contrato. Deve ser mantida a indenização pelos danos morais decorrentes dos incômodos sofridos pelo aluno ao ser compelido a desistir do curso e ao ver seu nome indevidamente inscrito no serviço de proteção ao crédito, por ter sido fixada na sentença em valor razoável e proporcional ao grau de culpa e ao porte empresarial da entidade de ensino, bem como ao valor do negócio. A indenização por dano moral deve ter cunho profilático, ou seja, deve servir como desestímulo à repetição do ato ilícito praticado e nunca como premiação indevida ao ofendido”.

²⁴ Apelação 112110400, 3ª CC TJPR, Relator Des. Nerio Spessato Ferreira, 07/05/2002, unânime.

²⁵ Apelação 100124700, 5ª CC TJPR, Relator Des. Fleury Fernandes, 20/02/2001, unânime.

Na doutrina e na jurisprudência o dano moral tem caráter punitivo, compensatório e educativo. Não tem mais sentido a posição doutrinária de que o dano moral não é indenizável porque a dor, o sofrimento, a honra não estão sujeitos a uma aferição econômica.

O juiz deverá sempre arbitrar o valor da indenização por dano moral, não cabendo nunca essa decisão à parte autora. Deverá sempre ser levado em consideração a situação econômica tanto da vítima como a do autor do dano para que não aconteça enriquecimento ilícito ou uma sanção desproporcional.

Na publicidade enganosa, normalmente os danos serão patrimoniais, não importando qual a intenção do fornecedor, uma vez que a indução em erro é verificada objetivamente no consumidor enganado pela mensagem publicitária. Já na publicidade abusiva os danos serão normalmente morais sendo também considerados objetivamente.

13.2. OBRIGAÇÃO NO CUMPRIMENTO DA OFERTA

A publicidade, antes do Código de Defesa do Consumidor, raramente era considerada como proposta. Era tida, normalmente como um fenômeno pré-contratual, o qual não se inseria na formação do contrato. Isso fazia chegar a conclusão que a publicidade não tinha qualquer efeito vinculante. A publicidade começou a ser vista de outra maneira com o advento do CDC em 1990.

Sempre que uma publicidade for veiculada ela obriga o fornecedor a cumprir exatamente o que foi prometido. É o que dispõe o art. 30 do CDC, *in verbis*:

“Art. 30, CDC: Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

A obrigatoriedade da oferta está fundada no princípio da vinculação contratual da publicidade, segundo o qual o consumidor poderá exigir o cumprimento do conteúdo veiculado na peça publicitária.

Para que um fornecedor fique obrigado a cumprir a oferta anunciada, esta tem que ser suficientemente precisa. Se a publicidade for genérica, ou seja, não trazer nenhuma informação sobre a composição dos produtos, seu preço, por exemplo, não possuirá força vinculante. Para que a publicidade tenha esse poder deve trazer os dados essenciais do produto.

Se a oferta for precisa, vincula o anunciante ao que foi passado na mensagem publicitária, sendo ele obrigado a cumprir exatamente o que foi prometido não podendo haver recusa de vender o produto. O CDC garante ao consumidor um prazo razoável para adquirir um produto se o fornecedor não der o prazo de validade da oferta e caso o anúncio contenha o prazo não pode o anunciante revogar a oferta prometida.

A responsabilidade do fornecedor decorrente do descumprimento do princípio da vinculação garante ao consumidor o direito de exigir o cumprimento forçado da obrigação veiculado em publicidade, ou a seu critério, aceitar outro bem de consumo equivalente. No caso de contrato já firmado, pode o consumidor enganado, pedir restituição da quantia paga mais perdas e danos. Tudo em conformidade com o art. 35 do CDC.

Dizendo em linhas gerais, o fornecedor ofereceu, tem a obrigação de cumprir.

13.3. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ANUNCIANTE

O anunciante patrocinador de publicidade enganosa ou abusiva está sujeito à pena administrativa da contrapropaganda, meio que dispõe a Administração Pública para evitar os prejuízos decorrentes desse tipo de publicidade.

A contrapropaganda é uma sanção determinada pelo Poder Executivo, mediante procedimento administrativo, que obriga o anunciante a divulgar anúncio capaz de desfazer a lesão decorrente da publicidade ilícita. É uma divulgação involuntária, imposta com caráter de pena administrativa prevista no art. 56 do CDC.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho²⁶: “O anúncio corretivo deve ter a mesma forma, frequência e dimensão da publicidade ilícita, e, de preferência, deve ser transmitido no mesmo veículo, local, espaço e horário. Revela-se a contrapropaganda a maneira mais eficiente de dar cumprimento à vedação da publicidade enganosa ou abusiva, pois possibilita a devida informação dos espectadores acerca da realidade do fornecimento, ou destorce o valor social”.

A exigência que a contrapropaganda seja divulgada na mesma frequência, forma e dimensão e se possível no mesmo veículo, local, horário e espaço é para que a medida alcance o mesmo público que foi alvo da mensagem ilícita, alcançando assim seu objetivo.

O conteúdo da contrapropaganda tem como objetivo educar o consumidor, ficando em segundo plano um efeito desabonador ao anunciante devendo evitar ao consumidor o mal decorrente da publicidade ilícita.

A contrapropaganda é definida por Walter Ceneviva²⁷ como sendo uma punição imponível ao fornecedor de bens ou serviços, consiste na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou do abuso cometido em publicidade precedente do mesmo fornecedor.

O objeto da contrapropaganda é uma obrigação de fazer que se não for cumprida pode tipificar o crime de desobediência. O sujeito ativo aplicador da pena é a autoridade competente para a prática do ato, segundo o princípio da legalidade, que podem de ofício ou atendendo a representação de interessados, instaurar procedimento administrativo para apuração da promoção de publicidade ilícita. O sujeito passivo é o anunciante, fornecedor, que tem direito ao devido procedimento administrativo e a garantia de ampla defesa, dispondo inclusive das vias judiciais para conter eventual abuso.

A imposição da contrapropaganda não exclui outras sanções que porventura possam ser impostas ao anunciante, sejam elas administrativas, civis ou penais.

A imposição da contrapropaganda tem fundamento em casos de publicidade enganosa ou abusiva, conforme disciplina o art. 60 do CDC, *in verbis*:

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 351.

²⁷ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 64.

“Art. 60, CDC: A imposição da 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”.

A contrapropaganda só serve para sancionar esses dois tipos de publicidade ilícita. A publicidade oculta ou desfundamentada que não for enganosa ou abusiva, não será sancionada por contrapropaganda, mas poderá sofrer outro tipo de sanção administrativa, como a suspensão de veiculação e multa, por exemplo.

A veiculação da contrapropaganda corre por conta do anunciante que se utilizou da publicidade ilícita.

Sobre a imposição da contrapropaganda dispõe o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁸:

“Direito do consumidor. Publicidade enganosa. Caracterização. Obrigação de não mais procedê-la, sob pena de multa. 1- Ostenta-se enganosa a publicidade que, em página inteira de jornal, na parte superior, supermercado lista produtos e preços e, na inferior, com destaque, anuncia garantia total extra, seguida de texto com destaque ainda maior, dizendo que a pessoa ganha grátis o produto se encontrá-lo com preço mais baixo junto a concorrente do que o praticado pelo anunciante, como tal entendido (preço praticado) aquele do jornal, e não o da loja sujeito a manipulação instantânea para frustrar o direito do consumidor. De outra parte, não há falar em obrigação de pagar apenas a diferença entre o preço do anunciante (maior) e o do concorrente (menor), invocando texto que, embora na mesma publicidade, revela promoção diversa. Na realidade, face à clareza da mensagem no sentido de ganhar grátis o produto, o anunciante fez um desafio a todas as pessoas, sob promessa de recompensa, prevista inclusive na legislação civil comum (CC/1916, art. 1.512; CC/2002, art. 854), qual seja a prestação de um serviço consistente em encontrar um produto, integrante de uma lista, com preço mais baixo na rede de concorrentes. Para fazer jus ao produto, não era preciso comprá-lo. Bastava encontrá-lo com menor preço na rede de concorrentes. Desde o momento em que pessoas fizeram a pesquisa

²⁸ Apelação 70003821626, 1ª CC TJRS, Relator Des. Irineu Mariani, 05/11/2003.

e encontraram produtos com menor preço e o anunciante negou-se à entrega grátis a pretexto de apenas cobrir a diferença a quem comprasse, e o preço praticado para fins de parâmetro não ser aquele publicado no jornal, e sim o da loja sujeito a prestidigitação, restou evidenciada, pelo suficiente potencial de enganabilidade, tratar-se de publicidade enganosa. Se a lei prevê, em tal caso, a contrapropaganda, sanção mais severa, nada obsta que o pedido se limite a um *minus*, impondo-se a obrigação de não veicular a publicidade, sob pena de multa. Exegese dos arts. 37, § 1º, 56, XII, e 60, do CDC; e art. 30 do CDC, art. 1.512 do CC/1916 e art. 854 do CC/2002. 2. Apelação provida”.

Quando serviço ou produto industrial apresenta perigo para a saúde ou segurança dos consumidores é que são geralmente utilizadas as contrapropagandas. É exigido quando o problema nos produtos é detectado depois que se iniciou a comercialização ou a oferta ao mercado. São exemplos às publicidades de marcas de veículos chamando seus clientes para a troca de peças defeituosas de seus veículos automotores.

É o que se disciplina no art. 10 do CDC, *in verbis*:

“Art. 10, CDC: O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão às expensas do fornecedor do produto ou serviço”.

É obrigação do fornecedor, assim que tiver conhecimento do defeito do produto que coloque em risco a saúde ou a segurança dos consumidores, comunicar imediatamente o fato às autoridades competentes de forma documentada para que se possa fazer prova em juízo. Aos consumidores, o fornecedor deve informar mediante anúncios publicitários.

13.4. RESPONSABILIDADE PENAL DO ANUNCIANTE

O legislador brasileiro definiu como crime, a ação de fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva. A pena mais grave ficou reservada para a abusividade por indução a conduta prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança do consumidor.

O CDC considerou insuficientes somente as sanções civis para tratar de relação de consumo onde estão em jogo ofensas a bens suficientemente valiosos. Por isso achou melhor também coibir a publicidade ilícita por meio das sanções penais, reforçando o ordenamento jurídico.

Os artigos 63, 66, 67, 68 e 69 do CDC trazem tipos penais relacionados com a publicidade, devendo ser analisados separadamente.

“Art. 63, CDC: Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena: Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena: Detenção de um a seis meses ou multa”.

O artigo 63 reforça normas previstas no CDC, como os artigos 9º e 37. O art. 9º exige que o fornecedor de produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde informe, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da nocividade ou periculosidade do produto. Já o art. 37, por outro lado, determina que deve ser considerada enganosa por omissão a publicidade que deixe de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A periculosidade mencionada no artigo tem em vista situações que possam causar dano pessoal ao consumidor e a nocividade é a aptidão do produto de efetivamente provocar dano material ou pessoal ao consumidor.

Paulo Vasconcelos Jacobina²⁹ comenta que o Código faz distinção entre o tratamento dos produtos e serviços:

“Um aspecto que deve ser salientado é o tratamento diferenciado com relação a produtos e serviços. Com relação àqueles, a conduta vedada é a de omitir sinais ou dizeres ostensivos, inclusive na publicidade, sobre sua nocividade ou periculosidade. Com relação aos serviços, no entanto, o tipo penal diz respeito a recomendações escritas, não tendo qualquer valor, para afastar a tipicidade, as informações verbais porventura prestadas”.

O objeto jurídico tutelado por este artigo é a segurança das relações de consumo que tem como sujeito ativo o fornecedor e como sujeito passivo o consumidor, enquanto coletividade exposta às práticas publicitárias.

Esse tipo penal omissivo prevê punição dolosa no caput e no parágrafo primeiro do artigo e punição culposa em seu parágrafo segundo.

A ação penal é a ação pública incondicionada, como em todos os crimes previstos no CDC.

A conduta do fornecedor que realiza uma oferta contendo informações falsas sobre um produto ou serviço é tipificada pelo art. 66 do CDC, *in verbis*:

“Art. 66, CDC: Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena: detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos:

Pena: detenção de um a seis meses ou multa”.

O conflito aparente de normas entre o art. 63 e o art. 66 não existe. Se a omissão disser respeito à nocividade ou periculosidade aplica-se o art. 63, e nos casos restantes em que não disser respeito a estes dois itens, aplica-se o art. 66.

²⁹ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 112.

O objeto jurídico desse artigo é a confiança e a segurança que deve existir nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor. O fornecedor é o sujeito ativo e o consumidor o sujeito passivo, mas nesse caso é sujeito passivo difuso, ou seja, a consumação da conduta independe de efetivo engano a um consumidor determinado.

A conduta tipificada é a de fazer afirmação falsa ou omitir informação relevante sobre as características do produto ou serviço. São previstas duas modalidades de conduta, a primeira comissiva e a segunda omissiva, não se admitindo tentativa, já que o crime é de mera conduta.

A art. 67 é o que veda a publicidade enganosa e a abusiva, sendo o tipo central em matéria publicitária, *in verbis*:

“Art. 67, CDC: Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena: detenção de três meses a um ano e multa”.

Fazer publicidade se refere a criar a publicidade, patrociná-la, divulgando seu conteúdo. Promover publicidade é divulgar a mensagem criada por outrem.

Neste artigo não existe a modalidade culposa, somente existindo a punição a título de dolo direto ou eventual.

O objeto jurídico deste artigo é a confiança que o consumidor deve manter na publicidade, sendo os sujeitos ativo e passivo os mesmos dos artigos anteriores. A única ressalva é que a agência e o veículo de comunicação podem responder se concorrerem para a prática do crime.

O CDC utilizou dois artigos para punir a publicidade abusiva, porém o art. 67 criminaliza a publicidade abusiva em gênero e o art. 68, incrimina a publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor para se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança de forma específica. O art. 68 criminaliza um tipo de publicidade abusiva mais pernicioso, mais grave ao consumidor.

“Art.68, CDC: Fazer ou promover publicidade que se sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa”.

Se a publicidade for abusiva por outro motivo que não a ameaça à saúde e a segurança enquadra-se no tipo do art. 67. Se o produto em si oferecer esse risco enquadra-se no tipo do art. 63.

Esse artigo visa proteger a segurança que o consumidor deve ter na publicidade. Possui os mesmos sujeitos dos demais artigos e só admite punição na modalidade dolosa.

“Art. 69, CDC: Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base a publicidade:

Pena: detenção de um a seis meses ou multa”.

O fornecedor fica obrigado a manter, em seu poder, dados técnicos, fáticos e científicos, ou seja, depoimentos, pesquisas, documentos, exames laboratoriais, etc, dados que dão sustentação à mensagem publicitária. Esse artigo criminaliza a conduta consistente em não manter esses dados.

A omissão desse artigo caracteriza-se quando o sujeito poderia e deveria agir para evitar o resultado, porém não agiu. O fornecedor tem o dever de agir. É um delito omissivo puro, de perigo presumido.

Nesse tipo de delito é punido apenas o fornecedor, excluindo-se a agência e ao veículo de comunicação, já que cabe apenas àquele o dever de organizar e manter os dados exigidos para dar sustentação à mensagem. O consumidor continua sendo o sujeito passivo do delito.

O objeto jurídico tutelado é, mais uma vez, a confiança do consumidor na publicidade, que é posta em perigo pela conduta omissiva do agente.

Não sendo forma culposa, sendo o fornecedor punido somente por dolo, ainda que seja o eventual.

É importante citar que possam existir circunstâncias agravantes nos crimes acima referidos, de acordo com o art. 76, inciso V, *in verbis*:

“Art. 76, CDC: São circunstância agravantes dos crimes tipificados neste Código:

V – serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

Devido a intensa publicidade de produtos farmacêuticos e alimentares vinculados em nossos meios de comunicação nos dias de hoje e a enorme conseqüência na vida dos consumidores desse tipo de publicidade é necessário a aplicação desses agravantes para que sejam coibidos abusos.

14. CONCLUSÃO

A influência exercida pela publicidade na população nos dias de hoje, ainda mais com a evolução da mídia é muito grande. Não existe forma de uma pessoa não ser atingida por algum tipo de comunicação, alguma informação e por conseqüência algum tipo de publicidade. A sociedade está sujeita a isso, por isso, é necessário que todos devem ficar atentos ao que nos é ofertado através de anúncios publicitários, sejam eles escritos, falados ou televisivos. A sociedade deve estar atenta a publicidade feita pelos fornecedores para que não seja induzida em erro, combatendo esse tipo de ilicitude para que todos os consumidores sejam tratados com dignidade e respeito nas tendenciosas relações de consumo.

A preocupação com a publicidade que chegava a população fez com que a matéria fosse regulamentada através do Código de Defesa do Consumidor. Este não visa apenas punir os fornecedores, mas sim proteger o pólo mais vulnerável da relação, ou seja, o consumidor. O Código traz princípios, proibições, direitos e deveres, tudo buscando igualar as partes desiguais, para que se harmonizem as relações de consumo. A finalidade do CDC é de dar a maior segurança possível ao consumidor.

A importância do Código é tamanha que não são só os estudiosos de Direito que precisam conhecer as suas normas. É interessante que o maior número possível de pessoas tenha conhecimento das suas disposições, para que possam exercer os seus direitos lutando para que sejam respeitados. Muitas vezes as práticas abusivas empregadas por alguns fornecedores constituem crime e se um grande número de consumidores conhecerem a lei será provável que se denuncie esse tipo de atitude ilícita. Deste modo, as medidas administrativas e penais poderão ser tomadas, para que os direitos dos consumidores não sejam lesados por aqueles que buscam o lucro fácil e em desconformidade com a lei.

O legislador brasileiro classificou a publicidade ilícita em enganosa ou abusiva. O Código visa combater esse tipo de publicidade, pois podem trazer muitos prejuízos aos consumidores e, nada mais justo, que os fornecedores sejam obrigados a repararem eventuais danos sofridos pela veiculação na mídia de anúncios ilícitos.

O que deve ser destacado é que o legislador tratou de diferenciar o que seria uma publicidade permitida daquela que seria considerada uma publicidade proibida. A finalidade do Código não foi censurar nenhum tipo de pensamento ou de manifestações de idéias, ao

contrário, teve a intenção de proteger o lado mais fraco da relação de consumo de anúncios tendenciosos e que poderiam acarretar muitos prejuízos aos consumidores, que antes não podiam fazer nada contra esses abusos.

Existem alguns temas atuais, como a publicidade subliminar, que o Código não trata explicitamente. Isso não quer dizer, que se pode falar que o Código foi omissivo em relação a esses temas. Todo tipo de publicidade que se configure como publicidade enganosa, mesmo não estando explícito no CDC, está sujeita ao mesmo tratamento. Isso porque, os conceitos do Código de Defesa do Consumidor são amplos e devem ser aplicados a toda forma de publicidade, sem distinção. O que importa é a defesa dos direitos do consumidor evitando assim, a impunidade e o enriquecimento de fornecedores de maneira ilícita, enganando os consumidores.

A publicidade é a forma mais utilizada pelos fornecedores para expor todo tipo de produto e serviço e deste modo colocá-los no mercado de consumo. Por isso, todo tipo de publicidade deve estar de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor e com as demais legislações esparsas. Desta forma, o objetivo do trabalho foi alcançado tendo em vista a grande importância no estudo correlacionado da publicidade e do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALMEIDA, José Antonio. *Publicidade e Defesa do Consumidor*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº. 21, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BOENING, Evelena. *Porque o Conar*. In: Revista do Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 4, pg 202, 1997.
- BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1979.
- CABRAL, Plínio. *Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Atlas, 1986.
- CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. *Propaganda Subliminar Multimídia*. São Paulo: Summus Editorial, 1992.
- CAVALCANTI, Francisco. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Livraria Del Rey, 1991.
- CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. Volume I, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. Volume III, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor Versus Propaganda*. São Paulo: Summus Editorial, 1991.

GRINOVER, Ada P. BENJAMIN, Antonio Herman de V. e; FINK, Daniel R.; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Código do Consumidor na Jurisprudência*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Transformações do processo civil em nosso tempos*. In: Revista Brasileira de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1976.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia Jurídica*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

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

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1998.

SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SIQUEIRA, Ricardo Lagreca. *A Publicidade Comparativa no Brasil e no Direito Comparado*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 28, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.