

# Código de Defesa do Consumidor

## Princípios e tutelas contra publicidade enganosa

Recebido em 12|11|2009| Aprovado em 21|10|2010

*Débora Queiroz Oliveira Feres Ribeiro*

### Sumário

**Introdução. 1 História da publicidade no Brasil. 1.1 Instituição do Código de Defesa do Consumidor. 2 Dos princípios fundantes do Código de Defesa do Consumidor. 2.1 Vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. 3 Da defesa do consumidor diante da publicidade enganosa e/ou abusiva. 3.1 Definições de publicidade. 3.2 Propaganda enganosa e propaganda abusiva. 3.3 Propaganda abusiva. 3.4 Concorrência desleal. 4 Das tutelas jurídicas contra lesão por propaganda enganosa ou abusiva. 4.1 Tutela constitucional do consumidor. 5. Das responsabilidades. 5.1 Da responsabilidade penal. 5.2 Da responsabilidade civil. 5.3 Dos responsáveis pela propaganda enganosa. 5.4 Responsabilidade do apresentador de televisão em anúncios publicitários. 5.5 Legitimidade para propositura da ação coletiva. Conclusão. Referências Bibliográficas.**

Mestranda em Direito do Centro Universitário FIEO UNIFIEO, Advogada, Especialista em Direito de Família e Sucessões.

**Orientador** | Paulo Frontini

### Resumo

Por vezes o anseio de ser dono de determinado produto é muito mais por ostentação do que por necessidade. Sabedoras desta condição humana, as indústrias utilizam-se da extraordinária influência que o anúncio de seus produtos possui diante dos compradores em potencial e lançam seu poder encantador sob o indivíduo fascinado

pelo produto, e que naquele momento é o bem da vida. A publicidade a par da sua receptividade empreende e penetra na pretensão das grandes massas, promovendo e escoando a produção industrial. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor vem como fiel da balança entre a poderosa indústria e o vulnerável consumidor.

**Palavras-Chave**

Publicidade enganosa. Vulnerabilidade do consumidor.

*Abstract*

*Sometimes the desire to be the owner of a given product is much more by fanfare than need. Aware of this human condition, companies use the extraordinary influence that advertising its products have on potential buyers and throw their charming*

*power charming under individuals fascinated by that product, which is a consumer good. As a consequence of its receptiveness, advertising undertakes and breaks through the consuming wishes of the large masses, promoting and flowing industrial production. Therefore, the Code of Consumer comes as a faithful balance, between the powerful companies and the vulnerable consumer.*

*Key words*

*Misleading advertising. Consumer vulnerability.*

**Introdução**

O impedimento da veiculação de publicidade enganosa e abusiva tem como objetivo a proteção do domínio patrimonial e moral dos consumidores, e atender tanto os individuais quanto os coletivos. Alterar na forma concreta seus pressupostos e formas de imputação do quantum indenizatório conforme o dano ocasionado.

No entanto a inferência de pretensão indenizatória é inafastável, seja pelo dispositivo constitucional que assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas inseridos no artigo 5º, inciso X, seja pela previsão do artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor que garante ser direito do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos pa-

trimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

**1 História da publicidade no Brasil**

Em verdade o Código de Defesa do Consumidor, surgiu guiado em inscrições estrangeiras<sup>1</sup>, compiladas de normas diversificadas, as quais, se adaptaram à cultura, usos e costumes dos consumidores brasileiros.

A causa do Código de Defesa do Consumidor brasileiro sobrevém entusiasmado pela Resolução 39/248 de 1985<sup>2</sup>, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas e do “Project de Cole de La Consumption”, de ascendência francesa. Igualmente, o Brasil se estendeu a normas de outros países da Europa, como Espa-

<sup>1</sup> Um dos primeiros mecanismos a que se tem conhecimento quanto à tutela do consumidor, foi o Código de Hamurabi, que por meio das Leis 233 e 234, protegia o consumidor nos casos de serviços deficientes. Também o Código de Massú, vigente na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do século XII a.C., protegia os consumidores indiretamente ao tentar regular a troca comercial. No direito romano clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da mercadoria a menos que os ignorasse. No período Justiniano, a responsabilidade passou a ser atribuída ao vendedor independente de seu conhecimento do vício. Se a venda tivesse sido feita de má fé, cabia ao vendedor ressarcir o consumidor devolvendo a quantia recebida em dobro. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, n. 1, p. 123-141, jan./jul. 2007.127.

<sup>2</sup> As Nações Unidas em 1985, por meio da Resolução número 39/248, adequou ao reconhecimento de aceitação de direitos básicos do consumidor, reconhecido mundialmente, estabelecendo objetivos, princípios e normas para que os governos criassem políticas firmes de proteção ao consumidor. O Código de Conduta para empresas transnacionais, projeto da Organização das Nações Unidas, foi compartilhado pela Organização Internacional da Associação de Consumidores.

nha e Portugal, e ao mesmo tempo do Latino Americano, México.

A respeito instrui Cíntia Rosa Pereira de Lima:

A defesa dos direitos dos consumidores sempre esteve ligada ao desenvolvimento econômico, surgindo, portanto nos países com intensa atividade econômica e industrial, como é o caso dos Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Suécia e Canadá.<sup>3</sup>

Antigamente, grande parte da publicidade era predominantemente oral. Os vendedores e mascates gritavam ou falavam pregões nas ruas e praças, oferecendo a mercadoria:

maracujá miúdo, no balaio de laiá

Ou

sorvetinho, sorvetão, sorvetinho de limão,  
quem não tem 200 réis não toma sorvete não.

O primeiro anúncio impresso no Brasil foi editado no dia 17 de setembro de 1808 no jornal Gazeta do Rio de Janeiro. Tratava-se da venda de um imóvel.

Entre 1809 e 1888 foram publicados, somente nos jornais do Rio de Janeiro, cerca de 1 milhão de anúncios de escravos. O primeiro deles saiu também na Gazeta do Rio de Janeiro em 7 de janeiro de 1809:

Em 20 de agosto do ano próximo passado, fugiu um escravo preto, por nome Mateus, com os sinais seguintes: rosto grande e redondo, com dois talhos, na sobrancelha esquerda e outro nas costas; olhos pequenos, estatura ordinária, mãos grandes, dedos grossos e curtos, pés grandes e corpo grosso. Na Loja da Fazenda de Antonio José Mendes Salgado de Azevedo Guimarães, na Rua da Quitanda nº 64, receberá quem o entregar, além das despesas que tiver feito, 132\$800 de alvissaras<sup>4</sup>.

Com o desenvolvimento da imprensa,

multiplicaram-se os anúncios de vendas de imóveis, de produtos e de ofertas de mercadorias. Entre as décadas de 40 e 50, alguns deles ficaram gravados na memória das pessoas.

A primeira emissora de rádio no Brasil foi a Radio Sociedade do Rio de Janeiro, fundada por Roquete Pinto, em 1923. Depois da década de 30, com o crescimento da indústria brasileira, o rádio ganhou muita força, multiplicando o número de emissoras, as vendas publicitárias e as vendas no mercado.

Com a chegada da televisão, o mundo da publicidade ganhou um novo fôlego no momento em que o capital estrangeiro comandava o processo de industrialização brasileira.

Na década de 50, as garotas-propaganda anunciavam os produtos nos comerciais: mostravam o rosto e sorriam, enquanto diziam longos textos que descreviam as qualidades do produto.

Os anunciantes que inauguram esta nova estilo foram a Companhia Antártica Paulista, Laminação Nacional de Metais e Moinho Santista. Foi a década do aparecimento de supermercados, anúncios luminosos, novas técnicas de venda e produção.

Além disso, as indústrias automobilísticas de São Paulo, a General Motors, Ford, DKW-Vemag, Willys Overland, Mercedes Bens e Romi-Isetta, geriram grandes verbas publicitárias, contribuindo para o progresso de profissionalização da propaganda.

<sup>3</sup> PINHO, J. B. **Trajatória da Publicidade no Brasil, das Origens a Maturidade Técnico-profissional**. In Pinho, J.B.. *Trajatória e Questões Contemporâneas da Publicidade Brasileira*. São Paulo, Intercom- Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 1995. P. 15, 16, 17 e 18.

<sup>4</sup> ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo**: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores. São Paulo: Atlas, 1995.p.82

Nas décadas de 60 e 70, a atividade publicitária tornou-se uma verdadeira indústria, alimentada pelo consumo de bens da classe média urbana em ascensão que se constituía no Brasil.

Como resultado explodiram o consumo, as marcas, as novidades expostas nas vitrines das lojas, nas revistas, nos jornais e na televisão.

O investimento publicitário passou de 1 bilhão de cruzeiros no início da década de 70 para aproximadamente 45 bilhões no seu final.

Grande parte deste investimento provinha do governo (municipal, estadual e federal).

Outros anunciantes que se destacaram foram os bancos, o varejo, a indústria automobilística, com a instalação no país da Fiat Automóveis, e os bens de consumo como Coca-Cola, Gessy-Lever, Gillete, Johnson&Johnson, Nestlé, Companhia de Cigarros Souza Cruz, entre outras empresas.

Portanto conclui Pinho,

os elevados investimentos para a consolidação da estrutura industrial brasileira moderna, provenientes de empréstimos externos, geram os recursos que tornam a atividade publicitária um negócio reconhecido e altamente rendoso, permitindo ainda que ele conquistasse prestígio internacional graças ao significativo número de prêmios conseguidos no exterior.

Para que o direito acompanhasse as necessidades do consumidor em primeiro dos anúncios publicitários e em seguida a aquisição dos produtos oferecidos pelas indústrias e comércios de modo a garantir de maneira segura e eficaz para que gerasse satisfação das partes envolvidas. En-

tão foi necessária a instituição do Código de Defesa do Consumidor.

### 1.1 Instituições do Código de Defesa do Consumidor

O indicio primário da proteção ao consumidor surgiu no direito romano clássico. O vendedor era responsável pelos vícios da mercadoria a não ser que os ignorasse. No período Justiniano, a responsabilidade passou a ser atribuída ao vendedor, independente de seu conhecimento do vício. Se a venda tivesse sido feita de má-fé, cabia ao vendedor ressarcir o consumidor devolvendo a quantia recebida em dobro<sup>5</sup>.

Proveniente de determinação emanada do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e posteriormente diversos meses de tramitação pelo Congresso Nacional, eis que surge, em 12 de setembro de 1990, um instrumento efetivo de proteção às relações de consumo e, principalmente, de salvaguarda ao pólo mais fraco nestas relações, o consumidor.

## 2 Dos princípios fundantes do código de defesa do consumidor

O Direito do Consumidor, como outros ramos do Direito, ampara-se em princípios que auxiliam a interpretação e a aplicação da norma abstrata aos casos concretos. Miguel Reale assevera que princípios são verdades Fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Encetaremos o estudo a partir dos princípios que orientam o Código de Defesa do Consumidor quanto à publicidade que oferecem bens ou serviços: boa-fé (artigo 4º, III); informação (artigo 6º, III); transparência (artigos 4º, caput e 36, parágrafo único); proteção contra a publicidade enganosa (artigo 6º, I); identificação (artigo 36, caput); veracidade (artigo 37); vinculação (artigos 30 e 35); ônus da prova (artigo 38). E por que não acrescentar outros como os da veracidade, não ambiguidade, mensagem implícita verdadeira e a vedação de mensagens subliminares.

Em meio aos princípios fundamentais que conduzem a relação de consumo, fundados pelo Artigo 4º da Lei 8078/90, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o princípio da transparência. Expressa uma situação informativa favorável à apreensão racional dos sentimentos, impulsos, interesses, fatores, conveniências e injunções que surgem, interferem ou condicionam o comportamento de consumidores e de fornecedores.<sup>7</sup>

Ainda no artigo 4º, após alegar que o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo é o atendimento das necessidades do consumidor, dentro de padrões de respeito à sua dignidade, saúde e segurança, além de interesses econômicos

e a harmonia nas relações de consumo o código de Defesa do Consumidor, afirma que, para tanto, deverão ser atendidos alguns princípios, dentre eles, já no inciso I, um dos mais admiráveis para a estrutura do microsistema, o do reconhecimento da vulnerabilidade<sup>8</sup> do consumidor no mercado de consumo.

É intolerável, em se tratando das relações de consumo, um ato negocial que não seja compreendido desde seu surgimento, por não haver limpidez, segundo ensina Josimar Santos Rosa,

pois a capacidade de persuasão do fornecedor para com o consumidor, tendo por referencial o produto ou o serviço, só contemplará o êxito desejado na relação de consumo se aspectos inerentes a sua constituição forem bem explicitados.<sup>9</sup>

Ao se tratar do Princípio da boa-fé, se alega, em primeiro lugar, sobre a informação a desígnio de o que está sendo contratado. É direito dos consumidores o acesso à informação, clara, precisa e ostensiva, sobre os mais diversos aspectos do produto ou serviço que é objeto do contrato que está sendo pactuado entre as partes<sup>10</sup>.

Nesta acepção, dispõe o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características,

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **O projeto de código civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977

<sup>7</sup> TOMASETTI JR, ALCIDES. In O Objetivo de Transparência e o Regime Jurídico dos Deveres e Riscos de Informação nas Declarações Negociais para Consumo. **Rev. de Direito do Consumidor**. n. 4. São Paulo: Ed. RT. 1992, p. 53.

<sup>8</sup> Dizer que alguma coisa, alguém ou que certa categoria de pessoas é vulnerável, significando fraqueza e fragilidade, importa dizer que há, por outro lado, como base de comparação, alguma coisa ou alguém forte e potente. SILVA, Rodrigo Brum. **Breves considerações sobre o princípio da vulnerabilidade no CDC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2150, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12797>>. Acesso em: 29 out. 2009.

<sup>9</sup> ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo**: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores. São Paulo: Atlas, 1995.p.82.

<sup>10</sup> A legislação pátria vai além, regulamentando, por meio da portaria nº 14, do DPDC, a informação que deve ser prestada pelos que comercializarem bens e serviços quando efetuarem vendas para pagamento a prazo, estabelecendo que estes deverão indicar, detalhadamente, os seguintes dados: a) preços à vista do bem ou do serviço, em moeda corrente nacional; b) taxa de juros ao mês, calculada sobre o valor enunciado, quando prefixada; c) taxa de juros ao mês, que será acrescida ao índice pactuado, quando pós-fixada; d) taxa incidente de juros ao ano; e) multa decorrente de mora, que não poderá ser superior a 2%.

qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A boa fé, essencial ao aperfeiçoamento dos contratos, pode ser ferida seja pelo erro, seja pelo dolo. Íntima é a relação entre o erro e o dolo, a ponto de afirmar Demogue que tende este a se deixar absorver pela teoria daquele. No primeiro a ideia falsa é do próprio agente; no segundo a ideia falsa é resultante de malícia alheia... Em ambas as situações, a vítima é enganada, divergindo na questão que no erro, a mesma se engana por si só, enquanto na segunda situação, ela se equivoca também, mas ilaqueada pela outra parte, conforme ensina o magistral Washington De Barros Monteiro<sup>11</sup>.

Em virtude dessas considerações, Rui Portanova, afirma que princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.<sup>12</sup>

Neste sentido deve-se dizer que, mesmo introduzidas em outros ramos da ciência jurídica, na área do consumo em particular, devem ser ressaltados com ponto de vista particular, haja vista a norma de ordem pública propender, efetivamente, a proteção do pólo mais fraco nas relações do habitual.

## 2.1 Vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

Havendo uma bipolarização, duas são as constatações necessárias. A primeira, no sentido de que, uma vez reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, declarada estará também a potencialidade ou o poder, em sentido lato, inerente ao fornecedor.

A segunda, que é consequência da primeira, caminha na direção de que, para harmonizar o relacionamento entre ambos, é preciso equilibrar ou igualar as suas posições dentro do âmbito no qual elas ocorrem de forma a haver satisfação mútua, única e maior causa do próprio contato consumerista, sem que haja quaisquer prejuízos injustificados para os seus protagonistas<sup>13</sup>.

Neste aspecto Bittar elucida que a Política Nacional das Relações de Consumo instituiu uma verdadeira principiologia, que rege todo esse novo ramo do Direito, a ser observada em todos os relacionamentos consumeristas, ou seja, pelo consumidor em face do Estado, pelo consumidor em face da empresa, pela empresa em face do consumidor, pela empresa em face do Estado e pelo Estado em face do consumidor<sup>14</sup>.

Ao se tratar das características, Fabio Ulhoa deste modo define:

Assim, a qualidade, quantidade, características, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem e demais dados indispensáveis ou simplesmente úteis ao conhecimento do consumidor acerca do produto ou serviço que ele está adquirindo, devem ser informados por quem faz a oferta ou apresentação.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil. v. I.** São Paulo: Saraiva, 1979.

<sup>12</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>13</sup> COELHO, F. U. **O Empresário e os Direitos do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 144.

<sup>14</sup> BITTAR, E. C. B. **Direitos do consumidor e direitos da personalidade:** limites, intersecções, relações. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 143, p. 63-69, jul./set. 1999, p. 66.

<sup>15</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. In **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 151.

Para Geraldo Brito a veracidade se conceitua da seguinte maneira:

O dever do fornecedor de informar bem, especificando, corretamente, as respectivas características, composição, qualidade, quantidade, preço e os riscos que apresentem, nos termos do Art. 6º, III e IV (parte inicial) do Código. Ou seja, que o fornecedor tem “o dever de comunicar a verdade com objetividade”,<sup>16</sup>

No início de uma relação de consumo, isto é, na publicidade do produto ou serviço podemos observar que antes há a vontade, a predisposição em aquisição, segundo a psicologia:

o consumidor quando escolhe, tem sua mente dividida em uma parte consciente ou racionalizante, e outra parte inconsciente, ou autista, com motivações próprias, que constituem a parte de maior influência nas decisões conscientes. Considera-se, também, que as escolhas são influenciadas, ou mesmo resultantes, do condicionamento da sociedade e da posição ou “status” que a pessoa ocupa dentro do meio social onde vive, ao invés das qualidades próprias do objeto a ser escolhido.<sup>17</sup>

Do mesmo modo de ver, Vera Maria Jacob de Fradera certifica:

A publicidade é, justamente, um dos fenômenos desta época em que vivemos, ela faz parte de nosso cotidiano, desde a mais tenra infância até nossos últimos dias, é através dela que o Mundo, em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as novidades que, a partir de então, passam a ser necessidades, mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares<sup>18</sup>.

### 3 Da defesa do consumidor diante da publicidade enganosa e ou abusiva

#### 3.1 Definições de publicidade

Conforme definição de James A. C. Brown

a publicidade vem a ser um instrumento dotado de grande poder de influência no convencimento do consumidor e na sua tomada de decisão. É um “produto” da chamada “sociedade de massas”, e se deve à necessidade de as pessoas se valerem de um processo eficiente para descrever o que têm a oferecer a um grande número de outras pessoas ao mesmo tempo. Deve-se, também, ao excedente de bens, especialmente os artigos de luxo ou que, de uma forma ou de outra, sejam desnecessários ou pouco necessários à sobrevivência, pois os produtos e serviços fundamentais ao Homem, sempre se vendem por si mesmos.<sup>19</sup>

Não há definição no Código, quanto à publicidade, todavia pode ser apreendida como “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços com utilização de informação e/ou persuasão”.

Segundo Eugênio Malanga propaganda não se confunde com publicidade uma vez que, o objetivo da propaganda é a de propagação de idéias humanas, com o fim de convencer outras pessoas quanto a estas:

A Propaganda pode ser conceituada como: atividades que tendem a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico. Propaganda, portanto, é a propagação de idéias, mas, sem finalidade comercial. A Publicidade, que é uma decorrência do conceito de Propaganda, é também persuasiva, mas com objetivo comercial bem caracterizado. Portanto, a Publicidade é definida como

<sup>16</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. In **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2. ed. 1991, p. 33.

<sup>17</sup> MARY TUCK. In *Como escolhemos: Psicologia do Consumidor*. tradução Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar 1992, p. 29 e 27. Mas esta Autora também nos afirma, em suma, que, apesar das influências, é de reconhecer-se que todos nós temos o poder da escolha.

<sup>18</sup> A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor – Revista de Direito do Consumidor n. 4, p. 173 à 191.

<sup>19</sup> BROWN James A. C. In **Técnicas de Persuasão**. Tradução Octávio Alves Velho. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1992, p. 165, 157, 194.

a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. A Publicidade é um conjunto de técnicas de ação coletiva, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes. A Propaganda é um conjunto de técnicas de ação individual, utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico). Publicidade é mais abrangente que a Propaganda e engloba todas as formas de comunicação: merchandising, Marketing Direto, novos meios etc. O que é propaganda? É o efeito de propagar. É projetar a imagem da empresa no mercado, através dos meios de comunicação disponíveis na comunidade: televisão, rádio, cinema, imprensa, revistas, outdoors, internet e outras mídias, divulgando os produtos ou serviços às diversas fatias de mercado.<sup>20</sup>

Para Antônio Herman a publicidade não se confunde com “marketing”, sendo espécie deste. Resumindo, a publicidade é um tipo de “marketing” impessoal, massificado, que emprega os meios de comunicação.

Pressupõe a existência do anunciante, que pretende vender produtos e serviços, da agência de publicidade, que concebe e produz o anúncio, e do meio através do qual se transmite o anúncio. Difere da propaganda porque, enquanto esta tem objetivo político, filosófico ou religioso, aquela tem objetivo comercial.<sup>21</sup>

### 3.2 Publicidade enganosa e publicidade abusiva

A propaganda é enganosa quando leva o consumidor ao erro, ou seja, quando oferece um produto ou serviço com qualidades que não possui. É uma propaganda falsa.

Nos moldes do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, e Ministério da Justiça: “publicidade enganosa é a que contém informações falsas e que esconde ou deixa faltar algum dado importante

sobre o produto ou serviço”.

Entre as informações que podem ser fraudadas e/ou omitidas estão às características do produto/serviço, sua quantidade, origem, preço e propriedades.

### 3.3 Publicidade abusiva

Deve-se assinalar a diferença da propaganda enganosa da propaganda abusiva (mais grave, já que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial). São propagandas que incitam à violência, desrespeitam valores ambientais, exploram o medo do consumidor, ou se empregam da insuficiência de ponderação ou inexperiência das crianças. Estas duas modalidades de publicidade, a abusiva e a enganosa, são expressamente proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Uma só publicidade pode ser simultaneamente, enganosa e abusiva, sendo necessário que o produto ou o serviço, dentro das condições anunciadas, não corresponda àquilo que é verdadeiro (a enganabilidade), e que o anúncio contenha a abusividade.

Basta que o anúncio possa levar o consumidor, também, a agir contra a sua própria saúde ou segurança. Como exemplo, um anúncio veiculado há alguns anos mostrando várias crianças e adolescentes bem treinados e com equipamentos de segurança, fazendo peripécias em bicicletas de determinada marca.

A enganabilidade está em que o produto (a bicicleta), por si só, não tem o dom de levar o usuário a fazer as acrobacias mos-

<sup>20</sup> Publicidade e Propaganda. Existe diferença entre elas? In [www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm](http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm), acesso em 30/10/2009

<sup>21</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O Controle Jurídico da Publicidade. In **Rev. De Direito do Consumidor**. n. 9. São Paulo: Ed. RT. 1994, p. 30, 31.

tradas no anúncio, já que decorriam do treino dos protagonistas. A abusividade está no fato de que o anúncio se aproveitava da imaturidade inerente às crianças (deficiência de julgamento delas), sugerindo uma conduta prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, representada pelas acrobacias ciclísticas<sup>22</sup>.

### 3.4 Concorrência desleal

Indo além das publicidades enganosas e abusivas, deve-se atentar ao fato de empresas imbuídas de má-fé ainda se utilizam de alguns métodos comparativos com produtos e serviços de outros fornecedores, elementos que causam outra dificuldade de grande repercussão; sendo este meio vedado pelo ordenamento constitucional, segundo disposto nos artigos 170, IV e 173 parágrafo 4º, da Lei, a concorrência desleal, tanto quanto as transgressões ao Código de Defesa do Consumidor são ao mesmo tempo a violação à ordem econômica e vice-versa.

Assim sendo, de acordo com o CDC publicidade enganosa a comunicação é parte do produto ou serviço<sup>23</sup>:

Toda e qualquer forma de publicidade e promoção é parte integrante do produto ou serviço divulgado. Os anúncios devem ser claros e objetivos, baseados em princípios de honestidade.

Mentir, exagerar as qualidades e benefícios de produtos e serviços, ou induzir o consumidor a erro de avaliação sobre o que está sendo anunciado é crime contra

o Consumidor. Os anúncios devem inserir informações técnicas e científicas para provar a veracidade da propaganda.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe Publicidade Enganosa, contendo informações falsas sobre o produto ou serviço, quanto a:

\* Características.

\* Quantidade.

\* Origem.

\* Preço.

\* Propriedades

Ou quando omitir dados essenciais.

Ou Publicidade abusiva, quando:

\* Gerar discriminação

\* Provocar violência

\* Explorar o medo e a superstição

\* Aproveitar da falta de experiência da criança

\* Desrespeitar valores ambientais

\* Induzir a um comportamento prejudicial à saúde e à segurança.

\* Tudo que for anunciado deve ser cumprido, lembrando que as informações da propaganda fazem parte do Contrato<sup>24</sup>.

Para ilustrar o estudo como exemplo do efeito vinculativo da propaganda, temos o caso das concessionárias de automóveis que oferecem: “a mais completa garantia do mercado: 02 anos ou 50.000 Km

<sup>22</sup> SANTIAGO REIS, Nelson. Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponível em: <[http://mp.pe.gov.br/procuradoria/cao/cao\\_consumidor/doutrina/publicidade\\_enganosa\\_abusiva.htm](http://mp.pe.gov.br/procuradoria/cao/cao_consumidor/doutrina/publicidade_enganosa_abusiva.htm)>. Acesso em 27/10/2009.

<sup>23</sup> Código do Consumidor (Lei 8.078/90 anotada), de Wellington A Pinto, ajuda o leitor a entender seus direitos de consumidor. DENÚNCIAS em Belo Horizonte: PROCON ASSEMBLÉIA(31)3293-9299. PROCON MUNICIPAL(31)3277-9503. Delegacia De Defesa Do Consumidor(31)3275-1887. Juizado Especial De Relações Do Consumo:(31)3271-4499.

<sup>24</sup> Para mais esclarecimentos sobre o assunto, o Consumidor pode se dirigir ao CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, localizado em São Paulo à rua da Bahia, 1140 – Cep 01244-908, telefones: (..11)258-7611. Fax: (..11) 231-4508

rodados". Em todos os casos, a garantia expirava-se com o que surgisse primeiro, ou os dois anos ou os cinquenta mil quilômetros rodados. Mas não havia disposição expressa a respeito de qual modalidade venceria primeiro. Observe-se que as concessionárias interpretavam a seu favor o teor do termo de garantia. Ocorre que, como já defendemos, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas a favor do consumidor, e no presente caso isto não estava acontecendo.

Em Minas Gerais, o Ministério Público ingressou com uma Ação Civil pública, exigindo que o termo de garantia fosse invertido, ou seja, que a garantia continuasse independente do que se vencesse primeiro (os 02 anos ou os 50.000 km). A fundamentação era a mesma que expusemos acima, ou seja, a interpretação das cláusulas contratuais a favor do consumidor. Agora, em Belo Horizonte, já é possível andar num Toyota com mais de cinquenta mil quilômetros, em menos de dois anos, e ainda estar coberto com garantia total.

O Código de Defesa do Consumidor deu à propaganda a natureza jurídica de um contrato. Se antes havia apenas uma oferta via propaganda, no momento em que o consumidor toma conhecimento da mesma, dá-se o efeito vinculativo, e a partir do instante em que este consumidor manifesta sua aceitação pelo produto, a oferta passa a contrato. Mesmo que seja assinado um contrato no qual não conste o disposto na propaganda, seu teor integra o instrumento contratual celebrado.

#### 4 Das tutelas jurídicas contra lesão por propaganda enganosa ou abusiva

O Código do Consumidor é claro quanto à propaganda enganosa

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Observados os princípios norteadores das relações contratuais, a abusividade da propaganda que possa causar lesões, danos materiais ou morais no consumidor, este poderá socorrer-se dos meios eficazes para sua garantia ou sua reparação.

É bem verdade que basta a simples constatação de que um produto não corresponde ao anunciado, para que haja impugnação liminar do anúncio e o recolhimento do produto.

Em relação ao artigo 37, § 1º, CDC, em que o legislador proíbe a publicidade enganosa, Cláudia Lima Marques adverte:

Note-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, referindo a Antônio Carlos Alencar Carvalho, p. 03.

Ao analisar detalhadamente a redação do parágrafo primeiro do artigo 37 do CDC, são encontrados seis aspectos que preocuparam o legislador, no que se refere à publicidade enganosa. São esses:

1. A técnica enganosa - meio que vai ser utilizado para a informação ou comunicação de caráter publicitário;
2. O vício da mensagem - o caráter de falsidade ou enganosidade que for veiculado;
3. A extensão do vício - o que foi informado/comunicado foi parcialmente ou inteiramente viciado;
4. A conduta do agente - a intenção deste, ou seja, o modo pelo qual causou o efeito ilícito;
5. O efeito da conduta - indução em erro;
6. O objeto do engano - em qual característica do produto/serviço, houve a ilicitude da publicidade.

Averiguada a veiculação de propaganda abusiva ou enganosa, o fornecedor fica compelido, do mesmo modo, a anunciar<sup>26</sup> uma contrapropaganda nas mesmas extensões em que foi divulgado o anúncio enganoso. Apenas posteriormente veiculada a contrapropaganda, com a eficaz atenção dos consumidores quanto àquele produto, é que o fornecedor se exime de sua responsabilidade de vinculação.

O legislador estabeleceu uma norma de classificação de ônus da prova no âmbito da publicidade (artigo 38, do CDC), e não a possibilidade da inversão do ônus da Prova, previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, visto que aquele dispositivo já define que a prova da “veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Imediatamente, basta a simples justifica-

ção da parte lesada, quanto à falsidade da informação no anúncio publicitário, para que o patrocinador tenha o dever legal de demonstrar que os dados nela postos estão amparados pelos princípios da transparência e veracidade.

#### 4.1 Tutela constitucional do consumidor

Antes de tudo, a relação de consumo vem prevista na Constituição de 1988, uma vez que o objeto de tutela jurídica nas relações de consumo é a coletividade. Eduardo Reale Ferrari afirma que:

sendo clara a Constituição brasileira do ano de 1988 ao afirmar que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), sendo também princípio atrelado a ordem econômica enunciado no art. 170, V, da mesma Carta Magna.<sup>27</sup>

Intenso é o ensinamento sobre os princípios constitucionais de Carlos Alberto Bittar:

tais pilares fundamentais podem ser resumidos nos princípios de “proteção da vida, da saúde e da segurança dos consumidores (contra vícios existentes em produtos ou em serviços, ou outros abusos na circulação de bens); o da proteção de seus interesses econômicos; o do direito da informação (real, precisa e completa a respeito das qualidades e do funcionamento de bens e serviços); o do direito de educação (através de campanhas de esclarecimento oficiais e privadas); o do direito de representação e de consulta (através da constituição de entidades de defesa e da participação em políticas de seu interesse); e o da compensação efetiva por prejuízos (mediante acesso a órgãos judiciais e administrativos para a reparação de danos havidos, por meio de fórmulas jurídicas eficientes).

<sup>26</sup> A palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo anunciante – definição contida na alínea “a” do artigo 18 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária.

<sup>27</sup> FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira, Ciências Penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Vol. 1 Brasil, Ano 1, n. 1, julho – dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais. P. 276.

O Código de Defesa do Consumidor nasce com o fundamento de dar efetividade, no plano ordinário e no âmbito das relações de consumo, ao princípio da dignidade humana. No particular, imprescindível trazer o asseverado no ensinamento de Paloma Santana Modesto:

Os direitos fundamentais são, em menor ou maior grau, concretizações do princípio da dignidade humana, por isso, devem ser, assumido pelo constituinte é o primeiro passo para a efetivação dos direitos fundamentais na realidade social, ainda distante do programa constitucional.<sup>28</sup>

Igualmente, se faz respeitável, ainda que brevemente, acrescentar o assegurado, garantindo-lhe tudo quanto da dignidade da pessoa humana, conforme Ingo Wolfgang Sarlet assegura:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>29</sup>

## 5 Das responsabilidades

### 5.1 Da responsabilidade penal

A Lei Penal Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990, define Dos Direitos Básicos do Consumidor, dentre eles a proteção contra a publicidade enganosa e sua pena:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas

no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

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

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos assegurados a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

<sup>28</sup> MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. *Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado*. v. 2, n. 1. Salvador: Faculdades Jorge Amado, p. 399.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 60.

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

## 5.2 Da responsabilidade Civil

Além da responsabilidade penal, o Código confere ainda uma responsabilidade civil aos veiculadores de publicidade enganosa ou abusiva. Essa responsabilidade sobrevém do resultado vincutivo da propaganda, por meio do qual o fornecedor obriga-se por toda e qualquer informação que fizer veicular.

Primeiramente, a responsabilidade civil está intimamente ligada ao dano material ou moral. Os fundamentos da reparação por danos morais, segundo o explicação do saudoso Caio Mário da Silva Pereira:

está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direito integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos.<sup>30</sup>

É de modo inclusivo, o jurista português João Calvão Da Silva, ao justificar a responsabilidade objetiva como proteção das expectativas do consumidor. Aduz o mestre:

Pressupõe ela que pela publicidade e marketing o produtor apresente os produtos ao público como seguros, induzindo os consumidores a ter em conta na decisão de comprar a qualidade e a segurança dos produtos e nelas confiar, razão por que devem ser protegidos dos inerentes perigos desconhecidos (...) (apud Eduardo Arruda Alvim E Flávio Cheim Jorge, ob. cit., p. 119)

Há que se conferir concretamente o evento dos pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade civil, sendo estas variáveis conforme o regime aplicável e, especialmente, avaliar-se exatamente a extensão do prejuízo sofrido pela violação do direito, já que a evidência reside na pessoa lesada em sua dignidade.

A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta tão somente sua capacidade de indução em erro, assim, não é buscado na análise da publicidade o dano efetivo, mas sim a potencialidade de dano que aquela informação falsa pode causar aos consumidores, e a aferição da enganabilidade em abstrato<sup>31</sup>.

Ao se prestar que apontado produto é de menor preço no mercado, forçosamente o negociante terá obrigação de oferecer o produto com o menor preço. Espera-se desta maneira produzir maior proteção ao consumidor, impedindo-lhe que seja logrado, nos molde do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. edição em Eletrônica CD-ROM. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>31</sup> "em suma: o legislador brasileiro, na avaliação do que seja publicidade enganosa (e no seu regramento civil), enxerga mais o anúncio do que propriamente a mente da pessoa que o produziu ou dele se aproveitou. O erro real consumado é um mero exaurimento, que para fins de caracterização da enganabilidade é irrelevante." Vasconcellos e Benjamin, Antônio Herman de – **CDC comentado pelos autores** – p. 291. 7. ed. Ed. Forense Universitária.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: "VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No entanto, o órgão responsável pelo controle da publicidade é realizado por dois meios. O primeiro, pelo meio da auto-regulamentação que, no Brasil, se efetiva pelo Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, em que sua atenção está ao encargo do CONAR - Conselho Nacional de Auto Regulamentação Publicitária<sup>32</sup>. Sendo que a presente legislação pode ser utilizada em procedimentos judiciais ou administrativos de iniciativa dos consumidores, ou dos entes ou órgãos legitimados à sua defesa, como as Associações Cívicas, o Ministério Público e demais explicitados no Artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao controle da publicidade devemos colacionar o ensino de José Antônio Almeida<sup>33</sup>

o direito à proteção contra a publicidade enganosa e não abusiva é um direito primário do consumidor, direito esse que não estaria efetivamente amparado se a regulamentação da publicidade fosse apenas a chamada auto-regulamentação, ou controle privado da publicidade, que essencialmente leva em conta a proteção do princípio da livre concorrência, mas não a indispensabilidade da proteção ao consumidor. Daí a opção do CDC por um sistema misto, estabelecendo um controle estatal sobre a publicidade, sem prejuízo da atuação concorrente do CONAR (Conselho de Autoregulamentação Publicitária), cujas normas têm força contratual aos aderentes do sistema.

Nos casos acima citados, o Código de Defesa do Consumidor confia ao consu-

midor, tanto individual como coletivo, o emprego de diversos mecanismos de defesa, como requerer indenização por danos morais ou materiais, a cominação de multa e contrapropaganda, a suspensão da publicidade com a pena de execução específica, em caso do não cumprimento da obrigação imposta na sentença.

Adverte-se, quanto à possibilidade de pleitear as ações cautelares, com a concessão de liminares, ou as antecipações de tutela, tendo em vista a suspensão imediata da veiculação da publicidade enganosa ou abusiva. Consequentemente, fica sujeito o responsável, ao enquadramento penal.

Na efetivação dos mecanismos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor versus a publicidade enganosa e abusiva, é de se notar a importância imperiosa da atuação do Ministério Público e de Associações Cívicas de Defesa do Consumidor, tanto através de meios judiciais (ações coletivas) quanto extrajudiciais, como sejam, os inquéritos cívicos, a vigilância dos meios de comunicação, a mobilização popular.

### 5.3 Dos responsáveis pela propaganda enganosa

Em se tratando de informações divulgadas mediante qualquer forma de oferta ou publicidade, veiculada por qualquer meio de comunicação social, vigora o princípio da responsabilidade do fornecedor à

<sup>32</sup> Verificadas as razões que motivaram o tratamento legal da publicidade, uma vez revelando-se à toda evidência insuficiente, o regime de auto-regulamentação publicitária procedido pelo CONAR (Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária), impõe-se aferir em que medida a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva causa prejuízos na esfera patrimonial e moral dos consumidores, e a todo o público atingido que, não obstante não seja eventualmente parte na específica relação de consumo incentivada pela publicidade, é equiparado à condição de consumidor por força do art. 29 do CDC.

<sup>33</sup> In Publicidade e Defesa do Consumidor. **Rev. de Direito do Consumidor** n. 21, Ed. RT, S. Paulo, p. 108/109 – grifos no original.

oferta e à publicidade, nos termos do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. Conforme Antônio Benjamin, o resguardo desse princípio ratifica o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores, pois “a publicidade cria expectativas legítimas que precisam ser protegidas”<sup>34</sup>.

A empresa ao anunciar a matéria publicitária, ao mesmo tempo institui certa obrigação, em virtude da declaração unilateral da vontade do anunciante. Obrigação que se acha proclamada em lei. A propósito deste assunto, a Professora Cláudia Lima Marques percebe que:

No direito brasileiro, a oferta ou proposta é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato (...). A oferta ou proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 1.080 e ss. do Código Civil Brasileiro (...)). Se na visão tradicional a oferta já é um fator criador de vínculos, na visão do CDC este poder de vinculação (Bindung), desta declaração negocial, destinada ao consumo, é multiplicado (...). O art. 30, ao ampliar a noção de oferta e ao afirmar que as informações dadas integram o futuro contrato, revoluciona a ideia de *invitatio ad offerendum*. Agora qualquer informação ou publicidade veiculada que precisar, por exemplo, os elementos essenciais da compra e venda: *res* (objeto) e *pretium* (preço), serão considerada como uma oferta vinculante, faltando apenas a aceitação (consensus) do (consumidor), ou consumidores em número indeterminado (...). É o princípio da transparência nas relações de consumo, mesmo nessa fase anterior ao fechamento do negócio, exigindo veracidade nas informações que são transmitidas aos consumidores. A nova noção de oferta instituída pelo CDC

nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma maior lealdade, uma maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor.<sup>35</sup>

A realização de publicidade enganosa ou abusiva dá margem à responsabilização civil, penal e administrativa do fornecedor. No entanto, somente no campo penal (art. 67) e administrativo (art. 56, inc. XII), existem normas estabelecendo a responsabilidade do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor.

Fábio Ulhoa Coelho ampara a ideia de ser a irresponsabilidade das agências publicitárias, por eventual publicidade abusiva ou enganosa, asseverando que elas apenas realizam uma atividade sob a supervisão e a aprovação do anunciante<sup>36</sup>.

Esta solução também é apontada por Cláudia Lima Marques, sob o fundamento de que ela “advém do próprio sistema do CDC que desconsidera os problemas da cadeia de produção e concentra-se no consumo e nos consumidores”<sup>37</sup>.

#### 5.4 Responsabilidade do apresentador de televisão em anúncios publicitários

Ao mesmo tempo devemos verificar a responsabilidade do apresentador de televisão<sup>38</sup> ou rádio que se propõe a anunciar o produto com finalidade de lucro, por outro lado da tela, deve-se considerar que o consumidor, muitas vezes com inferior

<sup>34</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann. In: Pelegrini Grinover et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2000, p. 216.

<sup>35</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. cit. P. 223. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho. A Disciplina Civil da Publicidade no CDC. Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado Junho de 2009.

<sup>36</sup> ULHOA Fábio Coelho. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. JUAREZ DE OLIVEIRA (citar o título por extenso...). , p. 162. COELHO admite, porém, que os arts. 67 e 75 do Código de Defesa do Consumidor tipificaram a responsabilidade penal dos profissionais de criação contratados pela agência de publicidade.

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p.225.

nível de instrução, faculta dizer que o espectador é, muitas vezes, ofuscado pelo brilho, isto é, pela fama dos apresentadores, e somente adquire o produto por força da influência daqueles.

Contudo, ao vincularem a sua imagem ao produto, visando tão somente o lucro, sem qualquer preocupação com a qualidade do produto ofertado ao consumidor, os apresentadores assumem, diante do consumidor, uma posição de garante,<sup>38</sup> pois a credibilidade que as pessoas têm no apresentador é imediatamente transferida para o comercial, acarretando grande credibilidade ao produto anunciado<sup>39</sup>.

É evidente que nesses casos o apresentador do programa torna-se parceiro, verdadeiro aliado do fornecedor, pois se transforma no principal meio de propagação dos produtos do fornecedor<sup>40</sup>.

Contudo, como se trata de uma prova complexa ao alcance do consumidor, deve ser sobreposto o princípio da inversão do ônus da prova, nos marcos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, compete ao apresentador do programa de rádio ou televisão provar, em juízo, que não operou com culpa ao divulgar a publicidade enganosa

ou abusiva; que não o realizou em dúvida, nem agiu com imprudência ou negligência na função de sua atividade.

### 5.5 Legitimidade para propositura da ação coletiva:

Além de o consumidor individual acessar o poder judiciário para resguardar seu direito lesado, a ação coletiva busca do mesmo modo a proteção dos interesses difusos e coletivos.

Ordena o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor que são legítimos para propositura da ação coletiva visando a proteção dos interesses difusos e coletivos o Ministério Público (82, I); a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (82, II); as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta<sup>41</sup>, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código (82, III) e, as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear (82, IV).

<sup>38</sup> O conceito sociológico clássico de "carisma" foi apresentado por MAX WEBER para caracterizar uma forma peculiar de poder. Este conceito analisa a existência dos líderes, cuja autoridade se baseia não no caráter sagrado de uma tradição, nem da legalidade ou racionalidade de uma função, mas num dom, isto é, na capacidade extraordinária que eles possuem. De sorte que "a pessoa carismática aparece como um ser providencial, exemplar ou fora do comum, por isso agrupa em torno de si discípulos e partidários" (NUNES, Luiz Antonio. **O poder carismático da tevê e Max Weber**. DI GIORGI, Beatriz et alii. **Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 268

<sup>39</sup> GUIMARÃES, Paulo. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001, p. 152. Também neste sentido, porém esclarecendo que a relação existente entre a agência e o anunciante não é de consumo, razão pela qual a responsabilidade da agência seria regulada pelo direito comum: LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: RT, 2001, p. 261.

<sup>40</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.262.

<sup>41</sup> A exemplo do CONAR que adota o seguinte rito processual - Formulada a denúncia e verificada a sua procedência, a diretoria do CONAR sorteia um relator entre os mais de cem membros do Conselho de Ética. O anunciante é informado da denúncia e pode enviar defesa por escrito. O Conselho de Ética reúne-se para examinar os processos éticos. As partes envolvidas podem comparecer às reuniões e apresentar seus argumentos perante os conselheiros. Encerrado os debates, o relator anuncia seu parecer, que é levado à votação. A decisão é imediatamente comunicada às partes e, se for o caso, aos veículos de comunicação. Há duas instâncias de recursos.

De toda sorte, o instrumento mais eficaz em defesa da cidadania, ainda é a nosso ver, o Ministério Público, que por destinação Constitucional deve ser o guardião dos interesses difusos da sociedade (CF, art. 127), bem como o legitimado para a propositura não só do inquérito civil como também da ação civil pública para a defesa, dentre outros, dos interesses difusos e coletivos (CF, 129, III). Estende-se tal legitimidade, inclusive, às ações que visem à defesa do interesses individuais homogêneos<sup>42</sup>.

Com finalidade ressarcitória, consistindo em recomposição do patrimônio individual ou transindividual<sup>43</sup>, o princípio fundamental a ser reverenciado é a inexigibilidade da prova da intenção da enganabilidade ou abusividade por parte do agente veiculador, uma vez que o elemento subjetivo vista à culpa ou dolo, é irrelevante em assunto de publicidade enganosa.

## Conclusão

O consumo é inevitável, constantemente a mídia lança novos produtos, uns necessários e outros que despertam o desejo humano, flecha o íntimo, a vaidade e cobiça individual. Diariamente surge alguém querendo comprar; ao mesmo tempo (ou antes), existe aquele que apresenta o produto, todavia, não exclusivamente aquele que o produz, mas especialmente aquele

que consegue de maneira incisiva seduzir o comprador: o chamado publicitário.

Não importa qual é o meio utilizado para alcançar seu público alvo, seja por televisão, outdoor, foulder, rádio, internet, e outros. Há anúncios publicitários em absolutamente todos os lugares os quais levam o consumo muitas vezes desnecessário, mesmo assim compramos.

Não se pode negar a importância do anúncio do produto, assim, publicidade é imprescindível a qualquer economia, graças a sua força de persuasão, captação e especialmente na aptidão de até mesmo instituir mercados.

Neste estudo pudemos notar a importância da psicologia utilizada pela publicidade em atrair o consumidor para aquele produto anunciado. Por isso diante deste fator “convencimento” é que se deve fixar a importância de atribuir responsabilidade àquela publicidade de produtos que se apresentem em discordância aos preceitos legais, e que possam acarretar qualquer dano ao consumidor.

Por um lado, as propagandas publicitárias possuem seus direitos, inclusive constitucionais art. 220, (salvo restrições art. 220 §4º), já que seu escopo é o avanço no consumo de bens ou serviços, beneficiando a economia que constantemente se movimenta; conforme preceito econômico: aumentam vendas, aumentam os empregos na indústria promotora da publicida-

<sup>42</sup> TJPR, Elfring. n. 0063503-6/02 - III Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Des. Leonardo Lustosa, j. 22/11/2001, in *Juris Síntese* nº164-45.

<sup>43</sup> Elton Venturi “O dano transindividual presume-se *jure et de jure*, uma vez que seria praticamente impossível uma concreta aferição de sua exata extensão e profundidade. Assim, o intuito maior da condenação do Réu ao pagamento de uma quantia em dinheiro dirige-se a inibi-lo de repetir futuramente a ação danosa, ao lado, obviamente, de ensejar uma possível recomposição da lesão, na forma a ser decidida pelo Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, entidade para a qual são destinadas as condenações obtidas nas ações indenizatórias coletivas para defesa de direitos transindividuais (assim como o *fluid recovery* nas ações coletivas de tutela a direitos transindividuais homogêneos).” <<http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art29.html>>. Acesso em 30/10/2009.

de, do mesmo modo nas indústrias que lhe provêm os insumos, no comércio, no setor de serviços, alcançando uma cadeia positiva de crescimento da economia, tudo motivado pela boa publicidade, que alcançou sua finalidade.

Por outro lado, existe infelizmente a publicidade enganosa, e é nesse momento que a lei vem salvaguardar a integridade dos consumidores do produto pervertido. Portanto, a necessidade surge da regulamentação da relação de consumo.

De tal modo que, os mecanismos as que vem calibrar essa relação: a Constituição Federal; o Código Civil e Penal e o imperioso Código do Consumidor vêm prever a sanção civil, administrativa e penal. O intuito do legislador foi o de conscientizar ao mesmo tempo a sociedade sobre suas garantias cidadãs e reprimir as más condutas comerciais.

Se a conduta lesiva desvirtuar consumidores por meio de uma falsa informação,

por ação ou omissão hábil de levá-los ao erro, a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou quaisquer outros elementos sobre os produtos ou serviços difundidos por publicidade, estas condutas devem ser cerceadas com detenção de no mínimo de 03 (três) meses e no máximo de 02 (dois) anos e multa, devendo ser inicialmente cumprida no regime semi-aberto.

Em suma, quando a publicidade enganosa infringir direitos e garantias as quais afetam a dignidade da pessoa humana, tanto em sua integridade física, moral ou patrimonial, a lei atribuirá sanções civis, administrativas e penais que lhes caibam.

Conforme o caso verificado, o dano poderá ser evitado por meio de ações cautelares promovidas individual ou coletivamente e se houver dano, este deverá ser reparado ou ressarcido, com efetividade do poder judiciário.

## Referências Bibliográficas

BENJAMIN, Antônio Herman. O Controle Jurídico da Publicidade. In **Rev. de direito do consumidor**. n. 9. São Paulo: Ed. RT. 1994, p. 30, 31.

\_\_\_\_\_. In: PELEGRINI GRINOVER et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2000, p. 216.

BITTAR, E. C. B. **Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, interseções, relações**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 36, n. 143, p. 63-69, jul./set. 1999. p. 66.

BROWN, James A. C. **Técnicas de persuasão**. tradução Octávio Alves Velho. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1992, p. 165, 157, 194.

COELHO, F. U. **O Empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 144.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: editora. Saraiva, 1991, p. 151.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. JUAREZ DE OLIVEIRA (coord.), p. 162.

FARIA, Heraldo Felipe de, **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, v. 3, n. 1, p. 123-141, jan./jul. 2007.125.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas. 2. ed. 1991, p. 33.

GUIMARÃES, Paulo. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001, p. 152.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumido. **revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.12, n. 47, [200-?]. p. 200.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.262.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**, v. 2, n. 1. Salvador: Faculdades Jorge Amado. [200-?]. p. 399.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUNES, Luiz Antonio. **O poder carismático da tevê e Max Weber**. DI GIORGI, Beatriz et alii. **Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: RT, 1995, p. 268

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil, edição em eletrônica CD-Rom**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PINHO, J. B. In Pinho, J.B. Trajetória e Questões Contemporâneas da Publicidade Brasileira. **Trajetória da publicidade no Brasil, das origens a maturidade técnico-profissional**.
- PINTO, de Welington. **Código do consumidor** (Lei 8.078/90 anotada), ajuda o leitor a entender seus direitos de consumidor. DENÚNCIAS em Belo Horizonte: PROCON ASSEMBLÉIA(31)3293-9299. PROCON MUNICIPAL(31)3277-9503. Delegacia de Defesa do consumidor(31)3275-1887. juizado especial de relações do consumo:(31)3271-4499
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- REALE, Miguel. **O projeto de código civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REIS, Nelson Santiago, Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, <<[http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop\\_condumidor/doutrina/publicidade\\_enganosa\\_abusiva.htm](http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop_condumidor/doutrina/publicidade_enganosa_abusiva.htm)>. Acesso em 27/10/2009.
- ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores**. São Paulo: Atlas, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 60.
- SILVA, Rodrigo Brum. **Breves considerações sobre o princípio da vulnerabilidade no CDC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2150, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12797>>. Acesso em: 29 out. 2009
- TJPR, Elnfrig. n. 0063503-6/02 - III Grupo de Câmaras Cíveis Rel. Des. Leonardo Lustosa, j. 22/11/2001, In Juris Síntese nº164-45.
- TOMASETTI JR, ALCIDES. **O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo**. In Rev. de Direito do Consumidor. n. 4. São Paulo: Ed. RT. 1992, p. 53.
- TUCK, Mary. **Como escolhemos: Psicologia do Consumidor**. Tradução Octávio Alves Velho. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1992, p. 29 e 27.
- VASCONCELLOS e BENJAMIM, Antônio Herman de. CDC comentado pelos autores. pág. 291. 7. ed. Forense Universitária.
- Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol. 1. Brasil, Ano 1, n. 1, julho dezembro 2004. Editora Revista Dos Tribunais. Direito Penal Do Consumidor E Constituição Federal Brasileira, Ciências Penais. P. 276.
- VENTURI, Elton <<http://angelfire.com/ut/jurisnet/art29.html>>, capturado em 30/10/2009