

OS REFLEXOS DA PUBLICIDADE ENGANOSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO¹

Ana Cláudia da Silveira Macedo²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo principal demonstrar que é necessário que haja uma proteção extensiva ao consumidor em detrimento da publicidade realizada de maneira incorreta. A questão é que a prática da publicidade enganosa afronta não só os princípios de ordem constitucional e os tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, mas representa uma total falta de respeito ao consumidor. Este tipo publicitário deve ser rigorosamente coibido e sua prática, ainda que não plenamente “intencional”, deve ensejar uma responsabilidade civil aos responsáveis pelo anúncio enganoso. A prática publicitária é importantíssima para o alavancamento do mercado, para o crescimento da economia, para a promoção da movimentação mercadológica. O fato é que a sua realização de modo ilegal é que merece punição, vez que não pode ser o consumidor, a parte mais débil da relação de consumo, passível de uma prática abusiva que tenha o potencial de interferir no seu processo decisório de aquisição de um produto ou serviço que não satisfaça, ao menos, suas expectativas.

Palavras-chave: Consumidor; Código de Defesa do Consumidor; Publicidade enganosa; Potencial; Produto ou serviço.

ABSTRACT

The present paper has the main scope to demonstrate it is necessary to have an extensive protection for the consumer in relation to the publicity performed incorrectly. The question is that the practice of the misleading publicity outrages not just the principles of constitutional order and the ones protected by the Consumer Protection Code, but it represents a total disrespect for the consumer. This type of publicity must be strictly restrained and its practices, although not totally intentionally, have to give rise to a civil responsibility for those who are responsible for the misleading announcement. The publicity practice is really important for the leverage of the market, for the increasing of the economy, for the promotion of the marketing movement. The fact is that its illegal achievement is what deserves punishment,

¹ Trabalho de conclusão de curso – TCC, apresentado à banca avaliadora do curso de Direito das Faculdades Opet, como requisito parcial para a conclusão do curso e obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Alessandra Neusa Matos.

² Bacharel em Direito pelas Faculdades Opet. Acadêmica do Curso de Preparação à Magistratura - Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Aplicado. Email: aninhamacedoadv@hotmail.com

since it cannot be the consumer, the weakest side of the consumer relationship, liable to an abusive practice that has the potential to interfere on its decisory process of acquisition of a product or a service that does not satisfy, at least, his expectations.

Key-words: Consumer; Protection Code Consumer; Misleading advertising; Potential. Product or service.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é um meio de comunicação muito utilizado para a informação e o convencimento das pessoas sobre produtos e serviços.

A sociedade moderna encontra-se na “era da informação”, da tecnologia, comunicação. Diante disso, é quase impossível imaginar-se a inexistência da publicidade.

Devido à força do meio de produção e consumo massificados e o uso exacerbado que se faz da publicidade, de uma maneira incorreta, é mais do que necessário a existência de um Código de proteção ao consumidor, que tutele as relações de consumo e mais, que reconheça que há uma desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, e que aquele é a parte mais fraca, débil da relação, que carece de uma lei protetiva, que assegure seus direitos perante o fornecedor.

Dessa forma, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor traz normas protetivas a fim de resguardar esses direitos e estabelecer um equilíbrio na relação consumerista.

O tema da publicidade é regulamentado pelo CDC sob a ótica da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, de modo que é vedada sua prática de maneira enganosa, maneira esta, que, como será explicado no decorrer do trabalho, acaba por induzir o consumidor ao erro.

Finalmente, é necessário compreender que a publicidade é uma atividade fundamental para a comercialização de produtos e serviços e o fomento da economia estatal, porém, sua prática realizada de maneira ilícita é que se torna um problema. Por isso é imprescindível a existência de uma ampla proteção contra as informações enganosas, que não só ferem seus direitos básicos, mas exercem grande influência psicológica no consumidor.

Deve-se, acima de tudo, evitar que o consumidor se sinta enganado, e mais ainda, que seja enganado pelo fornecedor.

E ainda, tentar se estabelecer um foco na busca do equilíbrio da relação de consumo, pois que é constituída sob a premissa de uma desigualdade entre fornecedor e consumidor.

Por isto, cabe ao Estado, através de suas leis protetivas, procurar fazer o máximo para que as relações de consumo se constituam sob essa égide, de modo a garantir não apenas às partes da relação, a segurança de seus interesses, mas também fazê-lo em prol da coletividade, do interesse público, eis que é o grande objetivo do Estado solidário, do Estado que regula a sociedade atualmente.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor surgiu com rigor nas décadas de 60 – 70 do século XX. Trata-se de um novo ramo do direito que surgiu em decorrência da evolução da sociedade, do capitalismo, que trouxe a necessidade de uma proteção específica ao consumidor. Conforme explana Cláudia Lima Marques trata-se de “um ramo de direito interno de cada país que visa proteger com normas de ordem pública e interesse social um sujeito de direitos, o consumidor, considerado mais fraco nas suas relações de direito privado.”³

O modelo de consumo, que até hoje se perfaz, se desenvolveu nas Cortes Europeias, com um sentimento de ostentação. Porém, considera-se como marco inicial da reflexão jurídica sobre a proteção do consumidor o discurso proferido por John Fitzgerald Kennedy, em 15 de março do ano de 1962, pelo qual enumerou os direitos do consumidor e estabeleceu quatro pilares para sua defesa. Sob a ótica de que “todos somos consumidores” em algum momento de nossas vidas, o então presidente norte-americano procurou estabelecer uma política de proteção ao consumidor, consagrando, como direitos fundamentais deste: o direito de ser ouvido, o direito à informação, à segurança e o direito à escolha.

Com isso, iniciou-se um movimento mundial em favor da defesa do consumidor e a ONU (Organização das Nações Unidas) estabeleceu, no ano de 1985, diretrizes para essa política de proteção aos consumidores, consolidando, nas palavras de Cláudia L. Marques:

[...] a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são *experts*, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder.⁴

³ BENJAMIN, Antônio H.; MARQUES, Cláudia L.; BESSA, Leonardo R. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

⁴ *Ibidem*. p. 26.

Enquanto isso no Brasil, o surgimento de problemas e acidentes resultantes do uso de produtos e da prestação de serviços fez com que emergisse a preocupação com a proteção do consumidor. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, com intuito de assegurar essa proteção de maneira efetiva, instituiu no inciso XXXII do artigo 5^o e no inciso V do artigo 170⁶, como dever e como princípio do Estado, promover a defesa do consumidor.

E foi no ano de 1990 que, com o propósito de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, analisado sob aspecto da vulnerabilidade do consumidor e com bases constitucionais, promulgou-se a Lei 8.078/90 – O Código brasileiro de Defesa do Consumidor.

3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica surge de uma relação social compactuada entre duas pessoas, sendo um sujeito passivo e um sujeito ativo, cuja ligação estabelece uma subsunção à determinada norma, situação em que se confere ao sujeito passivo o dever de cumprir o que o sujeito ativo tem o poder de exigir.

Conforme ensina o douto professor Caio Mário da Silva, trata-se da “*relação ou vínculo jurídico*, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade.”⁷ Ou seja, é o liame estabelecido entre duas pessoas, que por força de suas vontades, cria uma subsunção a determinado preceito legal.

3.1 Conceito

A relação jurídica de consumo se configura com a presença de três elementos, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o objeto de interesse (produto ou serviço).

⁵ Art. 5^o. 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: XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. [Vade Mecum SARAIVA [Equipe SARAIVA]. – 13^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9]

⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. [Vade Mecum SARAIVA, Ibidem. p. 60]

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol.1, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p.37.

O Código brasileiro de Defesa do Consumidor estabelece, em seu Capítulo II, a Política Nacional de Relações de Consumo, com o desígnio de harmonizar os contratos de consumo, nos quais “existe um provável desequilíbrio entre os contratantes.”⁸

Nesse sentido, sustenta Ada Pellegrini que “se por um lado visa à proteção do consumidor [...] por outro visa igualmente à paz das relações de consumo, ou seja, um perfeito possível relacionamento entre consumidores e fornecedores.”⁹

Sendo a relação de consumo o grande objeto do CDC, é necessário que seja reconhecida para que seu regramento possa ser aplicado, assim não sendo, caracterizar-se-á uma relação jurídica qualquer, que não a de consumo.

Deve-se, antes de tudo, lembrar que todo contrato deve ser composto por lealdade, transparência, boa-fé, fatores que revelam respeito entre os contraentes.

Na relação de consumo não é diferente. Sempre que houver uma relação, um contrato entre consumidor e fornecedor, é necessário que esses requisitos existam, de modo que se constitua, além de uma relação harmoniosa, uma segurança jurídica para ambas partes.

3.2 Vulnerabilidade do consumidor

Antes da exposição que se segue sobre os elementos que compõe a relação de consumo, é mister destacar o aspecto mais importante, basilar do CDC, que explica toda a tutela dirigida ao consumidor, qual seja, a sua vulnerabilidade.

Neste sentido Sérgio Cavalieri Filho defende:

Reconhecendo a desigualdade existente, busca-se estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. Logo, o **princípio da vulnerabilidade**, expresso no art. 4º, I, do CDC, é também um princípio estruturante do seu sistema, na verdade o elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo.¹⁰

O referido artigo¹¹ estabelece em seu texto, que o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor” constitui um dos princípios que deve ser seguido pela Política Nacional de Relações de Consumo.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 301.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2007, p. 68.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2ª ed.- São Paulo: Atlas, 2010, p. 46.

¹¹ Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, a

A vulnerabilidade é definida pelo próprio dicionário como “caráter ou qualidade de vulnerável”¹², e no caso, diz-se vulnerável aquele que se pode vulnerar, que encontra-se do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ofendido¹³. E nas relações de consumo, bem se aplicam tais definições.

O consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, vez que não possui os mecanismos de controle do processo de produção, distribuição e comercialização do produto ou serviço, mas participa da sua última etapa, qual seja, o consumo, e por isso é que “pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral.”¹⁴

O aspecto da vulnerabilidade constitui-se como¹⁵ presunção absoluta para todos os consumidores.

Diante dessa análise, cabe estabelecer a diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, pois tais conceitos não podem ser confundidos.

A vulnerabilidade é um aspecto comum à todos os consumidores, em contrapartida, a hipossuficiência é alcançada por apenas alguns consumidores, “como os idosos, as crianças, os índios, os doentes (...)”¹⁶

Cavaliere F. define a hipossuficiência como um agravamento da vulnerabilidade, “um *plus*, uma vulnerabilidade qualificada”, que se constitui devido à “condição de carência cultural, material ou ambos.”¹⁷

Neste diapasão, o referido autor identifica três espécies de vulnerabilidade: fática, técnica e jurídica, as quais passamos a uma breve análise.

A vulnerabilidade fática se refere à capacidade econômica e social do consumidor, que, na busca do sucesso, da felicidade, de um *status* social, conceitos relacionados ao poder de consumo, acaba por desejar produtos ou serviços que o mercado convencer serem

melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. [Vade Mecum SARAIVA, *Ibidem*. p. 773].

¹² Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vulnerabilidade>. Acesso em 17/10/12.

¹³ Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vulner%Elvel&CP=176471&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=50>. Acesso em 17/10/12.

¹⁴ CAVALIERI FILHO. *op. cit.* p. 47.

¹⁵ *Idem*. p. 47.

¹⁶ BENJAMIN. *op. cit.* p. 212.

¹⁷ CAVALIERI FILHO. *loc cit.*

“necessários”, e em decorrência disto, passa a consumir mais, mesmo que essa “opção” de consumismo não possa se adequar à sua real situação econômica ou social.

A vulnerabilidade técnica decorre da falta de conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço a que se pretende adquirir. Ocorre que quem detém esse conhecimento é o fornecedor, que pode omitir informações ao consumidor, ou pode repassá-las sem exatidão. Diante dessa situação, cabe ao consumidor acreditar na boa-fé e lealdade do fornecedor, “fato que lhe deixa sensivelmente exposto.”¹⁸

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, resulta da falta de conhecimento do consumidor em relação aos seus direitos.¹⁹ O Supremo Tribunal Federal já manifestou sua posição em relação a este assunto: “Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.”²⁰ Isso implica dizer que “o fornecedor deve presumir que consumidor *strictu sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste cocontratante leigo.”²¹

3.3 Elementos da relação jurídica de consumo

3.3.1 Consumidor

O conceito de consumidor previsto pelo Código de Defesa do Consumidor contempla quatro definições, ilustradas a seguir.

Primeiramente, o *caput* do artigo 2º do CDC traz o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”²² Trata-se, neste caso, do consumidor *stricto sensu*, que é o sujeito vítima de ato ilícito, o destinatário final fático ou econômico do bem, ou seja, aquele sujeito que se encontra no final da cadeia de produção.

Antônio Carlos Efig esclarece o conceito de consumidor em ambos os sentidos:

Em um sentido lato, consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. [...] E, em sentido estrito, consumidor é apenas aquele que possui ou utiliza um bem ou um

¹⁸ Neste sentido, CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 49.

¹⁹ Ibidem. p. 50.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma., Recurso Especial 311.509/SP, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de julgamento: 03/05/2001. *apud* MARQUES. op. cit. p. 328.

²¹ MARQUES. op. cit. p. 328.

²² Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

serviço para uso privado (pessoal familiar ou doméstico), de modo a satisfazer às necessidades pessoais e familiares, mas não os que obtêm ou utilizam bens e serviços para a satisfação das necessidades de sua profissão ou de sua empresa.²³

Acerca disto, Cláudia Lima Marques²⁴ prevê duas teorias sobre este conceito, visto que o CDC não pode ter uma posição tão restritiva e estabelecer tratamento diferenciado para o consumidor que compra um produto ou um serviço (destinatário final fático) daquele que os utiliza (destinatário final econômico).

A Teoria Finalista defende a ideia de que consumidor seria o destinatário final, fático e econômico do produto ou serviço adquirido. Entende-se por esta corrente, que o consumidor é aquele que adquire o bem ou serviço para uso próprio ou de sua família e não para uso profissional.²⁵

Esta teoria analisa o consumidor sob aspecto de sua vulnerabilidade, devendo-se atribuir ao seu conceito uma definição restritiva de direitos, de modo a assegurar uma proteção especial a um grupo da sociedade que é mais vulnerável.²⁶

Em contra partida, a Teoria Maximalista visualiza o Código de Defesa do Consumidor como “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro”²⁷, e não como um conjunto de normas protetivas do consumidor. Segundo esta teoria, deve-se fazer uma interpretação extensiva do artigo 2º, de modo que “as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado.”²⁸ Por isto, considerar-se-á consumidor o destinatário fático do bem ou serviço, aquele que realiza o “ato de consumo”, pouco importando, por tanto, se existe a intenção de lucro ou não.²⁹

Existe ainda, uma terceira corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que, absorvendo as duas teorias explanadas acima, tomou como pressuposto para aplicação do CDC a vulnerabilidade do consumidor. A Teoria Finalista e Maximalista defende a posição de que se deve aplicar o CDC quando houver uma situação de deficiência, de desigualdade entre os sujeitos da relação de consumo, pouco importando se o consumidor é destinatário final fático ou econômico do objeto de tal relação.

²³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das Relações de Consumo**. 2ª ed. Curitiba, PR: Juruá, 2004, p.54.

²⁴ BENJAMIN. op. cit. p. 70.

²⁵ MARQUES. op. cit. p. 305.

²⁶ Ibidem. p. 305.

²⁷ Ibidem. p. 306.

²⁸ Ibidem. p. 306.

²⁹ Neste sentido, MARQUES. p. 306.

O entendimento jurisprudencial da referida corte se faz no sentido de que “as relações entre iguais estão bem reguladas pelo Código Civil de 2002”³⁰, de modo que, diante da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor vem regular a relação jurídica entre desiguais.

Ademais, com a ampliação do conceito de consumidor, o Código de defesa do consumidor traz a segunda concepção, que se encontra presente em três hipóteses: no parágrafo único do artigo 2º, que se refere à “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”³¹, ou seja, todo sujeito que sofrer um dano decorrente de uma relação de consumo; no artigo 17, que trata das “vítimas do evento”³², o *bystander*, baseada sob o aspecto da responsabilidade civil, pelo fato (que gera dano ou risco à integridade física do consumidor) ou vício (que gera dano à integridade econômica do consumidor) do produto, e, por fim, a que possui previsão no artigo 29, concernente a “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta.”³³

3.3.2 Fornecedor

Prevê o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, o conceito de fornecedor:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.³⁴

O CDC traz uma previsão de diversas atividades comerciais, porém entende-se tratar-se de um rol exemplificativo, de modo que o legislador procurou estabelecer ampla abrangência para evitar que esses sujeitos se esquivem de seus deveres perante os direitos do consumidor.

Existe, ainda, o fornecedor definido pelo parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se do fornecedor por equiparação, que, sendo também responsável pela ofensa ao direito do consumidor, responderá solidariamente para reparação dos danos gerados. Deste modo, atribuí-se uma responsabilidade solidária a todos os

³⁰ BENJAMIN. op. cit. p. 72.

³¹ Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

³² Ibidem. p. 775.

³³ BENJAMIN. op. cit. p. 80.

³⁴ Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

profissionais da cadeia de fornecimento de produtos ou de serviços, tema que será abordado em outro momento do trabalho.

3.3.3 Produtos e serviços

O artigo 3º do CDC³⁵ traz, em seus §§ 1º e 2º, os conceitos de produto e serviço:

Art. 3º [...]

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Em relação ao produto como objeto da relação de consumo, trata-se de qualquer bem descrito no referido §1º.

Já em relação ao serviço, cabe destacar que “o único elemento caracterizador é a remuneração, e não a profissionalidade de quem o presta”³⁶.

Cláudia L Marques trata da matéria analisando a remuneração, que pode ser direta ou indireta, de forma que, os serviços de consumo remunerados indiretamente podem ser incluídos como objeto das relações consumeristas, pois o fornecedor vai ter um “ganho”, mas não é o consumidor que vai ser onerado (diretamente). Neste sentido, entende a autora que: “o termo ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo.”³⁷

4 PUBLICIDADE

4.1 Publicidade na Constituição Federal

A publicidade é uma atividade que se direciona a toda a sociedade e se caracteriza como um grande elemento da informação.

Tendo como objetivo o aumento do consumo, é uma atividade que se faz fundamental, face sua grande relevância econômica. Frente à sua importância, o legislador inseriu a partir

³⁵ Ibidem. p. 773.

³⁶ MARQUES. op. cit. p. 408.

³⁷ Ibidem. p. 409.

do artigo 220 da Constituição Federal de 1988³⁸ um capítulo destinado à comunicação social, protegendo, em especial, a liberdade de pensamento.

A Constituição permitiu a livre manifestação do pensamento, mas determinou que devem ser respeitados princípios éticos e morais, delegando, no inciso II do parágrafo terceiro do referido artigo, a competência legislativa em relação à publicidade à Lei Federal:

§ 3º - Compete à lei federal:

[...] II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à 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.³⁹

O artigo 221 da CF/88 trata dos princípios da produção e a programação das emissoras de rádio e televisão.

A Constituição da República assegura, ainda, o direito à liberdade de expressão, previsto no inciso IX do artigo 5º: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.⁴⁰

Dessa forma, como Lei Federal, o Código de Defesa do Consumidor encontra-se em perfeita harmonia com a Carta Magna de 1988, de modo que não estabelece restrições à liberdade de comunicação, mas assegura o direito dos consumidores afetados pela publicidade.

4.2 Publicidade no Código de Defesa do Consumidor

4.2.1 O dever de informar e a oferta

O Código de Defesa do Consumidor reconhece uma proteção ao consumidor desde um momento anterior ao de realização do próprio contrato de consumo, afirmando, dessa forma, que não se trata de uma simples relação contratual.

Por isto, entendeu o legislador que a relação de consumo se inicia através das técnicas de estimulação, quando se fala, de fato, de uma *expectativa de consumo*.⁴¹ Sendo a publicidade a maior dessas técnicas, recebeu do CDC um tratamento especial.

³⁸ “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.” [Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 70]

³⁹ Ibidem. p. 70.

⁴⁰ Ibidem. p. 8.

Sendo a informação o ato que dá discernimento para a tomada de decisões, é de suma importância que quando um produto ou um serviço nos é ofertado, sejam também apresentadas informações no mínimo adequadas sobre eles. Diante disso, o legislador se preocupou em estabelecer, no artigo 31⁴², o dever de informar, que deve ser rigorosamente cumprido pelo fornecedor.

Diante disso, cabe ao fornecedor, o fornecimento de informações claras, corretas, ostensivas e absolutamente precisas, e assim o faz em detrimento de uma proteção efetiva do consumidor, já considerado como a parte mais fraca da relação de consumo.

Com efeito, estabelece o artigo 4º do CDC a Política Nacional das Relações de Consumo, e prevê, em seu inciso IV, o princípio da informação:

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.⁴³

A cerca disso, discorre Cláudia L. Marques:

Toda reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir.⁴⁴

Por isso incumbe-se ao fornecedor a obrigação de prestar informações adequadas que tornem o consumidor habilitado a exercer o seu direito de escolha da maneira que melhor lhe aprouver, para que não se sinta e, muito menos, seja enganado em decorrência de uma publicidade realizada de maneira incorreta.

Trata-se, portanto, de uma declaração inicial de vontade pela realização de um contrato de consumo, ou seja, é o elemento que o inicia.

⁴¹ BENJAMIN. op. cit. p. 199.

⁴² Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. [Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 777]

⁴³ Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 773.

⁴⁴ BENJAMIN. op. cit. p. 190.

Quando é transmitida ao consumidor, a oferta torna-se obrigatória, devendo ser mantida pelo fornecedor por determinado período de tempo.

O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor ilustra a oferta como:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.⁴⁵

Isso quer dizer que a publicidade encontra-se intimamente ligada à oferta, pois a maior parte dos anúncios publicitários traz uma oferta de produtos ou serviços e vincula o fornecedor. Contudo, para que o artigo 30 possa ser aplicado, não basta que um produto ou serviço sejam anunciados, é necessário que a oferta seja suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a quem é destinada.

Ada Pellegrini se refere à oferta como:

O fenômeno visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo, em que as ofertas deixam de ser individualizadas e cristalinas, mas nem por isso perdem sua eficácia e poder para influenciar o comportamento e a decisão final do consumidor.⁴⁶

Sérgio Cavalieri F. entende que o artigo 30 do CDC traz “um dos principais efeitos do princípio da confiança”⁴⁷. De acordo com o autor “a oferta vincula, cria obrigação pré-contratual, para que não se frustrate a legítima expectativa criada no consumidor.”⁴⁸

Dessa forma, pode-se concluir que a oferta é um meio publicitário não apenas de indução pessoal, mas também coletivo e difuso, como se denota pelas promoções de vendas. E que o legislador, reconhecendo que a publicidade, utilizando-se da oferta, passa a ser uma fonte de obrigação para o fornecedor, tratou de inserir a oferta no CDC com a ideia de garantir maior lealdade e veracidade das informações que são transmitidas ao consumidor.

4.2.2 Conceito de Publicidade

A publicidade não possui definição de seu conceito no CDC, que apenas prevê uma regulamentação para que não seja praticada de maneira ilícita.

⁴⁵ Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 777.

⁴⁶ GRINOVER et al. op. cit. p. 266.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 41.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 41.

Destarte, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária traz em seu artigo 8º a publicidade como: “Toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”⁴⁹

Analizada pelo aspecto jurídico, o doutrinador Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin⁵⁰ entende a publicidade como a técnica mais importante de estimulação de consumo.

Ainda, ensina Cláudia L. Marques⁵¹, citando Guido Alpa: “a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”.

Para sua produção, permite-se a utilização de quaisquer meios, desde que lícitos, sendo que seu conteúdo deve ser comercial, mercadológico, vez que não é permitida a divulgação de idéias políticas ou religiosas que não possuam relação com o mercado de consumo.

Valéria Falcão Chaise⁵² destaca que a mensagem publicitária deve ter o intuito de promover a venda de produtos ou serviços, de modo a despertar a vontade no consumidor de adquirí-los.

Gino Giacomini Filho⁵³ apresenta a publicidade como a prestação de serviço ao consumidor através de uma simbologia, capaz de induzir comportamentos. Denominada pelo referido autor também como propaganda comercial, devido ao seu teor mercadológico, a publicidade de materializa com o anúncio publicitário, que se reflete com “um ato de intervenção social”, motivo pelo qual se fundamenta a responsabilidade social dos agentes publicitários.

Cabe destacar, que a publicidade pode ser classificada também quanto ao seu objeto, de modo que pode ser promocional ou institucional. Sendo promocional, o seu foco será o de destacar o próprio produto ou serviço de que trata tal mensagem, porém, se for institucional, seu foco se concentrará no ato de promover uma empresa ou marca, de maneira à idealizá-las,

⁴⁹ CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/codigos/indexcodigoseanexo.htm>. Acesso em 02/06/2012.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O código brasileiro de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, v. 7, n., 1993, p.97-132.

⁵¹ ALPA *apud* MARQUES, BENJAMIN. op. cit. p. 71.

⁵² CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8.

⁵³ FILHO, Gino Giacomini. **Consumidor versus propaganda**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: summus, 2008, p. 10-13.

a serem vistas com boa imagem.⁵⁴ Quanto à relação entre publicidade e propaganda, essencial se faz estabelecer uma distinção, pois, apesar de serem vistas como sinônimos por diversos diplomas, não possuem a mesma finalidade .

Há esta diferenciação porque o CDC estabelece tratamento desigual à elas, observando-se uma exceção apenas quando se fala em contrapropaganda.

No dicionário da Língua Portuguesa⁵⁵ publicidade significa qualidade do o que é público, divulgação, promoção de produto ou serviço através dos meios de comunicação social, mensagem que publicita esse produto ou serviço, ou seja, é o ato de divulgar, tornar público. Neste contexto, constata-se que publicidade tem um objetivo comercial, de aferir lucro.

A propaganda, em contrapartida, tem um fim ideológico, uma intenção de propagar, manifestar idéias, de cunho político, religioso, econômico, filosófico ou social, sem o intuito de se obter benefício econômico.

Por fim, fica, pois, claro que a publicidade nada mais é do que a união de um conjunto de técnicas, informações e simbologismo, destinado a captar a atenção do consumidor, aflorando, por um processo de persuasão psicológica, o anseio em adquirir produtos ou serviços capaz de estimular e fomentar a demanda dos mesmos.

4.2.3 Princípios da Publicidade

Com a finalidade de promover uma efetiva proteção ao consumidor, o CDC estabelece diversos princípios, inclusive, no que tange à prática publicitária. Dentre eles, destaca-se abaixo os que possuem maior importância:

1. Princípio da identificação: este princípio é fundamentado pelo artigo 36 do CDC, que dispõe: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”⁵⁶

Neste sentido, refere-se ao fato de que a publicidade deve ser identificada pelo consumidor de maneira imediata, de modo que, querendo a mensagem deixar de assumir sua

⁵⁴ TOCANTINS, Rafael Maltez. **Direito do consumidor e publicidade**: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar. Curitiba: Juruá, 2011.p. 119.

⁵⁵ Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=publicidade>. Acesso em 02/06/2012.

⁵⁶ Vade Mecum SARAIVA. loc.cit.

qualidade, tratar-se-á de uma atividade que, de alguma forma, tenta enganar o consumidor. Pelo mesmo motivo, as publicidades clandestina e subliminar são coibidas⁵⁷.

Cláudia L. Marques aponta que este princípio:

Tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço. Este princípio serve, por um aspecto, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do CDC seria considerada prática de ilícito, civil e mesmo penal.⁵⁸

Desta forma, este princípio visa proteger o consumidor no aspecto de despertar a consciência de que o fornecedor está lhe passando uma informação com a intenção de lhe vender algo, ou seja, que a mensagem que lhe está sendo transmitida possui pleno caráter publicitário.

2. Princípio da vinculação contratual: se refere à ligação que se estabelece entre consumidor e fornecedor, quando este lhe oferta um produto ou serviço.

Neste diapasão, Cavaliere Filho direciona sua reflexão no que denomina como o “fenômeno da vinculação”, segundo o qual, a vinculação no contrato de consumo se inicia desde quando acontece a oferta, que, como já foi explanado, constitui fator integrante do contrato.⁵⁹

Para fundamentar este princípio, o CDC estabeleceu em seu artigo 30 que:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.⁶⁰
(grifo nosso).

Acerca disto, ressalta o já citado autor, que a publicidade cria vínculo entre o fornecedor e o consumidor, mas para que isso se concretize, ela tem que ser precisa, ou seja, “ter um mínimo de concisão.”⁶¹

⁵⁷ Neste sentido, CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 133.

⁵⁸ MARQUES. op. cit. 829.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 134.

⁶⁰ Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 777

⁶¹ CAVALIERI FILHO. loc. cit.

Além disso, o artigo 35 do CDC⁶² faz alusão acerca do caso de não cumprimento da oferta pelo fornecedor, referindo-se ao direito que tem o consumidor de exigir o cumprimento do conteúdo exposto na mensagem publicitária.

3. Princípio da veracidade: se direciona à plena intenção de proibir a publicidade enganosa.

Disciplinado pelo §1º do artigo 37 do CDC⁶³, é um dos princípios mais importantes para proteção do consumidor, vez que estabelece que as mensagens publicitárias devem ser verdadeiras e corretas. Neste sentido, impõe, em nome do princípio da boa-fé, que tais mensagens devem trazer conteúdo verídico, de modo que as informações à cerca do produto ou serviço devem corresponder às expectativas do consumidor.

4. Princípio da não-abusividade: previsto pelo §2º do artigo 37 do CDC⁶⁴, diz respeito não à enganosidade da mensagem publicitária, mas à publicidade abusiva, que afeta não economicamente o consumidor, mas a outros valores importantes para a sociedade.⁶⁵

5. Princípio da inversão do ônus da prova: decorrente dos princípios da veracidade e da não-abusividade e também do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor⁶⁶, este princípio é firmado pelo artigo 38 do CDC, que dispõe: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

6. Princípio da correção do desvio publicitário: este se caracteriza pela contrapropaganda e visa a reparação da publicidade ilícita, de modo que, o que se busca, é que seus malefícios sejam corrigidos, para que se conserte o impacto causado nos consumidores.⁶⁷

⁶² Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

⁶³ 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. [Ibid.]

⁶⁴ Art. 37 [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. [Ibid.]

⁶⁵ Neste sentido, BENJAMIN. op. cit. p. 201.

⁶⁶ Ibidem. p. 201.

⁶⁷ Ibidem. p. 201.

Estes princípios são fundamentais para que se estabeleça uma relação de consumo harmoniosa e verdadeira, de modo que, devem ser amplamente observados para que não se torne uma prática comum a produção e exposição da publicidade enganosa.

5 PUBLICIDADE ENGANOSA

O artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor coíbe, em seus §§1º e 3º a prática da publicidade enganosa:

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

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

[...]

§3º. Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.⁶⁸

Partindo de uma exegese, defini-se publicidade enganosa aquela que contenha grande potencial de induzir em erro os destinatários da mensagem publicitária.

Neste sentido, observa-se o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE DE APELAÇÃO. Contrato de prestação de serviço que deveria ter sido juntado com a contestação. Preclusão. Exegese dos artigos 396 e 397 do CPC. Desconsideração do documento para julgamento do recurso. RESPONSABILIDADE CIVIL. Contrato de prestação de serviço de bloqueio e rastreamento de veículo. Motocicleta roubada. Imediata comunicação do roubo. Sistema que não operou eficazmente e viabilizou a consumação do crime. Informações e publicidades veiculadas pela Apelante que dão a entender que o sistema é absolutamente eficaz. Vinculação da oferta (art. 30 do CDC). De outro lado, a informação veiculada tem potencial para induzir em erro o consumidor, caracterizando publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC). Falha na prestação de serviço (art. 14 do CDC). Ausência de prova de que a Apelante tenha empreendido os esforços necessários para o bloqueio e rastreamento do bem. Precedentes deste Tribunal. Sentença mantida. Recurso não provido.⁶⁹ (*grifo nosso*)

A publicidade enganosa se caracteriza quando a mensagem publicitária se torna capaz de induzir o consumidor em erro, fazendo nascer o anseio em adquirir o produto ou serviço de

⁶⁸ Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

⁶⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9169574-87.2008.8.26.0000, Relator: Tasso Duarte de Melo, 12ª Câmara de Direito Privado, data de Julgamento: 15/08/2012.

que trata tal mensagem. Por isto, para que seja enganosa, basta que a mensagem sustente um potencial hábil a induzir em erro o seu destinatário, sendo capaz de alterar o seu processo de aquisição da coisa.

Neste diapasão, Cláudia Lima Marques fala sobre o erro potencial:

O erro potencial – consequência da enganosidade – pode estar relacionado com qualquer dado dos produtos ou serviços: sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Mesmo um dado acessório pode, via publicidade, ser ressaltado, ganhando, então, capacidade para induzir o consumidor em erro.⁷⁰

Diante dessa capacidade potencial que tem a mensagem publicitária de interferir no processo decisório do consumidor, de modo a instigá-lo a adquirir um produto ou serviço, o Código de Defesa do Consumidor levou em consideração o fator vulnerabilidade do consumidor, que, como já explanado, constitui a base deste ordenamento jurídico.

Basicamente, a publicidade enganosa é composta por duas espécies, as quais serão tratadas nos capítulos que se seguem.

5.1 Espécies

5.1.1 Publicidade Enganosa por Comissão

Constitui publicidade enganosa por comissão a mensagem em que o fornecedor afirma algo inverídico capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, “diz algo que não é”⁷¹.

A mensagem publicitária pode ser enganosa na sua totalidade ou em parte, sendo que, no caso da enganosidade por comissão, as informações contidas na mensagem “são realmente falsas.”⁷²

Neste caso, a enganosidade manifesta-se de maneira ativa⁷³, de modo que, na concepção de Marques, “a publicidade enganosa comissiva decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou serviço.”⁷⁴

5.1.2 Publicidade Enganosa por Omissão

⁷⁰ BENJAMIN. op. cit. p. 206.

⁷¹ Ibidem. p. 205.

⁷² Ibidem. p. 205.

⁷³ Ibidem. p. 207.

⁷⁴ Ibidem. p. 207.

A publicidade enganosa por omissão é aquela em que “só a ausência de dados essenciais é reprimida.”⁷⁵

Caracteriza-se pelo fato de não ser necessário que a mensagem publicitária informe sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço, pois que, no caso, tal parte que é omitida é que é capaz de influenciar no processo decisório do consumidor.⁷⁶ “Neste caso, o fornecedor retém uma informação relevante e, com isso, engana o consumidor.”⁷⁷ Para que isso não ocorra, a mensagem publicitária “deve conter informações com relação à adequação dos produtos, segurança e preço.”⁷⁸

Neste sentido, já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...]Analisando-se a publicidade veiculada na Revista Época frente ao “voucher” recebido posteriormente pela autora, depreende-se que houve omissões de propaganda, a qual deveria ser completa, tendo em vista que é neste momento que ocorre o convencimento do consumidor.⁷⁹

Desta forma, compreende-se que a publicidade enganosa por omissão se caracteriza quando há omissão de informações importantes em relação ao produto ou serviço de que trata a mensagem, de forma que, exercendo esta, grande influência sobre o processo decisório do consumidor, acaba por convencê-lo a adquirir algo que não adquiriria caso a mensagem publicitária fosse completa.

5.2 Formas

Diante das diversas técnicas publicitárias existentes, passemos a uma análise sintética de algumas delas.

5.2.1 Clandestina

⁷⁵ Ibidem. p. 208.

⁷⁶ Ibidem. p. 209.

⁷⁷ ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais, São Paulo, 2011. (coleção doutrinas essenciais; v.3). p. 46.

⁷⁸ Ibidem. p. 46.

⁷⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70003375276 2001, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 15/08/2002.

A publicidade clandestina, também denominada como camuflada ou simulada, “é aquela divulgada às escondidas, (...) que não quer transparecer sua intenção.”⁸⁰

Representa uma verdadeira afronta aos direitos de informação e de liberdade de escolha.⁸¹

Trata-se da mensagem publicitária que é repassada ao consumidor como não a sendo, ou seja, é repassada como se publicidade não fosse. E assim se faz para evitar que haja desconfiança por parte do receptor da mensagem.⁸²

Tal técnica persuasiva desenvolve-se de maneira omissiva, vez que “não revela uma informação importante em sua mensagem.”⁸³ E através de uma potente persuasão, consegue atrair o consumidor para a conduta que se quer sugerir.

5.2.2 Subliminar

A publicidade subliminar é voltada ao inconsciente do consumidor, de modo que, sem ser percebida pela consciência, é capaz de estimular desejos em seus destinatários.

É definida pelo dicionário Michaelis como “aquela que utiliza processos subconscientes.”⁸⁴

A proibição de sua prática “decorre dos deveres de lealdade e transparência nas relações de consumo”.⁸⁵

5.2.3 Teaser

Prevista pelo §2º do artigo 9º do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, é uma prática comum que tende a gerar uma expectativa, uma curiosidade a cerca do produto ou serviço que a empresa está preparando.⁸⁶ Trata-se, pois, de uma técnica publicitária que “visa preparar o mercado para uma nova campanha publicitária.”⁸⁷

⁸⁰ MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina**: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 88.

⁸¹ Ibidem. p. 88.

⁸² Neste sentido, MASSO. p. 91.

⁸³ Ibidem. p. 93.

⁸⁴ Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=subliminar>.

Acesso em 10/10/12.

⁸⁵ MASSO. op. cit. p. 231.

⁸⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232

⁸⁷ Ibidem. p. 232.

Por representar apenas uma parte da campanha publicitária, é permitida a omissão em relação à empresa, produto ou serviço, desde que respeitado o princípio da identificação da publicidade, contido no artigo 36 do CDC.⁸⁸

Devido à sua finalidade específica, qual seja, causar maior impacto nos consumidores⁸⁹, o *teaser* não é submetido a tal princípio, porém, caso a mensagem contenha conteúdo redacional ou descritivo, deverá ser veiculada com o alerta “informe publicitário”.⁹⁰

5.2.4 *Merchandising*

É a técnica utilizada para exibição do produto ou serviço de modo a colocá-lo em exposição de maneira diferenciada. Denominado também como *product placement*⁹¹ (devido a sua relação com programas audiovisuais), tende a se realizar através de programas audiovisuais, quais sejam: televisivos, como novelas, seriados, ou até mesmo pela cinematografia.⁹²

Lucia Ancona L. M. Dias entende o *merchandising* como:

[...] o conjunto de ações exercidas no interior de um ponto de venda para informar o consumidor sobre a existência de certa marca ou produto no estabelecimento, dando-lhe maior visibilidade por meio da exposição diferenciada, com o objetivo de influenciar decisões de compra, acelerando sua rotatividade. Consiste na técnica que se utiliza da própria mercadoria (“merchandise”) para agir (“ing”) na direção de vendê-la.⁹³

Não corresponde em si, como publicidade enganosa (neste caso, por omissão), porém, poderá ser configurada como caso seja capaz de induzir o consumidor a erro quanto a sua natureza publicitária.⁹⁴ Logo, a colocação do produto deve se realizar com respeito “aos

⁸⁸ Ibidem. p. 232.

⁸⁹ Ibidem. p. 232.

⁹⁰ Ibidem. p. 234.

⁹¹ Neste sentido relato de Dias, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. op. cit. p. 218. Tal terminologia foi adotada pela Diretiva Europeia 1989/552/CEE sobre radiodifusão, com recente redação adotada pela Diretiva 2007/65/CE, segundo quais, o *product placement* é definido como “qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou à respectiva marca comercial num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”.

⁹² Ibidem.p. 218.

⁹³ Ibidem. p. 218.

⁹⁴ Ibidem.p. 219.

deveres de transparência, sobretudo, porque vem inserida em espaço de mídia não publicitário.”⁹⁵

Atualmente, este tipo publicitário tende a ser utilizado não a explicitar as características dos produtos ou serviços a que vem divulgar, mas de modo a atrair consumidores através de demonstrações de situações prazerosas que são ocasionadas pela aquisição do produto.⁹⁶

5.2.5 Puffing

Trata-se do exagero publicitário ou *hipérboles publicitárias*⁹⁷, cujo objetivo é desatacar o bem de consumo como sendo “o melhor” do mercado e realiza-se com “a utilização de expressões vagas e de caráter subjetivo, de impossível comprovação fática.”⁹⁸

As mensagens publicitárias qualificadas como tal não se submetem ao princípio da veracidade, vez que não se considera serem capazes de induzir o consumidor a erro.⁹⁹

Com o objetivo de exaltar a qualidade de um produto, de modo a prender a atenção do consumidor, o *puffing* não se caracteriza como uma técnica enganosa, porém, “se de seu conteúdo não restar claro o exagero, então poderá não se configurar hipótese”¹⁰⁰, caso em que a mensagem será submetida ao princípio da veracidade.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A realização da publicidade enganosa deve ensejar uma indenização patrimonial ou moral por eventuais danos causados aos consumidores vítimas da lesão.¹⁰¹

O artigo 6º do CDC prevê, em seu inciso VI, como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”¹⁰² Diante disto, é claro o fato de que a responsabilidade civil aplicável nos casos de tutela pela lei consumerista é sempre objetiva, e a única exceção é quanto à responsabilização

⁹⁵ Ibidem. p. 227.

⁹⁶ Neste sentido, DIAS. op. cit. p. 219.

⁹⁷ Ibidem. p. 234.

⁹⁸ TOCANTINS. op. cit. p. 155.

⁹⁹ DIAS. op. cit. p. 234.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 235.

¹⁰¹ Ibidem. p. 279.

¹⁰² Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 774

civil dos profissionais liberais, cuja apuração se resolve através da verificação de culpa, conforme se depara da leitura do artigo 14, §4º do CDC¹⁰³.

Destarte, o que interessa para configuração da responsabilidade civil no campo do direito do consumidor é “a ocorrência do resultado (ou da sua efetiva potencialidade de) previsto em lei”, mesmo que o agente não tenha desejado tal resultado¹⁰⁴, vez que a vontade do agente não importa ao caso da responsabilidade civil.

Cumprido observar, que apenas incumbirá ao agente o dever de indenizar quando estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam, no caso da publicidade enganosa, a demonstração denexo causal entre a ação ou omissão do agente e a indução do consumidor em erro em relação às características de tal produto ou serviço (o dano).¹⁰⁵

Contudo, deve-se saber se a mensagem é realmente enganosa, de modo que, se “não apresentar efetiva capacidade de induzir os consumidores em erro, não haverá que se falar em publicidade ilícita, ausente o pressuposto do dano, ainda que potencial.”¹⁰⁶

Quanto a isso, importantíssimo observar-se o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE BLOQUEIO DE VEÍCULO À DISTÂNCIA - Relação de consumo - Responsabilidade da apelada pelos danos materiais sofridos pelo autor que é clara, tendo em vista que a contradição entre a propaganda por esta veiculada e a falibilidade do serviço descrita no contrato não pode, à luz do Código de Defesa do Consumidor, ser interpretada em desfavor do autor - Danos morais não comprovados pelo apelante, porém, serão mantidos, pois não impugnados pela ré - Parcial procedência da ação ampliada - Recurso provido.¹⁰⁷

Geralmente são os danos patrimoniais que se destacam como resultantes da publicidade enganosa, porém, não se exclui a hipótese de ocorrência de danos morais, que podem decorrer, ainda, pela simples veiculação da publicidade.¹⁰⁸

Seja como for, para que seja imputada a responsabilização nestes casos, é fundamental a relação entre o dano e a veiculação da publicidade enganosa, ou seja, é necessário, no caso

¹⁰³ DIAS. op. cit. p. 280. Nota 3.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 281.

¹⁰⁵ Neste sentido, DIAS. p. 281.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 281.

¹⁰⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0129784-49.2008.8.26.0002, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator: Rizzato Nunes, data de julgamento: 11/05/2011.

¹⁰⁸ DIAS. op. cit. p. 282.

concreto, que o consumidor tenha sido induzido em erro e, dessa forma, adquirido o produto ou serviço de que se trata a mensagem publicitária, ato pelo qual resultou o dano. Apenas após essa demonstração fática é que incidirá a reparação patrimonial ou moral ao consumidor.

6.1 Responsabilidade civil do anunciante e da agência de publicidade

Como já foi exposto, claro é que a responsabilidade civil de ambos é objetiva e, conforme estipula o CDC em seus artigos 7º, parágrafo único¹⁰⁹, e 25, §1º¹¹⁰, poderá ser solidária caso haja mais que um responsável pela devida reparação de danos.

Quando o artigo 36 traz o preceito de que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”¹¹¹, cria um vínculo a todos que fazem parte do processo de comunicação, como às agências de publicidade, pela veiculação da mensagem publicitária; e ao anunciante, que se configura como o fornecedor e é “quem propicia os meios necessários” para a realização da publicidade, e neste caso, enganosa.¹¹²

Sob aspecto da publicidade enganosa, o responsável pelo ônus é, primeiramente o anunciante, porém, havendo participação da agência publicitária, claro é, que responderão solidariamente.¹¹³ Neste sentido, por força do parágrafo único do referido artigo 36, verifica-se que é de responsabilidade do fornecedor (anunciante), manter “em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos científicos que dão sustentação à mensagem”¹¹⁴, o que ocorre porque “difícilmente a agência terá acesso aos dados técnicos que poderão comprovar a eficácia de determinados produtos ou serviços.”

Contudo, importante ressaltar que tal responsabilidade relaciona-se com o arquivamento das informações, pois, como já se sabe, todos que participam do processo de

¹⁰⁹ Art. 7º. [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor, a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

¹¹⁰ Art. 25. [...] §1º. Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores. Vade Mecum SARAIVA.op. cit. p. 776.

¹¹¹ Vade Mecum SARAIVA. op. cit. p. 777.

¹¹² FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 226-227.

¹¹³ Neste sentido. Ibidem. p. 228.

¹¹⁴ Texto original dispõe: Art. 36. [...]. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Vade Mecum SARAIVA. loc. cit.

comunicação têm sua parcela de responsabilização correspondente à intensidade de influência exercida quando da realização da publicidade enganosa.¹¹⁵

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi demonstrado no decorrer do trabalho o quanto é importante a proteção do consumidor contra a prática da publicidade enganosa, bem como, sua proibição em tutela até constitucional. A publicidade constitui fator fundamental para a divulgação de produtos ou serviços, para a promoção de vendas, para o aumento do consumo, porém, a sua prática de forma ilegal é que deve ser coibida. O que acontece é que, o consumidor atingido por esse tipo publicitário sofre extrema influência em seu processo decisório de aquisição de um bem, e acaba, muitas vezes, o adquirindo devido ao efeito que a mensagem causa em seu psicológico. Isso se refere ao potencial que a publicidade enganosa tem de enganar o consumidor, de induzi-lo em erro, o que fere não apenas princípios consagrados ou um regramento jurídico, mas represente uma total falta de respeito, de boa-fé, para com o consumidor.

Diante desse poder que o fornecedor tem (no caso, o anunciante, ou, em segundo plano, a agência publicitária), de oferecer, de influenciar, de fazer nascer no consumidor um anseio pelo consumo (muitas vezes e hoje em dia cada vez mais comum de modo exacerbado), é que o consumidor deve ser considerado como a parte mais débil, mais fraca da relação de consumo, a parte vulnerável, carente de uma proteção efetiva. Proteção esta, que deve se destinar não apenas na tentativa de coibir essa prática, mas que deve ser efetiva, que deve buscar meios adequados para que ela simplesmente não ocorra.

Atualmente, é cada vez mais comum a propagação de mensagens que, em busca de um consumo exagerado, de uma grande busca no mercado, ofertam produtos ou serviços incapazes de atender aos anseios dos numerosos consumidores que são atingidos por tal mensagem, incapazes de satisfazer, no mínimo, as expectativas geradas em decorrência da veiculação de tal publicidade.

É inconcebível a ideia de se aceitar, em uma sociedade em que o consumo tornou-se prioridade, que o consumidor, que é o sujeito responsável pela movimentação mercadológica, seja o alvo de mensagens que sequer respeitam o seu direito de decisão, de escolha, vez que não propiciam as informações necessárias para que não seja, ao menos, enganado.

¹¹⁵ FERNANDES NETO. loc. cit.

Diante disto, claro é que o regramento consumerista brasileiro deve ter como sua razão de ser, a proteção efetiva do consumidor, de modo que, só assim será possível haver uma relação “entre iguais” e de maneira harmoniosa.

Ainda, importante é observar a responsabilidade civil decorrente da prática da publicidade enganosa, vez que é direcionada aos responsáveis pela veiculação da mensagem. Neste sentido, percebe-se que o legislador foi imperioso, vez que não abriu espaço para que nenhum responsável possa se esquivar da indenização devida.

Por fim, o trabalho buscou trazer não uma solução para o tema, mas uma análise de um problema que atinge a toda sociedade. A veiculação da publicidade, divulgação e comercialização de produtos, informação, são questões que rodeiam todos nós o tempo todo. Com o avanço da tecnologia, não é necessário nem que se saia de casa para ser atingido por esses fatores mercadológicos, que atualmente, chegam até nós inclusive pela internet. E é por esse motivo, principalmente, que o consumidor carece de uma ampla e efetiva proteção, através de um código que regule uma relação entre um sujeito (forte), capaz de induzir o outro sujeito (vulnerável) a agir de modo contrário ao que agiria caso tivesse sido bem informado ou não tivesse sido enganado. Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor vem, com força, para prevenir que situações como esta sejam concretizadas, para evitar que o consumidor tenha seus direitos ofendidos, para coibir a prática de condutas prejudiciais ao consumidor, enfim, para tentar criar uma harmonia na relação de consumo, de modo que esta se realize de maneira gratificante para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais, São Paulo, 2011. (coleção doutrinas essenciais; v.3).

BENJAMIN, A. H., Marques, C. L., Bessa, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo, SP: RT, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O código brasileiro de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor: o código brasileiro de proteção do consumidor**, Rio de Janeiro, v. 7, n., 1993

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos ao alcance de todos**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/codigos/indexcodigoseanexo.htm>. Acesso em 02/06/2012

DIAS, Lucia Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 1ª ed. Curitiba,PR: Juruá, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze, Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ªed. Volume III. São Paulo,SP: Saraiva, 2008.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. São Paulo, SP: RT, 2005.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=publicidade>. Acesso em 02/06/2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.1, Rio de Janeiro: Forense, 2010,

TOCANTINS, Rafael Maltez. **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70003375276 2001, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 15/08/2002.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9169574-87.2008.8.26.0000, Relator: Tasso Duarte de Melo, 12ª Câmara de Direito Privado, data de Julgamento: 15/08/2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0129784-49.2008.8.26.0002, 23ª Câmara de Direito Privado, Relator: Rizzato Nunes, data de julgamento: 11/05/2011.

Vade Mecum SARAIVA [Equipe SARAIVA]. – 13ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.