

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LETICIA AÍDA MEZZENA

**A PUBLICIDADE ENGANOSA, ABUSIVA E SUAS RESPECTIVAS
SANÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

MARÍLIA
2012

LETICIA AÍDA MEZZENA

A PUBLICIDADE ENGANOSA, ABUSIVA E SUAS RESPECTIVAS
SANÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de Conclusão ao Curso de Direito da
Fundação “Eurípides Soares da Rocha”
mantenedora do Centro Universitário Eurípides de
Marília – UNIVEM, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. ADRIANO DE OLIVEIRA MARTINS

MARÍLIA
2012

Mezzena, Leticia Aída

A publicidade enganosa, abusiva e suas respectivas sanções previstas no código de defesa do consumidor / Leticia Aída Mezzena; orientador: Adriano de Oliveira Martins. Marília, SP: [s.n.], 2012.

74f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Fornecedores 2. Publicidades enganosas e abusivas 3. Código de Defesa do Consumidor

CDD: 342.145



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Letícia Aída Mezzena

RA: 43598-8


**A PUBLICIDADE ENGANOSA, ABUSIVA E SUAS RESPECTIVAS
SANÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: _____

10,0


ORIENTADOR(A): _____


Adriano de Oliveira Martins

1º EXAMINADOR(A): _____


Aline Storer

2º EXAMINADOR(A): _____


Ricardo Sevilha Mustafá

Marília, 30 de novembro de 2012.

A meus pais Ana e Guga Mezzena, por estarem sempre ao meu lado me incentivando, me colocando no caminho certo e torcendo por mim.

A toda minha família especialmente meus avós Naé, Guilherme, Maria e Vito, que sempre tiveram uma participação especial na minha vida além de serem fundamentais na minha formação.

As minhas irmãs Lais Mezzena e Amanda Mezzena, por serem ao mesmo tempo irmãs e melhores amigas, me apoiando incondicionalmente.

A todos os meus amigos com quem compartilhei esses 5 anos de graduação na Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, e também aqueles que se fazem presente a mais tempo – Estela, Natatália e Gisela.

Aline Carrilho, pela convivência e paciência diária.

Lucas Castilho, que apesar da minha ausência, meus momentos de impaciência e nervosismo continuou ao meu lado me incentivando.

AGRADECIMENTOS

A meus pais primeiramente por todo amor, dedicação, e paciência que sempre tiveram comigo e ainda por estarem sempre prontos, não medindo esforços para me apoiar.

*A todos aqueles que de alguma contribuíram para a realização deste trabalho em especial
Fernada Teixeira, Camila Guilhen, Amanda Mezzena.*

Ao professor Adriano que me apoiou e orientou com toda paciência, dedicação e competência neste trabalho.

MEZZENA, Leticia Aída. **A publicidade enganosa, abusiva e suas respectivas sanções previstas no código de defesa do consumidor.** 2012. 74f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

A publicidade não serve apenas para apresentar o produto ao consumidor, mas para despertar nele o interesse de adquirir determinado produto ou serviço. Porém, na sociedade consumista em que vivemos, a concorrência é grande, e, portanto, os fornecedores precisam usar de publicidades cada vez mais criativas e diferentes para atrair o público para os seus produtos e serviços em detrimento dos demais presentes no mercado. Ocorre que, muitas vezes, na ânsia de tentar mostrar que seu produto ou serviço é melhor ou mais completo, os fornecedores acabam passando informações falsas, ou omitindo informações importantes ou ainda usando a publicidade de uma forma abusiva, explorando o medo, a superstição ou ainda induzindo o consumidor a se comportar de forma perigosa ou prejudicial a sua saúde. O objeto de estudo do presente trabalho é analisar como são conceituadas as publicidades enganosas e abusivas no Código de Defesa do Consumidor e de que forma a legislação pune tais práticas.

Palavras-chave: Fornecedores. Publicidades enganosas e abusivas. Código de Defesa do Consumidor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CF: Constituição Federal

CONAR: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

+: mais

=: porcentagem

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DIREITO DO CONSUMIDOR	11
1.1 Breve análise sobre a proteção do consumidor no Brasil	11
1.1.1 A lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 – CDC.....	13
1.2 Conceito de consumidor	14
1.2.1 Consumidor em <i>Stricto Sensu</i>	14
1.2.2 Consumidor por equiparação.....	16
1.3 Conceito de Fornecedor.....	17
1.4. Produto e serviços.....	20
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONSUMO	22
2.1 O que são princípios	22
2.2 Princípios constitucionais do código de defesa do consumidor	22
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
2.2.2 Princípio da liberdade.....	23
2.2.3 Princípio da isonomia	24
2.2.4 Princípio da informação.....	25
2.2.5 Princípios gerais da ordem econômica	27
2.3 Princípios basilares do código de defesa do consumidor	28
2.3.1 Princípio da vulnerabilidade.....	28
2.3.2 Princípio da hipossuficiência.....	29
2.3.3 Princípio da Boa-fé.....	30
2.3.4 Princípio da transparência	31
2.3.5 Princípio da equidade	31
2.4 Princípios norteadores da publicidade	32
2.4.1 Princípio da veracidade	32
2.4.2 Princípio da clareza ou da identificação da publicidade.....	33
2.4.3 Princípio da transparência da fundamentação	34
2.4.4 Princípio da não abusividade ou da correção	34
2.4.5 Princípio da vinculação contratual da publicidade ou da obrigatoriedade de cumprimento.....	35
CAPÍTULO 3 – PUBLICIDADE – CONCEITOS E IDENTIFICAÇÃO	37
3.1 Conceitos e Finalidades da Publicidade	37
3.2 Código Brasileiro de autorregulamentação publicitária	38
3.3 Distinção entre publicidade e propaganda.....	39
3.4 A publicidade enganosa.....	40
3.4.1 Elementos característicos da publicidade enganosa	41
3.4.2 Da enganabilidade por omissão	43
3.5 Publicidade abusiva	45
3.5.1 Elementos característicos da publicidade abusiva.....	45
3.6 Como identificar a publicidade enganosa e abusiva.....	47
3.7 Práticas permitidas na publicidade	47

CAPÍTULO 4 – DAS SANÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA.....	50
4.1 Espécies de sanções previstas pelo código de defesa do consumidor para publicidade enganosa e abusiva.....	50
4.1.1 Sanções no âmbito administrativo.....	50
4.1.1.1 Da competência para aplicar as sanções administrativas	50
4.1.1.2 Das sanções administrativas propriamente ditas	51
4.1.2 Sanções no âmbito Cível	53
4.1.2.1 Da defesa individual	54
4.1.2.2 Da defesa coletiva.....	55
4.1.3 Sanções no âmbito penal	55
4.1.3.1 Breves observações sobre o direito penal do consumo	55
4.1.3.2 Das sanções penais para a publicidade enganosa e abusiva no Código de defesa do consumidor	56
4.2 Da inversão do ônus de prova.....	62
4.3 Entendimentos Jurisprudenciais quanto ao ressarcimento dos danos causados pela propaganda enganosa e abusiva	64
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIA	71

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de criar regras para regular as relações entre fornecedores e consumidores. Tal necessidade se fez mais presente após a revolução industrial, pois antes dela os compradores tinham contato direto com os vendedores, que eram também os produtores e caso houvesse algum problema, era fácil de ser resolvido. Porém com a revolução industrial e a produção em larga escala tudo mudou. Os consumidores ficaram distantes dos fornecedores e caso o produto apresentasse algum defeito ou problema o consumidor não sabia para quem reclamar, pois os vendedores jogavam o problema para os fabricantes e estes estavam muito distantes dos consumidores.

Partindo desse aspecto e da relação de hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor foi que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que tem o intuito de criar regras e procedimentos para amparar o consumidor e evitar que ele seja lesado ou enganado.

O Código de defesa do Consumidor dedica o seu capítulo V, seção III, a tratar do tema da publicidade enganosa e abusiva. Isto porque de uns tempos para cá a publicidade se tornou um instrumento de muita valia para os fornecedores não só pelo fato de ser através dela que os produtos e serviços são apresentados ao consumidor, mas também porque a publicidade possui o poder de despertar no consumidor o desejo de adquirir determinado produto ou serviço.

Ocorre que, muitos fornecedores acabam abusando desse “poder” da publicidade e acabam vinculando publicidades enganosas, que transmitem informações erradas ou omitem informações importantes, e publicidades abusivas, que são repudiadas pelo senso comum por ser discriminatória ou aproveitadora da inocência dos consumidores.

Diante disso, o presente estudo tem relevância não só jurídica, mas social, pois a sociedade no papel de consumidora deve ser respeitada. E deve saber identificar quando esta sendo lesada.

Diante do exposto, propõe-se o seguinte problema de pesquisa:

O que são as propagandas enganosas e abusivas, de que forma elas são transmitidas aos consumidores e quais suas punições perante o Código de defesa do consumidor?

Para chegar a uma resposta para este problema teremos como objetivo geral fazer um estudo sobre o Código de Defesa do consumidor e os principais princípios a ele aplicado, além de analisar de que forma ele protege os consumidores contra a prática de publicidade enganosas e abusivas.

E como objetivo específico identificar e distinguir a publicidade enganosa da publicidade abusiva, mostrar de que forma elas são transmitidas ao público, e de que forma o Código de Defesa do Consumidor pune tais práticas, além de analisar sobre a quem cabe o ônus da prova em um possível procedimento judicial por este assunto

O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, com pesquisas qualitativas e exploratórias além do uso de pesquisas bibliográficas e documentais.

O trabalho será dividido em quatro capítulos que abordarão os seguintes assuntos:

No primeiro capítulo será feito uma breve análise do panorama social que desencadeou na elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Falaremos ainda de alguns conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, como o conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço.

O segundo capítulo abordará os princípios, ou seja, as diretrizes que orientam o Código de Defesa do Consumidor e consequentemente a publicidade sobre o mesmo prisma. Para isto, o capítulo dois será dividido em princípios constitucionais do CDC, princípios basilares do CDC e princípios norteadores da publicidade.

Destinar-se-á o terceiro capítulo a tratar especificamente da publicidade enganosa e abusiva. Para tanto será feito uma breve introdução ao tema da publicidade, diferenciando o termo publicidade do termo propaganda, e, depois estudando mais a fundo cada um dos dois tipos de publicidade, a enganosa e a abusiva.

O último capítulo se destinará a analisar as punições previstas pelo CDC para a prática da publicidade enganosa e abusiva. Falaremos das punições no âmbito administrativo, civil e penal, e ainda abordaremos sobre o assunto da inversão do ônus de prova. Por fim, trataremos algumas jurisprudências atuais sobre o tema.

CAPÍTULO 1 – DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Breve análise sobre a proteção do consumidor no Brasil

A partir do momento que o homem passou a conviver em grupos, formando a sociedade foi preciso criar regras. Surgiu então o direito, como uma forma de regular as condutas e assim tentar manter a harmonia na sociedade (MARTINS, 2004, p. 10).

O Direito do Consumidor conseqüentemente é uma ramificação deste direito, que busca como diz Martins (2004, p.10) “garantir o respeito a alguns princípios, a fim de que as relações de consumo possam ser proveitosas para seus integrantes.”

O direito do consumidor é entendido como a legislação que regula as relações entre produtos e serviços, conseqüentemente fornecedores e consumidores.

Para entendermos melhor o porquê da criação de um código que regulamente as relações de consumo precisamos voltar ao passado e analisar um pouco as transformações ocorridas durante vários períodos da história.

As primeiras civilizações bastavam-se em si mesmas, ou seja, produziam tudo o que necessitavam através de materiais encontrados na natureza. Porém, com o crescimento populacional o sistema foi mudando e começaram as trocas entre os grupos, ou seja, o que era supérfluo ou excedente para um grupo era trocado por algo necessário vindo de outro grupo. Por exemplo grupo A tinha galinhas, e plantava tomates, já o grupo B tinha leite e plantação de batatas. Eles tiravam o que era necessário para o sustento do grupo e o resto trocavam entre si (MARTINS, 2006, p.01).

Sendo assim, a relação de consumo se dava diretamente entre produtores, havendo então o “olho no olho” e se algum produto viesse estragado ou tivesse algum problema era fácil de ser resolvido (ZANOTI, 2011, p.03).

Porém era difícil quantificar os produtos, ou seja, um ovo vale quantos litros de leite? Foi aí que surgiu a moeda como base de troca.

Com o surgimento da moeda surgiram as pessoas que compravam produtos de um grupo e revendiam para outros, atuando como uma espécie de mediador, conhecidos como comerciantes ou mercadores. Claro que essas pessoas procuravam auferir lucro, ou seja, compravam a um preço mais baixo e vendiam a um preço mais alto (ZANOTI, 2011, p.03).

Começa então a surgir os problemas uma vez que o “olho no olho” estava prestes a desaparecer já que as pessoas não compravam mais diretamente com os produtores e caso

algum problema acontecesse com o produto para quem reclamar? Para o mediador que vendia os produtos? Mas este alegava que o problema estava na produção.

Então o comerciante não tinha responsabilidade sobre os produtos que vendia? Os consumidores começaram a se revoltar afinal os mercadores ficava apenas com o bônus, ou seja, lucro, da venda sem ter o ônus de responder pelos eventuais defeitos nos produtos.

Tal fato piorou com a Revolução Industrial, pois, se já era difícil reclamar quando eram pequenos produtores imagina agora com a industrialização, onde uma indústria produz em um determinado local, mas vende para cidades distantes (ZANOTI, 2011, p.04).

Os consumidores estavam desamparados e algo precisava ser feito. Foi daí que surgiram as primeiras leis para defender os consumidores.

No Brasil, o Código Civil de 1916 já previa em seu art.159 (BRASIL, 1916) que : “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Percebe-se que o Código só se referia a Negligência ou Imprudência, mas nada falava sobre Imperícia, ou seja, falta de habilidade que está ligada aos profissionais liberais que são os principais prestadores de serviços, logo os consumidores estavam desprotegidos quanto a prestação de serviços (ZANOTI, 2011, p.4).

Havia também na Constituição Federal algumas formas de cuidado ao direito do consumidor como o art.150 §5º, 170V e 175 II.

Mas por que então a elaboração de uma legislação exclusiva para regular as relações entre consumidores e fornecedores?

O legislador partiu da premissa que o consumidor era uma parte muito vulnerável e pouco informada se comparado com o fornecedor, sendo assim saia quase sempre no prejuízo. Isto porque o fornecedor sabia exatamente todas as informações sobre o produto que punha em circulação e a ele cabia apenas desfrutar dos lucros das compras efetuadas pelos consumidores. Já estes, pouco ou nada sabiam sobre os produtos adquiridos, ou melhor, sabiam o que lhes era permitido saber. Porém, muitas vezes, essas informações não condiziam com a realidade. (Filomeno 2008, p.3). Além do mais era preciso haver a relação ônus/bônus, ou seja, para os fornecedores poderem receber o bônus de suas vendas precisavam arcar com o ônus de eventuais defeitos nos produtos. (ZANOTI, 2011, p. 03)

Foi por identificar essa relação de hipossuficiência entre as duas partes na relação de consumo, que o legislador achou por bem elaborar um conjunto de normas que ditassem regras práticas de mercado.

Porém como diz Filomeno (2008, p.03):

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, contudo, o Código de Defesa do Consumidor não é paternalista, na medida em que a chamada Política Nacional de Relações de Consumo, estabelecida em seu artigo 4º ‘tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida’, mas também ‘a transparência e harmonia das relações de consumo’

Ou seja, o legislador partiu sim da premissa de vulnerabilidade do consumidor, mas nem por isso a legislação foi feita visando somente o consumidor, pois, a finalidade primordial é a ordem econômica, finalidade esta que pela Constituição Federal será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art170 cf) (BRASIL, 1988).

1.1.1 A lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 – CDC

Como já vimos, os principais fatores responsáveis pela elaboração de um código de leis, foi o aumento das relações de consumo e a falta de equilíbrio entre as partes da relação jurídica.

Como bem nos ensina Khouri (2005, p.41):

O objetivo do CDC, ao proteger o consumidor, não é a simples proteção pela proteção em si, mas a busca permanente do equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços [...]. O CDC nada mais é do que uma tentativa de reequilibrar essa relação, tendo em vista a posição econômica favorável ao fornecedor, impondo-se a necessidade de um equilíbrio mínimo em todas as relações contratuais do consumo.

Havia uma discussão se o CDC seria um código ou uma lei. Segundo Nunes (2005, p .85) :

Os autores do anteprojeto que originou o CDC comentam que a Lei 8.078 teve que ser aprovada com trâmite de lei ordinária para evitar delongas, uma vez que *lobbies* empresariais queriam adiar sua aprovação, sob alegação de que a Constituição Federal fala em Código e o processo legislativo vinha sendo o de lei ordinária. Acabou então sendo aprovada pelo processo de lei ordinária.

O CDC entrou foi publicado em 11 de setembro de 1990 e teve uma *vacatio legis* de 180 dias e se tornou um marco, pois ele se impõe sobre as demais normas já existentes por ser ele de ordem pública e interesse social (GAMA, 2006, p.33)

1.2 Conceito de consumidor

Na interessante lição de Filomeno (2008, p. 24) existem várias acepções para consumidor, cada uma delas partindo de um ponto de vista. Se partimos do ponto de vista econômico consumidor é “todo indivíduo que se faz destinatário dos bens”, independente se foi ele quem adquiriu ou se ele também é produtor de outro bem. Ele é apenas “[...] participe de uma dada relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política ou social, ou mesmo filosófico-ideológica.”

Já na acepção psicológica Filomeno (2008, p. 25) diz que é consumidor o “sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Tendo mais relevância esse ponto de vista para os produtores de publicidade e marketing.”

Quanto a definição sociológica Filomeno (2008, p. 25) considera consumidor “qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de determinados bens e serviços, mas enquanto pertencente a uma categoria ou classe social.” Entram aqui os entendimentos que quanto maior o poder aquisitivo de uma determinada classe social maior será o seu consumo e além disso consumirão bens e serviços de melhor qualidade.

Para Filomeno (2008, p. 25) há ainda o ponto de vista de ordem literária filosófica onde o “homem consumidor torna-se protótipo do indivíduo autômato condenado a viver numa sociedade opressora”, ou seja, uma sociedade de consumo desenfreado sem necessidade.

Na concepção de Filomeno (2008, p. 25) existiria ainda um consumidor numa acepção “econômico jurídico” que seria qualquer indivíduo que adquire um bem ou contrata um serviço, sem nenhuma formalidade a menos que a lei exija.

Em que pese todas as definições serem válidas, cada uma sendo mais relevante para uma determinada parte da ciência, o legislador achou por bem trazer no próprio CDC as definições tanto de consumidor como também de fornecedor, produto e serviço.

1.2.1 Consumidor em *Stricto Sensu*

É em seu artigo 2º que o CDC (BRASIL, 1990) nos dá a definição de consumidor em *stricto sensu* ou como diria Rosa (2011, p.06) “consumidor *standard*”, quando diz que

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Como podemos observar o CDC inclui tanto a pessoa física, ou seja, qualquer pessoa natural, quanto a jurídica, qual seja, aquela constituída por uma ou mais pessoas físicas para um fim determinado pelos seus atos constitutivos, desde que utilizem ou adquiram os produtos ou serviços como destinatário final.

Daí surge o conceito subjetivo ou finalista a qual entende que o requisito indispensável para se enquadrar como consumidor é ser o destinatário final sem fins lucrativos e por isso ao enquadrar as pessoas jurídicas como consumidoras devemos ter ressalvas, pois se a destinação dos produtos for para revenda ou como diz Khouri (2005, p.43), embasando-se no direito Português, para o “uso profissional”, esta não será destinatária final e conseqüentemente não se enquadrará em consumidora.

Isto porque a destinação final pressupõe não só a destinação fática, que é a simples retirada do bem ou serviço do mercado, mas também a destinação econômica, que se revela no consumo sem a intenção de lucro (KHOURI, 2005, p. 43).

Porém, de outra banda, há uma corrente mais atual que adota um conceito mais objetivo, onde o que vale é o ato do consumo com a destinação fática do produto ou serviço, sem se importar se a destinação econômica pessoal ou profissional.

Fátima Nancy Andrighi, ministra do STJ, cita em seu artigo sobre a perspectiva do CDC, recente julgado em que o STJ vem mitigando a teoria finalista, dando uma aplicação mais extensiva do CDC por estar presente a vulnerabilidade ainda que a parte utilize o produto com destinação profissional. Vejamos:

[...] A ampliação do conceito de consumidor ocorreu para beneficiar uma costureira em Goiás, que ajuizou ação judicial pedindo a nulidade de cláusulas de contrato de compra e venda firmado com uma fábrica de máquinas de costura. O tribunal de Justiça de do Estado de Goiás (TJGO) aceitou a revisão do contrato da compradora, de acordo com a aplicabilidade do CDC. A empresa, inconformada, sustentou em seu recurso especial que a costureira não era destinatária final da máquina adquirida, pois a utilizava no exercício de sua profissão.

Ao proferir meu voto, considereirei que no processo em exame, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de *softwares*, suprimetos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada sua vulnerabilidade econômica.” (ANDRIGHI, 2011, p. 78)

Dúvidas surgem quanto a possibilidade ou não da aplicabilidade do CDC a pessoa jurídica de direito público, já que esta vem respaldada no direito administrativo, onde nas licitações quem dita as regras é a administração.

Porém como bem pondera Szklarowsky (199, p. 377-380) apud Filomeno (2008, p.27), que foi Subprocurador- Geral da Fazenda Nacional:

A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhes negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.

1.2.2 Consumidor por equiparação

O código nos traz ainda conceitos de consumidor por equiparação em seus artigos 2º p.u., 17 e 20. Vejamos as definições apresentadas.

No art. 2º parágrafo único o CDC diz: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (BRASIL, 1990)

Este artigo teve relevância principalmente nos abusos cometidos nos contratos de adesão, onde uma “massa” de consumidores assina um mesmo tipo de contrato, já previamente definido, sem a participação de ambas as partes contratantes, ou seja, o contrato já está elaborado, cabendo ao consumidor aceitá-lo e firmá-lo ou não realizar o negócio.

Além do mais como nos ensina Khouri (2005, p.49): “Se o consumidor não fosse equiparado à coletividade de pessoas, como o Ministério Público ou os outros legitimados do art. 82 poderiam ingressar em Juízo defendendo essa coletividade, senão nominado um a um ou os consumidores?”

Ou seja, o legislador visou proteger ainda mais o consumidor equiparando este a qualquer coletividade de pessoas mesmo que indeterminadas.

Já o artigo 17 o Código de Defesa do Consumidor amplia a responsabilidade objetiva da lei equiparando consumidor a todas as vítimas de evento.

O interessante aqui é percebermos que o código trouxe para relação de consumo uma pessoa que estava de fora, ou seja, alguém que não participou efetivamente da relação, mas foi por ela atingida. O exemplo clássico para ilustrar esta situação é a pessoa que comprou um produto em um supermercado mas não o consumiu, porém seu filho ao consumir passou mal.

Mesmo este filho não tendo participado da relação de consumo, ele foi afetado por ela e pode portanto entrar com ação contra o fabricante com base na responsabilidade objetiva do CDC

Caso não houvesse este artigo, a única alternativa seria uma indenização na esfera cível, porém teria que ser comprovada a culpa, para configurar responsabilidade subjetiva.

Por fim, o artigo 29 do CDC conceitua: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” (BRASIL, 1990)

O capítulo a que se refere o art. 29 é o das práticas comerciais, ou seja, a fase pré-contratual, onde o consumidor ainda está pensando em celebrar o contrato. É nesta fase que tem grande importância a publicidade, pois é ela que vai levar o consumidor a realizar ou não o consumo.

E foi justamente visando a prática de publicidade enganosa e abusiva que o legislador criou este artigo, pois antigamente os fornecedores passavam informações irreais sobre a qualidade de seus produtos somente para fazer o consumidor celebrar o contrato, mas nos contratos propriamente ditos não constavam tais informações e o consumidor na ânsia de estar fazendo um ótimo negócio assinava, sem prestar atenção no que estava assinando e quando percebiam que tinham sido enganados nada podiam fazer pois o que valia era o *pacta sunt servanda*, ou seja o que estava no contrato e não o que foi prometido. (KHOURI, 2005, p.53)

Diante de tal situação o código resolveu proteger também o consumidor em potencial, responsabilizando as empresas pela veiculação de qualquer informação falsa, ou errada dos produtos postos em circulação.

1.3 Conceito de Fornecedor

Diz o CDC em seu artigo 3º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

Percebemos pela leitura do artigo que fornecedor atinge a uma porção extensa de pessoas, pois, abrange tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Mas se em um primeiro momento parece fácil identificar o fornecedor, algumas observações devem ser feitas, afinal o fornecedor é parte essencial para configurar a relação de consumo e invocar as regras do CDC, pois se ao lado do consumidor não tiver um fornecedor tão somente um vendedor qualquer, o negócio jurídico será regido pelas normas do Código Civil e não do Código do Consumidor.

A primeira coisa a ser observada é o significado da palavra atividade, pois esta traz consigo alguns requisitos como a não eventualidade ou habitualidade e a profissionalidade. Começemos pela habitualidade analisando o que diz Nunes (2003, p.101):

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto terá de existir no outro polo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC. Por exemplo, se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um “destinatário final”, não se tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora.

Percebemos então que, a habitualidade é essencial, pois a simples venda ou prestação de serviços eventual não configura a parte como fornecedora, mesmo sendo ela um comerciante.

Passemos a analisar então o segundo requisito, qual seja a profissionalidade. Khouri (2005, p.55-56) nos ensina que:

O desenvolvimento de uma atividade econômica no mercado por um profissional pressupõe o intuito de lucro. Veja o caso do médico que todo o fim de semana, com habitualidade, realiza consultas gratuitamente para a população carente, movido pelo sentimento filantrópico. Ele não será considerado fornecedor exatamente por faltar-lhe o intuito lucro.

Daí podemos dizer que o lucro é essencial para configurar a relação de consumo, porém, é preciso ter atenção pois quando há um interesse de lucro mesmo que indireto, a relação de consumo está sim configurada. É o caso dos shoppings e supermercados que

oferecem estacionamentos gratuitos com o intuito de que as pessoas se sintam mais confortáveis e com isso atraia mais consumidores.

No exemplo acima citado é evidente que há uma remuneração indireta da empresa e portanto está configurada a relação de consumo e a empresa é sim considerada fornecedora inclusive se responsabilizando por eventuais acidentes ocorridos dentro do estacionamento. Para isso temos a súmula 130 do STJ (BRASILIA, 1995): “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

A segunda observação sobre o artigo 3º do CDC é a respeito da possibilidade do Estado poder ser considerado fornecedor ou não, pois a doutrina é divergente no tocante a considerar sempre o Estado como fornecedor.

João Batista de Almeida (2000, p.99-100) apud Khouri (2005, p. 57) explica a divergência doutrinária:

A doutrina vem se posicionando de duas maneiras. Há autores, como Denari e Marins, que não fazem qualquer referência a serviços públicos excluídos da tutela, com isto admitindo a incidência da tutela sobre todos eles. E há autor, como Pasqualotto, sustentando que não estão tutelados pelo CDC os serviços públicos próprios – aqueles prestados diretamente pelo Estado, como a defesa nacional e a segurança pública, mantido com o produto da arrecadação dos tributos em geral – por faltar-lhes o requisito essencial da remuneração específica, limitando-se a tutela do CDC apenas aos serviços públicos impróprios- prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou autorização – na medida em que são custeados por meio de pagamento de taxa ou tarifas, como, por exemplo, os serviços de água, energia elétrica e telefonia.

Como o CDC nada disse a respeito de serviços públicos próprios e impróprios deixou a discussão para doutrina.

É claro que quando o Estado é considerado fornecedor, não há necessidade do requisito da profissionalidade, ou seja, ele não auferir lucros uma vez que seus serviços são essenciais e bancados pela arrecadação de tributos e por isso há quem diga que o legislador tratou o Estado como uma espécie de fornecedor equiparado, quando pois mesmo sem necessitar obter lucro ou realizar contrato o Estado é obrigado a prestar serviços a todos os cidadãos indistintamente e da melhor forma possível. (Khouri, 2005, p.59)

Por último cabe analisar se a agência de publicidade e do veículo de comunicação são considerados fornecedores.

Jacobina (1996, p.61) afirma que:

A agência e o meio de comunicação não são fornecedores com relação ao anunciante, porque este não é destinatário final do serviço por eles prestado – esse serviço é apenas um dos insumos que compõe o produto ou serviço final, do anunciante – este sim, destinado ao consumidor. No entanto, e para os fins da tutela do consumidor, por força do art. 29, a agência e o veículo são fornecedores – de fato, se são os consumidores as pessoas expostas às práticas ali previstas, os responsáveis por esta prática ocupam o outro lado da relação – e, portanto, são fornecedores!

A citação acima confirma o que já foi explanado no início, ou seja, em relação ao anunciante a agência não pode ser fornecedora por não existir do outro lado a parte consumidora, já em relação aos consumidores finais é indiscutível a classificação de fornecedora inclusive, arcando com as responsabilidades.

1.4. Produto e serviços

Ainda no artigo 3º o CDC em seus §§ 1º e 2º nos traz o conceito de produtos e serviços. Vejamos: § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (BRASIL, 1990).

Mais uma vez o código traz um conceito bem amplo para nos mostrar que a finalidade é realmente proteger o máximo que ele puder os consumidores.

É uma definição que não requer muitas explicações, pois, nos dá entender que qualquer coisa que seja suscetível de valor econômico é produto. (GAMA, 2006, p. 39) Importante aqui, ressaltar que aqueles bens que nos são dados gratuitamente, as famosas “amostras grátis”, são considerados sim produtos e estão sujeitos as regras do CDC, inclusive no tocante a qualidade, proteção contra vícios etc.

§ 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. (BRASIL, 1990)

O legislador tratou de expressar bem todas as formas de serviços citando inclusive os serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários para que ninguém possa achar lacunas na lei para se esquivar da proteção do CDC aos consumidores.

O importante é que a atividade seja prestada e que seja remunerada para isso. O mesmo que foi comentado sobre produto entregue gratuito deve ser visto a respeito dos serviços, ressaltando suas diferenças.

O código nos traz que os serviços devem ser remunerados, o que nos leva de primeiro plano a concluir que os serviços prestados gratuitamente como, por exemplo, o cafezinho no restaurante ou estacionamento grátis no shopping não se enquadram em tal definição. Porém não é bem por aí. Quando o código fala sobre remuneração ele não está falando somente do preço cobrado e sim de qualquer forma de restituição que o fornecedor possa ter direta ou indiretamente.

Como já explicamos no tópico sobre 1.3 quando dissertamos sobre fornecedor, quando o shopping fornece o estacionamento gratuitamente, com certeza nos produtos vendido no seu interior já está embutido o preço que deixou de cobrar. Pode até ser que um consumidor vá ao shopping, pare no estacionamento e não compre nada, mas mesmo assim, o próximo consumidor que comprar pagará pelo preço, tendo assim o fornecedor restituído seu valor de qualquer modo. (NUNES, 2005, p.112)

Uma ultima observação sobre serviços é o fato de as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhistas estarem excluídas, por estar consolidado o entendimento de que uma relação trabalhista não pode ser considerada relação de consumo por ter características próprias e ser tratada de maneira singular.

Segundo Filomeno (2008, p. 36) as atividades trabalhistas estão excluídas das relações de consumo exceto no caso de locação de serviço ou as empreitadas de mão de obra pois “ [...]enquanto no contrato de trabalho típico existe subordinação entre patrões e empregados, nos contratos de locação e de serviços ou de empreitada não há esse traço de subordinação.” Assim, por não existir a subordinação, elemento essencial para configurar relação de trabalho, os contratos de locação de serviços e empreitadas de mão de obras não são consideradas atividades de caráter trabalhistas e estão sim incluídas nas relações de consumo.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 O que são princípios

Princípios são os pilares que regulam o ordenamento jurídico. Segundo Nunes (2003, p.172):

[...] percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras”

Daí, percebemos a importância dos princípios e diante disto trataremos dos principais princípios aplicáveis ao Direito do Consumidor.

Para isto dividiremos o estudo em três partes sendo que na primeira veremos os princípios constitucionais, na segunda os princípios basilares do Código de Defesa Do Consumidor e na terceira os princípios aplicados a publicidade.

2.2 Princípios constitucionais do código de defesa do consumidor

A Constituição prevê uma série de princípios, que se aplicam a toda a legislação, porém veremos neste tópico apenas os mais relevantes para o estudo do direito do consumidor.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio vem estabelecido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, quando esta diz:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifo nosso)” (BRASIL, 1988)

Pois bem, mas o que seria dignidade? Segundo o dicionário BUENO (1998 p.213) dignidade significa “respeitabilidade, autoridade moral”, ou seja, toda pessoa deve ser respeitada, tratada de forma digna e que tenha direito a uma vida digna.

Porém o conceito de vida digna varia de acordo como entendimento de cada um, mas é preciso que haja um mínimo sem o qual não é possível falar em dignidade.

Nunes (2005, p.23) ao concordar com o entendimento do Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo diz que é necessário um “mínimo vital” e esse mínimo seria o assegurado nos artigos 6º e 25 da Constituição Federal quais sejam:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Como vimos a Constituição assegura direitos às pessoas e, uma vez violados esses direitos está consequentemente violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.2 Princípio da liberdade

A liberdade está elencada em vários artigos da Constituição Federal como, por exemplo, no artigo 1º inciso IV, já transcrito acima, artigo 3º, inciso I, art. 5º, incisos IV, VI e IX. Vejamos o que dizem estes artigos:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

“Art. 5º 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:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[..]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]”(BRASIL, 1988)

O que mais nos importa neste momento é analisar a liberdade em relação ao consumidor de escolher o que quer comprar e de o fornecedor de abrir seu negócio e oferecer seus produtos.

O consumidor somente é livre quando possuir duas virtudes: querer + poder. Somente querer não significa liberdade, uma vez que, é necessário que ele possa adquirir o produto também. E é neste momento que entra o papel do Estado, para garantir estas duas virtudes para prezar pela liberdade do consumidor. (NUNES, 2005, p.24)

Como o Estado pode garanti-las? A resposta é simples, cabe ao estado, distribuir aos necessitados os produtos de necessidade básica que eles não possam adquirir fiscalizar e regular os preços para que não haja um ganho excessivo dos fornecedores em cima dos produtos, ter a disposição dos necessitados hospitais, creches, etc.

A liberdade de escolha do consumidor é limitada uma vez que este só pode escolher dentre aquilo lhe é ofertado, não podendo escolher, por exemplo, no modo de fabricação dos produtos.

Já a liberdade para o fornecedor está baseada na livre iniciativa, ou seja, qualquer um é livre para desenvolver qualquer atividade desde que lícita, porém o risco da atividade cabe a quem se propôs a fazê-la, não podendo, portanto, a responsabilidade cair sobre terceiros, como, por exemplo, sobre o consumidor.

Assim sendo, o fornecedor fica também responsável pelos possíveis danos que os produtos possam causar aos consumidores, sendo proibida qualquer possibilidade de o fabricante, fornecedor ou prestador de serviços se esquivar dessa responsabilidade.

2.2.3 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia vem estipulado no art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º 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.” (BRASIL, 1988)

O vocábulo isonomia vem com o sentido de igualdade, onde todos os cidadãos devem ser tratados de forma igual. Porém para garantir a igualdade, às vezes é necessário

desigualar, pois, os indivíduos não se encontram todos em um mesmo patamar, sendo que às vezes para que se possa tratar de forma igual indivíduos diferentes é necessário que restrinja direitos a uns ou amplie direitos de outros.

É como diz a máxima de Aristóteles: isonomia é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Este princípio é muito atuante no CDC uma vez que ao identificar o consumidor como hipossuficiente na relação de consumo, o CDC dá tratamento desigual a fim de conseguir assegurar a igualdade entre as partes. Nunes traz um exemplo bem elucidativo da isonomia no Código de Defesa do Consumidor, diz ele:

[...] o sucesso do filme “Titanic”, ganhador de vários Oscars, levou, durante semanas, milhares de pessoas (consumidores do serviço de diversão) às salas de cinema. A procura era tamanha que o público tinha que chegar mais de três horas antes do início de cada sessão (sendo que o próprio filme tem mais de três horas de exibição). Era um enorme esforço. Mas, ao que tudo indica os consumidores não se importavam. Acontece que exibidores firmaram um contrato com os administradores do cartão de crédito Diners Club que permitia que seus usuários pudessem adquirir os ingressos para assistir ao filme sem pegar fila. Foi um verdadeiro “fura-fila”. Esses consumidores privilegiados passaram a gozar de um direito não oferecido aos demais. Isso porque somente podiam comprar pelo telefone os portadores do indigitado cartão de crédito. Bem ao estilo George Orwell, esses usuários do cartão não eram “mais iguais que os outros iguais”. Não resta dúvida de que aquela prática era ilegal, na medida em que feria o princípio da isonomia previsto na Carta Magna. (NUNES, 2005, p.32)

Pelo exemplo acima citado fica claro que intenção da Constituição ao instituir o princípio da isonomia é nivelar os direitos dos cidadãos, para que todos possam ser tratados iguais, independente da classe social ou padrão de vida.

2.2.4 Princípio da informação

O direito a informação previsto na Constituição pode ser dividido em: direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. (NUNES, 2005, p.51)

Começamos pelo direito de informar, este vem disciplinado artigo 220 da Constituição Federal:

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.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística [...](BRASIL, 1988)

A Carta Magna veda qualquer forma de censura à informação, porém a própria Constituição restringe o alcance dessa livre manifestação quando diz no 1º do art. 220 que observar-se-á os dispostos no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

Esses incisos dizem respeito a:

- a) vedação do anonimato na livre manifestação do pensamento, ou seja apesar de sermos livres para expressarmos nossas opiniões, é preciso que nos identifiquemos, sendo proibida o anonimato(inciso IV);
- b) quando uma informação vinculada causar dano material, moral ou a imagem de alguém é assegurado o direito de resposta no mesmo molde em que foi vinculado a informação inicial além do cabimento da indenização (art. V);
- c) apesar de se prezar pelo direito a informação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem são invioláveis e atinge até mesmo as pessoas públicas, famosos etc, sendo assegurado o direito a indenização (art. X);
- d) as pessoas são livres para o exercício de qualquer trabalho desde que estas contenham as qualificações necessárias que a lei estabelecer, ou seja, é preciso atender aos requisitos exigidos como por exemplo para ser advogado é necessário que se tenha concluído a faculdade de direito e aprovado no exame de ordem, além e outros requisitos estabelecidos na lei (art. XII);
- e) Todos devem ter acesso a informação, porém quando necessário ao exercício profissional é possível que seja resguardado o sigilo da fonte.(XVI) (BRASIL, 1988)

A partir deste inciso XVI explicado acima podemos falar da segunda forma de direito que é a de se informar, ou seja, o direito que todo indivíduo tem de ter acesso as informações, desde que, claro, estas não sejam por motivo justo sigilosas, como, por exemplo, quando se trata de sigilo profissional.

É possível até um remédio processual específico qual seja o habeas datas quando se trata de informações relativas à própria pessoa.

No tocante ao sigilo profissional das informações, é preciso tomar cuidado no fato de que esta não pode estar acobertando outras garantias constitucionais como, por exemplo, o direito a vida. Vejamos, um padre deve guardar sigilo sobre o que lhe é falado no confessional, porém se certa pessoa ao se confessar diz que no dia seguinte irá entrar na escola x e matar todos os alunos do 5º ano, não pode o padre ficar inerte e alegar que guardou a informação por sigilo profissional.

Por fim, cabe dissertar sobre o direito de ser informado cujo qual esta mais presente no Código de Defesa do Consumidor.

A constituição trata especificamente do direito de ser informado pelos órgãos públicos, ou seja, o Estado deve informar seus atos e decisões a todos os cidadãos, além de atuar de forma transparente respeitando o princípio da publicidade de seus atos. Tal entendimento se extrai da compreensão dos artigos 5º XXIII, e 37 da Constituição.

Já, o Código de Defesa do Consumidor, trata do direito de informação prestado pelos fornecedores aos consumidores, porém sobre este assunto trataremos mais a frente.

2.2.5 Princípios gerais da ordem econômica

Estes princípios estão dispostos nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal, são eles:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Trataremos especificamente neste tópico os incisos IV e V que tratam da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Ao disciplinar a livre concorrência o legislador estabeleceu liberdade aos cidadãos para produzirem e oferecerem seus produtos ou bens no mercado. Ocorre que, esta liberdade não é ampla e irrestrita, ou seja, não pode simplesmente qualquer pessoa ir dispondo de seus

bens, ou oferecendo seus produtos de qualquer forma sem se preocupar com os outros integrantes da relação de consumo.

O Estado estabelece que, no mínimo, deve se respeitar os direitos do consumidor de ter a sua disposição variedades de mercadorias com qualidade, ou seja, que não haja um monopólio. Tem o fornecedor, aqui, que se preocupar e se responsabilizar pela qualidade do produto posto em circulação, e com preços acessíveis.

Diz Nunes (2005, p.62)

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regradados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido de livre concorrência.

Toda essa preocupação do legislador em preservar o direito do consumidor vai ao encontro do discorrido no primeiro capítulo, ou seja, a vulnerabilidade e hipossuficiência técnica do consumidor perante o mercado consumerista.

Com estes dois princípios que acabamos de explicar, encerramos a análise dos princípios ligados ao Código de Defesa do consumidor constantes na Constituição Federal e passamos no próximo tópico a análise dos princípios presentes no próprio Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Princípios basilares do código de defesa do consumidor

Passaremos a tratar agora dos princípios específicos do Código de Defesa do Consumidor. Claro que estes estarão sempre de acordo com outros já abordados acima, uma vez que a Constituição fica no topo da pirâmide das leis.

Os princípios consumeristas estão, basicamente, presentes no art. 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor.

2.3.1 Princípio da vulnerabilidade

Tal princípio vem estipulado no art 4º, inciso I do CDC, que diz:

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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1990)

Como já estudado no princípio da liberdade, o consumidor é parte fraca na relação de consumo, pois sua liberdade é restrita, uma vez que não participa de todo o processo produção, ficando restrito a escolher dentre as opções e informações que lhe são oferecidas pelo fornecedor.

Portanto a vulnerabilidade é inerente a pessoa do consumidor, bastando ser consumidor, para ser vulnerável e assim possuir a proteção da lei.

2.3.2 Princípio da hipossuficiência

Este é o princípio que justifica a inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, inciso VII do CDC:

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; (grifo nosso) (BRASIL, 1990)

Como vimos, a vulnerabilidade é intrínseca ao consumidor, devido a sua fragilidade perante o fornecedor, já hipossuficiência deve ser demonstrada para que inverta-se o ônus da prova no processo.

Em regra, o consumidor também será hipossuficiente, pois, a hipossuficiência significa como bem diz Nunes (2005, pg.133) “[...] desconhecimento técnico informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano [...]”

Não se pode confundir aqui a hipossuficiência com a condição econômica do consumidor, pois não é neste sentido de hipossuficiência que a lei fala e sim no sentido de desconhecimento técnico sobre o produto.

2.3.3 Princípio da Boa-fé

A boa-fé vem estampada no inciso III do artigo 4º do CDC, vejamos:

[...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] (BRASIL, 1990)

O princípio da boa-fé caracteriza-se como forma de recomendação para o desenvolvimento do mercado consumidor. (ROSA, 1995, p.45)

O princípio da boa-fé possui duas faces: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva é a ignorância em relação a um fato, a pessoa acredita em algo diferente do que realmente é como, por exemplo, no casamento putativo do Código Civil, artigo 1561, onde os cônjuges acreditavam que podia contrair matrimônio, ou seja casaram acreditando que não havia nenhum impedimento, porém na verdade existe uma causa impeditiva a aquele casamento.

Para Khouri (2005, p.67) “[...] Por boa-fé subjetiva entende-se aquele estado de ânimo dos contratantes no momento da formação dos contratos”. Neste entendimento sobre boa-fé subjetiva diz Reale (2003, p.1) “[...] corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. [...]”.

Porém, o que importa para o CDC é a boa-fé objetiva.

Já a boa-fé objetiva, que é a que esta presente no CDC, pode ser definida, *grosso modo*, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não será para o outro. (NUNES, 2005, p.118)

Percebemos que o intuito do princípio da boa-fé objetiva é fazer com que ambas as partes da relação de consumo ajam com respeito umas as outras, sem abuso, sem obter vantagem em cima do prejuízo alheio.

2.3.4 Princípio da transparência

Este princípio guarda relações com o princípio da informação e da boa-fé já explicado acima e vem disciplinado no artigo 4º “caput” do CDC:

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: [...] (grifo nosso) (BRASIL, 1990).

Para que haja a lealdade e honestidade na relação de consumo, como pretende o princípio da boa-fé é necessário que o fornecedor informe, com clareza e sinceridade os dados referentes aos seus produtos para que o consumidor possa usar da sua liberdade de escolha e não seja enganado por falsas informações.

A não aplicação do princípio da transparência além de ferir outros princípios, como o da boa-fé e do direito de ser informado, pode configurar publicidade enganosa, que, como veremos mais a frente, é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3.5 Princípio da equidade

O princípio da equidade preza pelo equilíbrio, para que a lei não seja interpretada de forma a causar prejuízo a alguém. Mais uma vez vem assegurado no art. 4º, inciso III do CDC:

[...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] (BRASIL, 1990)

Está presente também no inciso II, do art.6º do mesmo Codex quando ele diz que são direitos do consumidor: [...]II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; [...] (BRASIL, 1990)

É com base neste princípio que o CDC vai vedar a prática de publicidade abusiva em seu artigo 37, e também dar uma “superproteção” ao consumidor em seu artigo 47 (BRASIL,

1990) ao dizer que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

2.4 Princípios norteadores da publicidade

Depois de estudar os princípios existente na constituição federal e os princípios do Código de Defesa do Consumidor que discorrem especificamente sobre as relações de consumo, veremos agora os princípios que se referem à matéria da publicidade. Esses princípios estão também estipulados no CDC e guardam relação com os outros já estudados.

2.4.1. Princípio da veracidade

Com fundamento nos artigos 31, e 37, §§ 1º e 3º do CDC, esse princípio tem a finalidade de proteger o consumidor contra publicidades enganosas.

Vejamos o que dizem os artigos:

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. (BRASIL, 1990)

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. (BRASIL, 1990)

O código diz que as informações sobre as características dos produtos apresentados na publicidade devem ser verdadeiras, claras e precisas não podendo a publicidade passar informações enganosas, sobre os produtos ou serviços, que levem o consumidor a erro na hora da compra.

Importante lembrar aqui que, como veremos no próximo capítulo, o CDC considera publicidade enganosa quando são transmitidas informações erradas ao consumidor, mas também, quando informações essenciais são suprimidas. Este segundo caso tipifica a publicidade enganosa por omissão que falaremos mais a frente.

Portanto toda e qualquer mensagem publicitária tem o dever de passar as informações essenciais sobre o produto e não pode levar o consumidor a erro com informações distorcidas ou falsas.

2.4.2 Princípio da clareza ou da identificação da publicidade

Esse princípio vem positivado no artigo 36 “caput” do CDC (BRASIL, 1990) que diz: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

A preocupação aqui, é que o consumidor consiga identificar que é um anúncio publicitário e desta forma não seja influenciado por um anúncio que ele não observou. Como, por exemplo, em filmes ou novelas que aparecem determinadas marcas ou produtos cujo ator principal sempre utiliza, esta é uma forma de publicidade que pode influenciar principalmente os consumidores menos esclarecidos que acabam achando que se tal personagem famoso usa é porque o produto é bom, etc.

Essas publicidades que são passadas e não podem ser identificadas se dividem em duas espécies que são as publicidades clandestinas e as publicidades subliminares.

Embora pareçam sinônimas, elas possuem diferenças em suas características. As publicidades clandestinas são aquelas mensagens publicitárias que de imediato o consumidor não identifica, mas que se prestar um pouco mais de atenção, ele perceberá o anúncio publicitário. É o exemplo do merchandising, que como já mostramos no exemplo acima, se dá quando um importante personagem de filme ou novela pega sempre determinado refrigerante de determinada marca e mostra para a câmera a fim de influenciar o consumidor.

Ressaltamos aqui que a discussão sobre a clandestinidade ou não do merchandising é vasta, sendo que alguns doutrinadores dizem que essa técnica não se reveste de clandestinidade. Entretanto, o importante para nosso estudo é saber que se o anúncio não puder ser identificado pelo consumidor e levá-lo a erro, ele terá ferido o princípio da clareza ou princípio da identificação da publicidade.

Já a publicidade subliminar é aquela que é passada de forma rápida, porém, com técnicas que fazem com que ela fique no subconsciente da pessoa e que influenciam no seu comportamento.

Segundo Chaise (2006, p.15) apud Rezende e Souza (2008, p.1) “é aquela que pretende atingir o subconsciente, sendo a mensagem projetada a uma velocidade tão rápida

que não chega a ser perceptível conscientemente. No momento da compra, o produto aflora no nível da consciência, como se fosse uma escolha espontânea.”

Essas publicidades ferem o princípio da clareza e podem ser punidas como publicidade enganosa ou até mesmo abusiva.

2.4.3 Princípio da transparência da fundamentação

Tal princípio vem estipulado no artigo 36 parágrafo único do CDC (BRASIL, 1990) quando diz que “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”.

Segundo este princípio as informações transmitidas devem ser embasadas em dados que provem o alegado. E mais, tais provas devem ser arquivadas para eventuais checagens e averiguações.

O CDC criou até um tipo penal para quem deixar de cumprir as orientações do parágrafo único do artigo 36. Tal delito e sua respectiva punição vem descrito no artigo 69 do CDC. (BRASIL, 1990): Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Como se vê, não basta que a publicidade fale a verdade é preciso que o ofertante tenha provas de que está passando informações corretas. Assim, se um anúncio diz que segundo pesquisas o iogurte X é o mais vendido da região sul, é preciso que o anunciante tenha em mão essa pesquisa realizada para provar o que anunciou.

Este princípio se junta aos outros já comentados como forma de proibir que o consumidor seja enganado, mas também de certa forma protege o fornecedor que sendo obrigado a arquivar os dados que o levaram a realizar tal anúncio, sempre terá em mãos uma prova de que não praticou publicidade enganosa ou abusiva, não podendo, portanto, ser responsabilizado por possíveis alegações.

2.4.4 Princípio da não abusividade ou da correção

O princípio da não abusividade, também chamado de princípio da correção vem estipulado com base no artigo 37 “caput” e parágrafo segundo do CDC:

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

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990)

Para este princípio não basta que as mensagens publicitárias sejam claras e corretas, elas devem também ser compatíveis com os valores sociais, ou seja, não podem ser mensagens discriminatórias ou que incitem a violência.

O intuito principal aqui é proibir a prática de publicidades abusivas, que explorem o medo, a superstição, ou a inocência de uma criança.

2.4.5 Princípio da vinculação contratual da publicidade ou da obrigatoriedade de cumprimento

O princípio da vinculação contratual da publicidade é muito importante para o consumidor, pois, em primeiro lugar, faz com que o ofertante fique vinculado a oferta que promoveu e depois, porque dá ao consumidor o direito de escolher o que será mais vantajoso para ele caso o fornecedor se recusar a cumprir a oferta. Este princípio encontra-se respaldado nos artigos 30 e 35 do CDC. Vejamos:

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. (BRASIL, 1990)

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. (BRASIL, 1990)

Como se vê, não basta simplesmente criar anúncios para atrair o público, se não puder cumprir o prometido, pois uma vez posto em circulação esse anúncio o ofertante fica a ele vinculado e terá que cumpri-lo, caso contrário, caberá ao consumidor exigir o cumprimento forçado, ou querer outro produto ou serviço equivalente ou ainda rescindir o contrato com a devolução do dinheiro já pago. Porém para haver essa vinculação do

fornecedor a oferta anunciada é preciso que esta seja no mínimo precisa, ou seja, que não deixe dúvidas.

Um exemplo dessa responsabilidade que se atribui ao ofertante é quando uma empresa X anuncia na TV que o preço do notebook baixou de R\$ 2.000,00 dois mil reais para R\$ 1.000,00 e quando o consumidor chega na loja o preço continua R\$ 2.000,00 pois a oferta era somente para os 4 primeiros compradores. O consumidor que se sentir lesado pode exigir o cumprimento forçado nos termos do anúncio. Isso não significa que a empresa não podia ter dado o desconto apenas para os 4 primeiros compradores. Ela podia sim, desde que tivesse anunciado que seria somente para os 4 primeiros, mas a partir do momento que colocou um anúncio em circulação dizendo que o preço baixou para R\$ 1.000,00 e não fez ressalva alguma, ela ficará obrigada a cumprir com o anunciado.

Importante frisar o final do artigo que diz à sua livre escolha, ou seja, uma vez que o ofertante forneceu uma informação, ou fez um anúncio, este fica vinculado a cumpri-lo e caso não cumpra cabe ao consumidor, pois foi ele quem foi lesado, escolher o que lhe é mais favorável dentre as opções previstas na lei.

Sobre as opções do consumidor não sobram muitas dúvidas uma vez que a lei é expressa em dizer que ele pode exigir o cumprimento forçado, nos termos do anúncio, ou seja fazer a empresa cumprir com o que anunciou; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, este caso se dá quando o produto comprado não possui as características ou vantagens do produto oferecido; ou ainda rescindir o contrato recebendo de volta o que já foi pago com correção monetária além do pagamento dos possíveis danos morais causados.

CAPÍTULO 3 – PUBLICIDADE – CONCEITOS E IDENTIFICAÇÃO

3.1 Conceitos e Finalidades da Publicidade

A publicidade pode ser conceituada sob duas óticas. A primeira do ponto de vista Mercadológico e a segunda do ponto de vista jurídico. (PASQUALOTTO, 1997, p. 19-23)

O conceito mercadológico é dado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu artigo 8º que diz:

“O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.” (CONAR, 1980, p.01)

Já o conceito jurídico é dado pelos doutrinadores uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não trouxe um conceito específico para este tipo de atividade.

Pasqualotto nos traz um definição bem elucidativa de publicidade ao dizer que é:

[...] toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa (PASQUALOTTO, 1997, p. 25).

Para formar tal conceito ele se utiliza dos próprios conceitos trazidos no CDC em seus artigos 30, 36, 3º e seus §§ 1º e 2º, além de se pautar em dois elementos básicos que são: a finalidade de influenciar o público e o favorecimento direto ou indireto de produtos e serviços. Isto porque estes dois elementos são os pilares, a razão de ser, da publicidade.

A publicidade se destina, basicamente a influenciar o público, formando seus conceitos ou revendo-os a favor da empresa anunciante. A publicidade pode até não ter fins diretamente lucrativos, mas de alguma forma ela visa algum benefício à empresa dona do serviço ou produto anunciado.

Percebemos então que a publicidade tem uma função persuasiva, mas não foi sempre assim.

A origem da publicidade surge com a origem do comércio, já explanada no capítulo 1. Com a prática de “trocas”, ou seja, escambo, cada grupo viu necessidade de fazer “propaganda” dos produtos que plantavam para que eles se tornassem desejados pelos outros

grupos e assim pudessem ser trocados. E mais, para que eles fossem valorizados em relação aos outros produtos produzidos por outros grupos. (SÁFADY, 1973. p. 1-3).

Antigamente, a função da publicidade era, de certa forma mais explicativa, pois se destinava a apresentar o produto ao consumidor.

Porém as mudanças no mercado após a Segunda Guerra Mundial, com surgimento de monopólios e oligopólios, além das práticas capitalistas transformaram a publicidade. Agora ela atinge um patamar muito mais importante, sendo usada pelas empresas na disputa de mercado consumidor, e assim deixou de ser simplesmente explicativa para tornar-se persuasiva, onde o que importa não é mais apresentar o produto e sim estimular o consumidor a comprá-lo, despertar no consumidor uma satisfação em ter determinado produto.

É por ter essa importância que a publicidade teve que ser regulamentada, para evitar que o consumidor seja iludido e levado a erro.

3.2 Código Brasileiro de autorregulamentação publicitária

O Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitário disciplina as normas éticas a serem obedecidas pelos Anunciantes e Agências de Publicidade na elaboração de seus anúncios e foi editado em 5 de maio de 1980. É regulado pelo CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Vejamos o que o site oficial do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, diz sobre sua história e surgimento:

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo “De Acordo” ou algo parecido. A criação do departamento para controle da publicidade exigiria a contratação de algumas centenas de funcionários. As implicações burocráticas seriam inimagináveis ainda assim desprezíveis diante do retrocesso que tal controle representaria para um país que reconquistava a duras penas seu direito à liberdade de expressão. Diante dessa ameaça, uma resposta inspirada: autorregulamentação, sintetizada num Código, que teria a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor. A ideia brotou naturalmente a partir do modelo inglês e ganhou força pelas mãos de alguns dos maiores nomes da publicidade brasileira. Como o próprio nome já diz ele é o responsável por regulamentar toda a publicidade. [...]

[...] Logo em seguida, era fundado o Conar, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, uma ONG encarregada de fazer valer o

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Desde então e até esta data, o Conar já instaurou mais de 7 mil processos éticos e promoveu um sem-número de conciliações entre associados em conflito. Nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso. (CONAR, 1980, p.01)

O artigo 16 do Código de Autorregulamentação Publicitária explica que:

Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio (CONAR, 1980, p.01).

Como se vê o código atua como um auxílio à legislação e é por ser fonte subsidiária da legislação, que algumas vezes iremos recorrer a ele para explicar melhor os termos do CDC.

3.3 Distinção entre publicidade e propaganda

A princípio as duas palavras parecem sinônimas, porém existem diferenças entre elas como veremos a seguir.

Propaganda vem do verbo propagar, ou seja, divulgar, que tem mais a ver com a propagação de princípios, ideias, teorias. Já a publicidade traz a ideia do que é público ou feito em público. (NUNES, 2005, p.396)

Sobre este assunto o autor Martins (2011, p.09) comenta:

Tecnicamente para finalidade acadêmica, propaganda é o ato de divulgar ideias, conceitos e valores sem finalidade comercial. Publicidade é definida como a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o a ação.

Ainda para Pasqualotto (1997, p.30) publicidade é a “divulgação comercial de mercadorias e serviços, enquanto que propaganda é a manifestação pública de ideias políticas”.

Na prática usa-se o termo propaganda quando não se tem fins lucrativos e sim informativos, como, por exemplo, campanha de vacinação, combate a dengue, ou até assuntos religiosos. Já o termo publicidade está ligado a ideia de lucro, ou incentivo a compras, etc.

Embora exista a diferença acima explicada, para o direito, esta distinção pouco importa, pois as duas foram tratadas como se fossem sinônimas, sendo que algumas vezes a legislação usa o termo publicidade e outras, usa propaganda, não fazendo distinção entre elas.

3.4 A publicidade enganosa

A publicidade enganosa vem descrita no art. 37 “caput” e §1º do CDC:

Artigo 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. (BRASIL, 1990)

Percebemos que o legislador quis proteger a boa-fé do consumidor ao elencar como enganosa qualquer modalidade de informação, ou seja, não interessa se foi por TV, rádio, panfleto, desde que seja enganosa, mesmo que parcialmente, ou por omissão, e que induza em erro o consumidor sobre qualquer característica do produto ou serviço.

Vivemos em sociedade, cercada de publicidade por todos os lados, nos outdoors, banners, panfletos, televisão rádio e principalmente internet. Diante disto, existem diferentes formas de enganar o consumidor através de publicidades cada vez mais criativas.

Os ofertantes abusam das metáforas, dos impactos visuais, das informações distorcidas para atrair maior público. Uma tática muito usada é como conceitua NUNES (2005, p.37), o “chamariz” e a “informação distorcida”.

No primeiro, o anúncio diz algo, que desperta o desejo das pessoas irem até a loja, por exemplo, por causa de uma mega liquidação, mas quando chegam lá são apenas alguns produtos que realmente estão na liquidação e normalmente são produtos que não são os mesmos que os consumidores vieram buscar. O importante aqui é atrair o público com uma falsa ou incompleta informação, para que, o consumidor atraído por este anuncio, vá até a loja ou estabelecimento e, uma vez lá estando, acabe pelo menos olhando os produtos.

O segundo caso é quando o anúncio passa uma informação distorcida, ou seja, não mostra o produto ou serviço como realmente é. Muito usado quando produtos são apresentados na televisão com se fossem super úteis, mas, depois de adquirido, percebe-se que ele não realiza todas aquelas funções que havia sido anunciada, ou então não dura todo o tempo anunciado.

Importante notar que a simples possibilidade de levar a erro o consumidor já configura a publicidade enganosa, não sendo necessário para tanto que haja um consumidor real, mas sim, a mera possibilidade de enganar um futuro consumidor. Isso significa dizer que, um anúncio pode ser enganoso mesmo sem atingir um consumidor concreto, bastando que ele seja vinculado.

São inúmeros os exemplos de publicidade enganosa que encontramos como, por exemplo, remédios que emagrecem 10 quilos em uma semana, shampoo que acaba com a calvície em uma semana e muitos outros.

Pasqualotto (1997, p.127) diz que: “Um bom jeito de avaliar a seriedade da publicidade é verificar se a venda que ela pode proporcionar compensa o seu custo.” O autor quer dizer que se o possível consumo que se conseguirá com o anúncio não pagar ao menos o custo da publicidade, provavelmente esta é enganosa e está tentando agir como um *chamariz* para atrair consumidores induzidos em erro.

Para que se configure publicidade enganosa, não se leva em consideração a culpa ou dolo do anunciante, pois a responsabilidade dele, da agência e do veículo é uma responsabilidade objetiva.

3.4.1 Elementos característicos da publicidade enganosa

Apesar de já comentado acima, neste tópico analisaremos os elementos da publicidade enganosa um por um, conforme prevê o código. Para isso vejamos o artigo 37 §1º minuciosamente analisando suas expressões:

A) **Qualquer modalidade:** o CDC começa dizendo que “é proibida qualquer modalidade de informação ou comunicação.” O que o legislador quis aqui, foi abrir um leque infinito de possibilidades, pois, hoje em dia, há muitas formas de publicidade tanto oral, como escrita, visual ou até mesmo mista. Exemplos disso são os outdoors, publicações em revistas e jornais, anúncios na televisão, rádio, internet, e até mesmo carros de som, etc.

B) **Informação ou comunicação:** Qualquer informação ou comunicação que seja passada ao consumidor, de forma não verdadeira, a fim de levar o consumidor a comprar determinado produto

Diz Ceneviva (1991, p.117-11) a respeito das informações enganosas:

No artigo 37 §1º, o predicado *informar* corresponde em seu significado básico, a ação do fornecedor pela qual, dirigindo-se ao mercado de consumo,

transmite dados ou instruções a respeito do produto ou de seu uso. Diz-se enganosa se tais elementos são transmitidos, de modo não neutro, mas destinados a convencer o destinatário final e a vender, apresentando os defeitos relacionados pelo artigo comentado. A enganosidade está no ato de fazer publicidade, sob escusa de informar.

Já a comunicação segundo Ceneviva (1991, p.118) é a “ação do fornecedor que transmite notícia, relativa ou não a produtos determinados, mas com finalidade publicitária.”,

Conclui-se, então que, tanto a informação, quanto a comunicação desde que tenham caráter publicitário, podem ser consideradas enganosas e abusivas e por consequência são proibidas. Visa salientar que, aqui estamos falando de publicidade que pode ser identificada de plano, pois se ela não puder ser identificada desde logo estará ferindo a regra do artigo 36 do CDC, o qual diz que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” Porém não cabe neste momento aprofundarmos neste artigo.

C) **Qualquer outro modo, mesmo que por omissão:** a expressão qualquer outro modo refere-se a qualquer meio de levar o consumidor a erro, ou seja, qualquer forma de tentar ludibriar.

No tocante a omissão, deixaremos para falar mais a frente em um tópico reservado para o assunto.

D) **Capaz:** este termo refere-se aos elementos da publicidade que levarão o consumidor a erro. Este termo torna-se importante para diferenciar um caso onde a publicidade foi realmente enganosa de outro em que uma pessoa isolada interpretou erroneamente o que lhe foi dito. A publicidade enganosa deve ser **capaz** de levar o consumidor a erro.

E) **Induzir em erro:** a publicidade enganosa induz o consumidor em erro toda vez que ela desperta nele a vontade de consumir, acreditando ser o produto ou serviço da forma como anunciado.

Esse induzimento em erro terá que ser analisado de acordo com as características da sociedade em que a publicidade foi vinculada. Isto porque quanto maior o grau intelectual de uma sociedade mais difícil será de induzi-la a erro, porém o contrário também é verdadeiro.

F) **Consumidor:** como já vimos no capítulo 1, o CDC amplia bastante o conceito de consumidor em seu artigo 2º dizendo que independente de ser pessoa física ou jurídica desde que adquira ou utilize o produto ou serviço como destinatário final. E continua ainda,

no parágrafo único equiparando consumidor a qualquer coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenha intervindo na relação de consumo.

Porém é no capítulo V do CDC, que se encontram as formas de publicidade proibidas e neste capítulo, o código prevê uma ampliação ainda maior do conceito de consumidor, em seu artigo 29 que diz: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”, ou seja, neste momento o legislador ampliou para consumidor, e assim sendo para sujeitos passivos da prática de publicidades enganosas e abusivas, todas as pessoas que forem expostas a essas práticas, ainda que não desenvolvam propriamente uma relação de consumo.

G) A respeito da natureza: faz relação com qualquer elemento integrante do produto ou serviço que leve o consumidor a erro.

H) Características: são as propriedades que individualizam um produto ou serviço.

I) Qualidades: são um conjunto de características detalhadas.

J) Origem: este termo não se refere somente a fase inicial do produto ou serviço, mas também as etapas a que se submeteu. Desta forma o produto pode ser nacional ou estrangeiro, industrial ou artesanal e muitas outras. (CENEVIVA, 1991, P.126)

K) Preço e quantidade: são elementos específicos dos produtos e serviços. O preço normalmente é medido em valor econômico, custo financeiro. Já a quantidade diz respeito unidade de medidas, que também visam pormenorizar o produto.

L) Quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços: busca o legislador aqui, mostrar que não deixou taxativamente descrito sobre o que versará a publicidade enganosa e sim abre um leque para futuras possibilidades

3.4.2 Da enganabilidade por omissão

Já detalhamos acima o que seria publicidade enganosa diante do artigo 37§1º, porém, o código traz ainda, mais uma forma de publicidade enganosa no §3º do comentado artigo 37 (BRASIL, 1990): “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

A legislação nos traz agora uma forma omissiva de publicidade enganosa, ou seja, também será responsabilizado, quem ao invés de passar informações que não colidem com a realidade, não informar dado essencial ao produto ou serviço.

Na 21ª Vara cível do Rio de Janeiro julgou-se ação movida por consumidor que teve recusada a venda de um sofá, pelo preço anunciado, sob a alegação que todas as unidades da promoção haviam sido vendidas. A aquisição só poderia ser feita por preço mais caro. O consumidor fora à loja na terça feira, atraído por anúncio publicado no domingo. O anúncio, porém era omissivo quanto ao número de peças em oferta ou seu prazo. A ação foi julgada procedente, condenando-se o fornecedor a entregar o sofá pelo preço promocional. (PASQUALOTO, 1997, p.127)

Este exemplo deixa bem claro que dado essencial é tudo aquilo que está vinculado com a publicidade e relativo ao produto, pois mesmo que o anúncio fosse totalmente correto sobre as qualidades como cor, tamanho e preço do sofá, ele foi julgado como enganoso, pois despertou no consumidor a vontade de comprá-lo, mas este não poderia fazê-lo porque o anúncio deixou de avisar que eram apenas peças limitadas. Aqui além da publicidade enganosa houve o descumprimento da oferta e, portanto, o ofertante foi obrigado a vender o sofá pelo preço anunciado.

Diz Nunes (2005, p.449) em um ponto de vista um pouco mais liberal.

Assim, há que se definir “essencial” como todo dado que é “simultaneamente” inerente ao produto ou serviço e desconhecido ao consumidor. Se o consumidor conhece o componente essencial do produto ou serviço, o fornecedor não precisa necessariamente informá-lo ao mercado.

No entendimento de Nunes existem certos dados que são inerentes ao produto e, portanto, conclui-se que obviamente o consumidor esteja ciente, como por exemplo, que o pneu de um carro é feito de borracha, que um secador precisa de tomada para ligar e etc.

Podemos dizer que existem três modalidades de publicidade enganosa por omissão: quando há omissão de dado obrigatório por lei; as reticências e as alegações implícitas. (JACOBINA, 1996, p.94).

A primeira é quando há uma omissão em alguma informação que a lei expressamente determina que seja dita, como por exemplo, que tal produto é inflamável.

As reticências se configuram quando o anúncio é incompleto, por exemplo, o anúncio da TV da marca “X” que possui imagem em 3D, mas que deixa de explicar que para conseguir tal efeito é necessário que se adquira um outro cabo ou outra peça.

Já as alegações implícitas segundo Jacobina (1996, p.94) “são aquelas afirmações que embora não constem expressamente do texto publicitário, dele se podem deduzir, pelo contexto ou por indução.” Um exemplo seria um anúncio que diz “nada como os benefícios

de um verdadeiro suco 100% natural. Beba suco W!”. O consumidor deduz, pelo anúncio, que o suco é natural, mas quando compra, percebe que não é totalmente natural. Esse foi um anúncio enganoso por omissão com o uso de alegações implícitas.

3.5 Publicidade abusiva

Assim como a publicidade enganosa, a publicidade abusiva também vem descrita no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37, parágrafo segundo:

§ 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 (BRASIL, 1990).

Diferente da publicidade enganosa, que leva o consumidor a erro, pelo fato de passar informações erradas, ou deixar de mencionar algo importante, a abusiva ela pode até ser verdadeira, porém, ela se utiliza do “ponto fraco” dos consumidores, como por exemplo, da inocência de uma criança, ou a falta de informação sobre determinados assuntos.

Outra diferença entre as duas formas de publicidade apontada por Ceneviva (1991, p.116) é que na primeira o objeto protegido é “a boa-fé do consumidor”, enquanto que na segunda “é o interesse social em impedir a incitação a exploração, o aproveitamento e o desrespeito”

Não há necessidade de ocorrência de um dano, ou ofensa concreta ao consumidor para que se configure a publicidade abusiva, pois, assim como na publicidade enganosa, que a simples possibilidade de levar o consumidor a erro já a configura, aqui também, a mera possibilidade de dano ou ofensa já caracteriza esse tipo de publicidade.

3.5.1 Elementos característicos da publicidade abusiva

Assim como fizemos no tópico da publicidade enganosa, detalharemos aqui todas as características que a legislação nos traz sobre a publicidade abusiva a fim de melhor entendê-la.

A) *É abusiva dentre outras*: pelo “dentre outras” percebemos que o rol descrito pelo legislador é meramente exemplificativo, e não taxativo, podendo haver novas formas de publicidade abusiva. A intenção do legislador de não restringir as possibilidades de formas de publicidade abusiva pode ter sido boa, porém a doutrina critica dizendo que dificulta uma interpretação correta da lei o que pode gerar abusos;

B) *A publicidade discriminatória de qualquer natureza*: a discriminação consiste em estimular ou dar tratamento desigual a pessoas iguais. Importante lembrar que qualquer forma de discriminação é vedada seja ela racial, social, política, religiosa, etc. Porém para verificar se houve discriminação é preciso analisar cada caso, por exemplo, um anúncio que mostra mulheres apenas dentro de casa realizando serviços domésticos pode ser considerado discriminatório em vista dos direitos de igualdade das mulheres, pois pode estar querendo dizer que mulher não pode trabalhar fora e apenas ficar dentro de casa, mas ao mesmo tempo pode ser um anúncio de produtos destinados a mulheres donas de casa ou empregadas domésticas e por este motivo mostra apenas mulheres em serviços domésticos;

C) *Que incite a violência*: incitar vem no sentido de estimular, instigar a violência, seja ela de qualquer espécie, claro que tudo deve ser analisado com bom senso levando em consideração todos os parâmetros de uma sociedade, ou seja, tem que ser algo que realmente faça brotar uma vontade, um estímulo à violência;

D) *Explore o medo, ou a superstição*: explorar o medo ou a superstição vem no sentido de conseguir eficiência na publicidade mexendo com o psicológico do consumidor, pois tanto o medo quanto a superstição partem do psicológico do consumidor.

E) *Se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*: aqui precisamos ter cuidado, pois é preciso lembrar que a criança é um ser ingênuo, que acredita em tudo que lhe é passado sem maiores indagações. O ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, considera criança, pessoa até 12 anos de idade incompletos (artigo 2º Lei8069/90);

F) *Desrespeita valores ambientais*: são proibidos anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem a poluição do ar, das águas, a depredação da fauna, a poluição sonora, o desperdício de recursos naturais, etc.(NUNES, 2005, p.458);

G) *Seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*: se referem a publicidades que realmente possuam força de fazer com que o consumidor aja de forma que cause mal a si próprio ou a sua saúde, um exemplo clássico eram as propagandas de cigarros, que foram proibidas, onde sempre apareciam pessoas muito bonitas e saudáveis, em lugares lindos, se divertindo e fumando,

dando a entender que o cigarro proporcionava só coisas boas, quando na verdade o cigarro faz muito mal a saúde.

3.6 Como identificar a publicidade enganosa e abusiva

Já falamos que a enganosidade e abusividade podem se dar de várias formas e sobre os vários elementos do anúncio. Mas então, como devemos analisar a publicidade para auferir se ela realmente possui potencial enganoso ou abusivo?

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária diz em seu artigo 17:

Ao aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. A partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação (CONAR, 1980, p.01).

Este posicionamento é o mais aceito, mesmo porque, para o CDC pouco importa se a enganosidade ou abusividade vem do anúncio como um todo ou tão somente em parte dele, ou ainda se está no conteúdo visual, verbal ou escrito. O que realmente interessa é resultado do impacto sobre o consumidor, que como já dissemos nem precisa chegar a ser real, podendo ser um resultado potencial.

3.7 Práticas permitidas na publicidade

Até agora comentamos sobre práticas vedadas a publicidade, porém, não podemos nos esquecer de que a principal função dela é a de atrair o consumidor e para seu objetivo ser atingido jamais poderá focar nos defeitos dos produtos ou serviços, e nem é isso que o Código do Consumidor espera.

Por isso é que se permite a prática de puffing, ou seja, exageros, desde que sejam inofensivos, sem que estes sejam considerados enganosos.

O puffing é permitido quando por seu caráter de exagero ou brincadeira, ele consegue ser identificado, não levando o consumidor a erro. Exemplos são os anúncios que dizem ser tal comida “a mais gostosa”, determinado lugar “o mais confortável”, certo filme o “melhor filme do ano”.

Porém é preciso tomar cuidado para não ferir o princípio da transparência da fundamentação, ou seja, os “exageros” são permitidos desde que identificados como tal, porém se uma empresa, por exemplo, anuncia que seu produto é o preferido por 70% dos brasileiros, é preciso que tenha em mãos a pesquisa que revelou essa porcentagem, caso contrário pode-se entender que tal anúncio foi enganoso, pois transmitiu informações erradas.

Outro ponto a ser considerado é que a publicidade é apresentada numa ficção, ou seja, sempre mostra pessoas felizes, bonitas, saudáveis e isto na verdade faz parte da publicidade, pois é o seu intuito chamar atenção. O que queremos dizer, é que o CDC não quis tirar essa criatividade dos anúncios, mas sim, limitá-los para que apesar da ficção, quando as informações forem sobre o produto que está se apresentando, estas sejam reais e não fictícias.

A publicidade comparativa também é permitida desde que o anunciante respeite os limites de abusividade e enganabilidade previstos pelo CDC e também as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Isto porque uma vez desrespeitadas as regras autorregulamentadoras poderá levar o consumidor a erro e, portanto desrespeitará também o CDC.

As regras a serem seguidas estão dispostas no artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas às normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a.** Seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b.** Tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c.** A comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d.** Em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e.** Não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f.** Não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g.** Não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h.** Quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio. (CONAR, 1980, p.01)

Importante ressaltar aqui, que, as normas autorregulamentadoras atuam em caráter suplementar ao CDC e a CF, sendo óbvio que havendo conflitos entre eles primeiro vale o disposto na Constituição Federal, depois o Código de Defesa de Consumidor e só depois o Código de Auto Regulamentação dada à hierarquia das leis.

CAPÍTULO 4 – DAS SANÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

4.1 Espécies de sanções previstas pelo código de defesa do consumidor para publicidade enganosa e abusiva

Depois de já ter comentado um pouco sobre o Código de Defesa do consumidor e sobre a Publicidade Enganosa e Abusiva, cabe agora, vermos como este tipo de publicidade é punida pelo referido Código, observando quais os tipos de sanções cabíveis e quem será responsável por tais práticas.

Para isso dividiremos as sanções em três âmbitos: o administrativo, o civil e o penal.

4.1.1 Sanções no âmbito administrativo

As sanções administrativas vêm previstas no Capítulo VII do Código de defesa do consumidor.

4.1.1.1 Da competência para aplicar as sanções administrativas

No artigo 55 deste capítulo VII o código traz os entes competentes para aplicar as sanções administrativas:

“A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.” (BRASIL, 1990)

Como se vê, o caput do artigo 55 estabelece competência concorrente para fixação de normas administrativas. Porém não podemos nos esquecer, como bem lembra Nunes (2005, p.606-607):

Nos moldes do estabelecido no artigo 24 da Constituição Federal, é de se notar que, estabelecida a competência concorrente entre tais pessoas jurídicas de direito público, a competência da União limitar-se-á ao estabelecimento de normas gerais (cf. §1º do artigo 24 da CF), sendo que essa competência não exclui aquela suplementar dos Estados-membros (cf. §2º do mesmo artigo). Da mesma regra se extrai que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados-membros poderão exercer a competência

legislativa plena (cf. §3º do art. 24 da CF). Lembre-se por fim, que se editada norma plena pelo Estado-membro, advier lei federal dispondo sobre normas gerais, suspende-se a eficácia da lei estadual, no que for com ela incompatível (cf. §4º do mesmo artigo 24).

O que o nobre doutrinador quis nos lembrar é que os preceitos da Carta Magna devem sempre prevalecer.

Apesar de nada dizer o “caput” do artigo 55 sobre os municípios, no §1º o legislador disse expressamente que cabe também a eles a fiscalização e o controle do mercado de consumo.

Ademais, a Constituição Federal prevê em seu artigo 30 inciso, II (BRASIL, 1988) que “compete aos municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber”

Outro ponto a enfatizar é que para que estes entes apliquem as sanções é necessária a ocorrência de um processo administrativo que deverá obedecer às regras do devido processo legal presente na Constituição Federal, ou seja, deve ser assegurado a ampla defesa e o contraditório. Além disso, especificamente para o processo administrativo do CDC foram elaboradas normas que estão previstas nos artigos 33 e seguintes do Decreto Lei nº 2.181 de 20 de março de 1997.

4.1.1.2 Das sanções administrativas propriamente ditas

As sanções administrativas impostas a quem infringir as normas do CDC vem estipuladas no artigo 56 do CDC e artigo 18 do Decreto Lei 2.181/97 e são elas: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa; imposição de contrapropaganda.

Para o nosso estudo, restringiremos apenas a análise da contrapropaganda por ser esta a sanção aplicada nos casos de publicidades enganosas e abusivas.

Diz o Código sobre a contrapropaganda:

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

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. (BRASIL, 1990)

Observa-se, como já dissemos que a contrapropaganda é a sanção imposta, quando ocorrer a prática de publicidade enganosa ou abusiva e que existe uma certa forma para sua divulgação, a qual é regulada pelo §1º do supra citado artigo. Mas o que seria efetivamente esta contrapropaganda?

Para Ceneviva (1991, p.133):

Defini-se, pois contrapropaganda, na relação de consumo, como punição oponível ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor.

Neste mesmo entender, Filomeno (2008, p.73) diz que: “a contrapropaganda é prevista como resposta punitiva às publicidades abusivas e enganosas”

Para estes legisladores a contrapropaganda seria uma obrigação de fazer positiva, imposta ao fornecedor infrator como medida de punição pela sua infração.

Já para Jacobina a contrapropaganda teria um aspecto mais cautelar e educativo do que simplesmente punitivo como entende os dois doutrinadores supra citados, para ele a contrapropaganda seria:

“[...] a sanção cautelar, imponível administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela vinculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo local, espaço, ou horário anteriormente utilizados, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.” (JACOBINA, 1996, p.101)

Independente da posição mais rígida ou menos rígida dos doutrinadores, o que se tem é que a contrapropaganda deve ser vinculada na mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, isto para que possa realmente reverter os malefícios que a publicidade enganosa ou abusiva possa ter causado. Por exemplo, de nada adianta publicar a contrapropaganda de um anúncio que foi vinculado na seção de esportes no jornal de domingo, na terça-feira e no caderno de economia, pois os leitores, exceto em alguns casos, que leem o caderno de esporte não são os mesmos que leem o de

economia, e então, a publicidade enganosa ou abusiva continuará fazendo efeitos, pois muitas vezes os consumidores nem ficarão sabendo da contrapropaganda publicada.

Além disso, todos os custos da publicação ou do anúncio da contrapropaganda serão custeados por conta do anunciante/ofertante que se utilizou da publicidade ilícita para conseguir vantagens.

A contrapropaganda pode ainda, ser imposta independente de outras sanções penais, civis ou até mesmo administrativas, sendo possível até mesmo a caracterização do crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal), se o infrator se recusar a cumprir a contrapropaganda que lhe foi regularmente imposta, sem que haja um motivo justo para a recusa. (CENEVIVA, 1991, p.133)

Existiam ainda os §§ 2º e 3º no artigo 60 do CDC que diziam:

§2º A contrapropaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes da proteção ao consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa, cabendo recurso para o Ministro de Estado da respectiva área de atuação administrativa, quando a mensagem publicitária for de âmbito nacional.

§3º Enquanto não promover a contrapropaganda, o fornecedor, além de multa diária e outras sanções ficará impedido de efetuar, por qualquer meio, publicidade de seus produtos.

Tais parágrafos foram vetados com os seguintes argumentos

A imposição de contrapropaganda, sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos, que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, do disposto no §3º do artigo 60. Por outro lado, é inadmissível, na ordem federativa atribuir a Ministro de Estado competência para apreciar em grau de recurso a legitimidade de atos de autoridade estadual ou municipal, tal como previsto no §2º do art. 60. (NUNES, 2005, p.617)

Com este veto uma parte da doutrina entendeu que a contrapropaganda apesar de estar prevista como uma sanção administrativa só poderá ser imposta mediante pleito judicial. (FILOMENO, 2008, p.74).

4.1.2 Sanções no âmbito Cível

Diz o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81(BRASIL, 1990):

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

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990)

Desta forma vemos que as ações não precisam ser necessariamente de cada consumidor lesado individualmente, mas sim, ações coletivas, desde que tratem de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneo. Isto porque muitas vezes o sujeito passivo das infrações previstas no CDC é número grande de consumidores que nem sempre podem ser determinados.

4.1.2.1 Da defesa individual

Como já dissemos quando tratamos do princípio da vinculação da publicidade (capítulo 2, item 2.4.5) o artigo 30 do CDC prevê que o fornecedor fica vinculado a toda informação ou publicidade suficiente precisa que seja passada ao consumidor e, além disso, a informação ou publicidade integra o contrato a que vier ser celebrado

Desta forma, qualquer informação ou publicidade vinculada deve ser cumprida e no caso de recusa do fornecedor, este poderá ser compelido a cumprir o que anunciou.

O artigo 35, também abordado anteriormente, diz ainda que, caso o fornecedor se recuse a cumprir com o que prometeu cabe ao consumidor escolher se lhe é mais favorável exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação equivalente ou ainda rescindir o contrato recebendo de volta o que já foi pago monetariamente atualizado além das perdas e danos.

Assim concluímos que, na recusa do fornecedor em cumprir com o que foi anunciado ou informado, pode o consumidor entrar em juízo para obrigar-lhe a cumprir, além de claro pedir indenização por eventuais prejuízos que tenha sofrido.

4.1.2.2 Da defesa coletiva

A defesa coletiva se dá através das ações civis públicas que são regulamentadas pela Lei 7347/85. O artigo 82 do CDC elenca quem são os legitimados para propor a ação civil pública dizendo:

Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

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

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 1990)

Existe uma série de detalhes nas ações civis públicas que não serão objeto de estudo neste trabalho, porém cabe aqui dizermos que as principais sanções buscadas com o ajuizamento das ações civis públicas são a suspensão liminar da publicidade ilícita, a cominação de multa para impedir a vinculação e a condenação genérica nos termos do artigo 95 do CDC que diz “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.” (JACOBINA, 1996, p.98)

4.1.3 Sanções no âmbito penal

Depois de vistas as sanções no âmbito administrativo e civil, analisaremos agora os tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor que dizem respeito a publicidade enganosa e abusiva, antes porém faremos um breve comentário sobre os tipos penais previsto no CDC de uma forma genérica.

4.1.3.1 Breves observações sobre o direito penal do consumo

Como dito acima, antes de discorrermos sobre as sanções penais aplicadas a publicidade enganosa e abusiva, cabe aqui fazermos algumas observações sobre os tipos penais como um todo presentes no CDC.

O direito penal do consumo se inclui na parte do Direito Penal econômico e as condutas dentro dessa área econômica são complexas tanto na autoria, quanto no sujeito passivo, pois normalmente a autoria se dá por pessoas coletivas e o sujeito passivo é a coletividade, porém dentro da comunidade cada indivíduo é atingido por um prejuízo pequeno e somando o prejuízo pequeno de cada um temos um prejuízo grande a coletividade, mas aí é que se encontra o problema, pois muitas vezes as vítimas preferem não denunciar por achar que é uma coisa muito pequena, mas esquecem que essa “coisa pequena” para cada um se torna uma “coisa grande” para todos. (JACOBINA, 1996, p.107).

Importante lembrar que os crimes previstos no CDC são um reforço ao Código Penal e as demais leis que estipulam ilícitos penais. Assim sendo, estas sempre serão utilizados para complementar o CDC quando possíveis, como por exemplo, os crimes dos artigos 63§2º, 66, 67,69 a 74 do CDC, são considerados de menor potencial ofensivo de acordo com o estipulado na Lei 9099/95, e, portanto é cabível a aplicação dos benefícios dessa lei como o da transação penal previsto no artigo 76.

Antes do CDC prever as punições penais para a publicidade enganosa e abusiva, algumas tentativas já haviam sido feitas no passado para tentar estipular tipos penais específicos sobre esse tema, mesmo porque este tipo de publicidade era utilizado como artifício para obtenção de vantagens, nos crimes de estelionato (171 do Código Penal) ou no delito de fraude no comércio (artigo 175 do Código Penal). Uma dessas tentativas foi o artigo 184 do anteprojeto do Código Penal (Portaria nº 790, de 27 de outubro de 1967) que previa a publicidade enganosa como tipo autônomo, mas sobre o entender de fraude no comércio, pois encontrava-se no parágrafo único do artigo que falava sobre a fraude no comércio como seguinte enunciado: “o comerciante, o prestador de serviços ou o publicitário que, mediante fraude, induz ou matem alguém em erro sobre a natureza, a qualidade e a quantidade de bens e serviços.(FILOMENO, 2008, p. 105-106)

4.1.3.2 Das sanções penais para a publicidade enganosa e abusiva no Código de defesa do consumidor

Depois de feitas tais observações passemos a análise dos tipos penais referentes a publicidade enganosa e abusiva presente no Código de Defesa do Consumidor, estando estes presentes nos artigos 63,66,67,68 e 69 do CDC.

Diz o artigo 63 do CDC:

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

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

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

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 1990).

Como se vê trata-se de um delito específico sobre a omissão de nocividade ou periculosidade dos produtos.

O objeto jurídico tutelado é segurança da relação de consumo, sendo desnecessária que essa omissão cause efetivamente um dano a alguém, pois o simples possibilidade de um dano já configura o delito. Trata-se de um delito de perigo abstrato.

O tipo objetivo é a conduta de omitir dizeres ou sinais na apresentação do produto. Alguns doutrinadores como Paulo José Costa Júnior dizem que este é um tipo penal em branco porque precisa de complementação para saber quais produtos devem ser comercializados com essa cautela, outros como Eduardo Gabriel Saad e Paulo Vasconcelos Jacobina, entendem que este tipo não depende de complementação, pois quem tem o dever de saber se o produto é perigoso ou não para ter que conter esses dizeres e sinais é o próprio fornecedor. (JACOBINA, 1996, p.113)

O tipo subjetivo no caso do *caput* do artigo e do §2º é o dolo, direto ou eventual, já no §2º é a culpa. ’

O sujeito ativo é o fornecedor previsto no artigo 3º do CDC, do qual já falamos neste trabalho no capítulo 1 (item 1.3).

Já o sujeito passivo são os consumidores em geral dos quais também já tratamos no capítulo 1 deste trabalho (item 1.2)

A consumação se dá com a colocação do produto no mercado de consumo sem as devidas advertências de periculosidade ou nocividade. Não se admite a tentativa uma vez que a partir do momento que o produto é posto em circulação ou então a publicidade sobre ele é anunciada já está configurado o crime.

A forma culposa é admitida no §2º do referido artigo.

Destaca-se o parágrafo 1º por estipular que nas mesmas penas incorre quem deixar de fazer recomendações por escrito, sobre a periculosidade do produto apresentado. Nos dizeres de Jacobina (1996, p.114)

Outro aspecto que deve ser salientado é o tratamento diferenciado com relação a *produtos e serviços*. Com relação a aqueles, a conduta vedada é a de omitir *sinais* ou *dizeres ostensivos*, inclusive na *publicidade*, sobre sua nocividade ou periculosidade. Com relação aos serviços, no entanto, o tipo penal diz respeito a *recomendações escritas*, não tendo qualquer valor, para afastar a tipicidade, as informações verbais porventura prestadas. Assim, no fornecimento de serviços nocivos ou perigosos, os dizeres ou sinais, devem ser *escritos*, enquanto no caso de *produtos* podem ser transmitidos por outra forma, inclusive *publicidade*.

O que parece ser apenas um detalhe torna-se bastante importante uma vez que as recomendações sobre serviços nocivos ou perigosos que forem feitas verbalmente serão consideradas como se não tivesse existido.

Passemos agora ao artigo 66 do CDC:

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

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

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

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 1990).

O crime deste artigo é parecido com o do artigo 63 e pode gerar dúvidas, pois quando diz omitir informações sobre a segurança do produto, é claro que a nocividade e periculosidade estão aí inclusas.

Porém o conflito entre os dois artigos se resolve pelo princípio da especialidade, pois segundo este princípio a norma especial se sobrepõe sobre a geral. Neste caso, o artigo 63 é especial em relação ao artigo 66, pois diz especificamente da nocividade e periculosidade e, portanto quando a informação omitida se tratar da nocividade e periculosidade do produto aplica-se o artigo 63, quando a omissão se tratar de outros dados importantes aplica-se o 63. (JACOBINA, 1996, p.111)

O objeto jurídico aqui é o mesmo do artigo 63, qual seja a segurança nas relações jurídicas.

O tipo objetivo prevê duas condutas uma comissiva que é fazer afirmação falsa ou enganosa; e outra omissiva qual seja omitir informação relevante.

O tipo subjetivo é novamente o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa ou omitir informação relevante. Cabendo aqui também o dolo eventual, que se configura quando o agente apesar de não querer o resultado assume o risco.

A consumação se dá com a simples conduta de fazer a afirmação falsa ou omitir informação importante, pois trata-se de um crime de mera conduta, e assim sendo não cabe tentativa.

Antes de entrar nos sujeitos ativos e passivos precisamos aqui fazer uma ressalva. O texto legal fala em fazer afirmação falsa, mas onde será feita essa afirmação falsa?

A primeira coisa que pensamos é em um anúncio publicitário, porém é o artigo 67 que trata sobre a publicidade enganosa. Devemos então olhar para o parágrafo 1º do artigo 66, pois ele diz que nas mesmas penas incorrerá quem patrocinar a oferta. Daí, podemos entender que o local onde a afirmação falsa é feita é na oferta. Mas que oferta seria essa que não a publicidade?

Simple, seriam todas as informações passadas ao consumidor através dos atendentes das lojas, dos rótulos dos produtos, nos manuais de instrução, nas prateleiras das lojas, etc.

Segundo Narchi (1992, p.79) apud Nunnes (2005, p.653)

O tipo penal descrito no artigo 66 não tem a ver com a publicidade veiculada pelos meios de comunicação de massa. Terá a ver com o balconista, o vendedor, o lojista, o gerente do estabelecimento, o responsável por um prospecto que acompanhar o produto, um manual de instruções, uma bula, etc.; nunca com a atividade publicitária massiva.

Os sujeitos ativos e passivos neste artigo 66 do CDC são novamente o fornecedor e os consumidores respectivamente.

O parágrafo 1º incrimina também aquele que for patrocinador da oferta, querendo dizer que aquele que der suporte financeiro ao ofertante que fez informações falsas ou omitiu informações relevantes.

No parágrafo segundo o código prevê a modalidade culposa de tal delito com uma pena mais branda.

O artigo 67 do CDC trata especificamente da publicidade abusiva e enganosa:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:
Pena Detenção de três meses a um ano e multa. (BRASIL, 1990)

Quanto ao conceito de publicidade enganosa e abusiva, estes já foram tratados no presente trabalho no capítulo 3. Passemos então a análise do tipo penal.

O tipo objetivo é a conduta de fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva. Como se observa o legislador foi sábio ao descrever tanto a conduta de fazer quanto a de promover, impedindo assim discussões quando o anunciante contrata uma agência publicitária para criar a publicidade. Desta forma, tanto quem fez como quem promoveu poderá ser responsabilizado.

O tipo subjetivo é o dolo em fazer ou promover publicidade que sabe ser enganosa ou abusiva. O dolo eventual também é previsto no tipo quando diz sabe *ou deveria saber* ser enganosa ou abusiva.

O objeto jurídico tutela continua sendo a segurança nas relações jurídicas, ou seja, a confiança que o consumidor tem de que o que lhe esta sendo anunciado é verdadeiro.

O sujeito ativo é o anunciante, mas a agência publicitária e o veículo que vinculou o anúncio podem ser responsabilizados desde que demonstrado o elemento subjetivo de suas condutas. (JACOBINA, 1996, p.116)

O sujeito passivo é a coletividade representada pelos consumidores.

No tocante a consumação alguns doutrinadores como Paulo Vasconcelos Jacobina e Rizzato Nunnes acreditam que ela se da com a efetiva veiculação da publicidade e assim sendo para Jacobina (1996, p.116) não há como se falar em tentativa, pois “antes da veiculação o que se tem são apenas meros atos preparatórios impuníveis”, já para Nunnes (2005,p.666) existiria a tentativa no caso “de um anúncio publicitário ser planejado, elaborado e veiculado, mas antes que algum consumidor adquira o produto ou serviço, ser retirado de circulação.”

Já para outros doutrinadores como José Geraldo Brito Filomeno a consumação se dá com a conduta de fazer ou promover. Assim sendo, cabe a tentativa, uma vez que a peça publicitária esta pronta, prestes a ser veiculada, mas isto não ocorre por circunstancias alheias a sua vontade, como por exemplo, intervenção do CONAR. (FILOMENO, 2008, p.115)

O artigo 68 do CDC, assim como o artigo 67 trata da publicidade abusiva e diz:

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

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa (BRASIL, 1990)

Como já vimos no capítulo 3 (item 3.5) o CDC sem eu artigo 37 §2º diz que é abusiva dentre outras a publicidade que leve o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a saúde. Desta forma, para alguns doutrinadores como Rizzato Nunnes este delito previsto no artigo 68 é o mesmo previsto no artigo 67, qual seja, fazer ou

promover publicidade abusiva e, como ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, apenas um dos dois tipos penais deve prevalecer. Assim sendo, como o a pena do artigo 67 é menor do que a do artigo 68 é ele quem prevalece por ser mais benéfico ao réu. Diante disto o artigo 68 do CDC, para o respeitável doutrinador não é aplicável nunca. (NUNNES, 2005, p. 669)

Porém outros doutrinadores pensam de forma diferente, e dizem que o artigo 68 é especial em relação ao artigo 67, pois enquanto o artigo 67 trata de forma genérica todo tipo de publicidade abusiva o artigo 68 trata especificamente da publicidade abusiva quando levar o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a saúde ou segurança.

Neste entendimento Jacobina (1996, p.117)

Assim, o tipo ora em comento é especial com relação aoutro do artigo 67, pois criminaliza certa espécie de publicidade abusiva- que, pelo seu conteúdo mais pernicioso, foi considerada mais grave pelo legislador.

Jacobina(1996, p.117) ainda diferencia o artigo 63 dos artigos 67 e 68 do CDC dizendo:

Se a publicidade for abusiva por outro motivo que não a ameaça a saúde ou segurança do consumidor, a conduta deve ser tipificada no artigo 67. Se for o produto em si que apresenta esse risco, então tipifica-se no artigo 63.

Segundo os entendimentos do respeitável doutrinador, embora os artigos sejam bem parecidos uns com os outros existem sim diferenças e foi por isso que o legislador optou em separá-lo aplicando inclusive penalidade diferente para cada um deles.

No tocante ao objeto jurídico, tipo subjetivo, sujeitos ativos e passivos e consumação o artigo 68 é igual ao artigo 67 que já explicamos acima.

Quanto ao artigo 69 do CDC, também já comentamos no capítulo 2 (item. 2.4.3) quando falamos do princípio da transparência da fundamentação, faremos, pois, apenas observações para complementar nosso estudo

O artigo 69 do CDC diz:

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:
Pena Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 1990).

Como já vimos, quando são passadas informações sobre os produtos e serviços aos consumidores estas devem ser verdadeiras. Assim, se o anúncio diz que segundo pesquisas o produto X é o segundo mais vendido, esta afirmação deve estar consubstanciada em uma pesquisa verdadeira e séria realizada entre os consumidores e, para atestar a veracidade da informação, o fornecedor deve guardar consigo os dados que embasaram a publicidade.

Assim sendo, o objeto jurídico deste tipo penal é novamente a confiança que o consumidor possui de que os ofertantes estão sendo sinceros.

O tipo subjetivo é o dolo em não organizar os dados fáticos. Não existindo a modalidade culposa, pois se agiu com culpa o fornecedor apenas responderá nas esferas civil ou administrativa. (JACOBINA, 1996, p.118)

A consumação se dá com ação de deixar de organizar os dados que embasaram a publicidade vinculada e por trata-se de delito formal ou de mera conduta inadmissível é a tentativa. (FILOMENO, 2008, p.116-117)

O sujeito ativo é somente o fornecedor, excluída a agência e o veículo, pois a lei exige que aquele que patrocina a publicidade tem o dever organizar e manter os dados que embasaram a publicidade.

O sujeito passivo é o consumidor em geral.

Novamente temos a doutrina dividida quanto a real aplicação deste dispositivo do CDC. Para doutrinadores mais rigorosos, como novamente citaremos Rizzatto Nunes, este artigo não tem aplicação prática, uma porque se a apresentação dos documentos que embasaram a publicidade ensejarem numa ação contra o próprio fornecedor por publicidade enganosa ele não é obrigado a mostrar, isto porque ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, outra porque esse delito não teria bem jurídico a ser tutelado, uma vez que obriga que o fornecedor guarde prova do que não praticou. (NUNNES, 2005, p.672)

Porém, para outros doutrinadores, este artigo decorre da inversão do ônus de prova, principalmente em matéria publicitária, expresso no artigo 38 do CDC, o qual estudaremos ainda nesse capítulo, onde o ônus de provar que a publicidade é verdadeira cabe a quem a patrocina.(FILOMENO,2008, p. 116)

4.2 Da inversão do ônus de prova

O artigo 333 do Código Civil diz que o ônus de prova incube ao autor quando for fato constitutivo de seu direito, porém o artigo 6º, inciso VIII, do CDC inovou facilitando a defesa do consumidor:

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; (BRASIL, 1990)

O legislador estipulou que, desde que o juiz reconheça a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, pode ele, inverter o ônus de prova e desta forma facilitar a defesa do consumidor que muitas vezes não terá como provar de plano o que esta alegando exatamente devido a sua hipossuficiência em relação aos ofertantes.

Destarte aqui, que quando dizemos de hipossuficiência, não estamos nos referido neste momento a capacidade econômica, mas sim a fragilidade técnica e informativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso, pode o juiz reconhecer a hipossuficiência do consumidor, mesmo que este possua um elevado poder aquisitivo.

Porém esta regra que acabamos de descrever se aplica no Código de defesa do Consumidor como um todo, mas quando o assunto publicidade no CDC temos um artigo específico e ainda mais eficaz, que é o artigo 38 do CDC (BRASIL, 1990) que fala: Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Desta forma, quando se tratar de publicidade abusiva ou enganosa, não é nem necessário que seja reconhecida a hipossuficiência ou verossimilhança das alegações, pois o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente que cabe a quem patrocina a publicidade provar que ela é verdadeira.

“Assim sendo, não há o que discutir. Em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganabilidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento” (NUNNES, 2005, p. 468)

É por isso, que é importante que o ofertante guarde consigo os dados técnicos e científicos que embasaram sua publicidade, como bem prevê o artigo 36, parágrafo único, do CDC, do qual já tratamos neste trabalho.

No tocante a quem será responsável por provar a veracidade das alegações o código diz que cabe a quem patrocina a publicidade, porém a agência e o veículo podem sim ser responsabilizados uma vez que são responsáveis solidários ao anunciante. (NUNNES, 2005, p.469).

Até mesmo porque, como já vimos quando falamos sobre a definição de fornecedor, (capítulo 1, item 1.3) a agência e o veículo são considerados fornecedores em relação ao consumidor final.

4.3 Entendimentos Jurisprudenciais quanto ao ressarcimento dos danos causados pela propaganda enganosa e abusiva

Depois de tudo que abordamos sobre a publicidade enganosa e abusiva e seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor, deixamos este último tópico para mostrar jurisprudências atuais sobre o tema a fim de observar como o judiciário vem tratando os casos de publicidade enganosa e abusiva.

As três primeiras jurisprudências tratam da publicidade enganosa e a outras da publicidade abusiva.

Começamos pelo caso de uma conhecida loja de departamentos que anunciou uma promoção onde na compra de um notebook o cliente levava de brinde uma impressora, porém não mencionou expressamente que os brindes seriam dados apenas até quando durassem os estoques e quando a uma consumidora comprou o notebook a empresa alegou que já havia acabado o estoque de impressoras e não quis cumprir com a obrigação da informação que vinculou.

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROMOÇÃO DA LOJA RÉ. ENTREGA DE BRINDE (IMPRESSORA MULTIFUNCIONAL) EM CASO DE COMPRA DE UM NOTEBOOK. PROMESSA DESCUMPRIDA. PUBLICIDADE ENGANOSA.

1. Tendo a ré anunciado uma promoção, pela qual os clientes teriam direito a uma impressora multifuncional caso efetuassem a compra de um notebook, há manifesta publicidade enganosa quando não cumpre o que foi prometido.

2. A leitura da oferta enseja dúvidas quanto à sua interpretação. O encarte publicitário (fl. 07) não explicita com clareza que a impressora somente seria entregue “enquanto durassem os estoques”. Tal informação está grafada em letras minúsculas, ao final do encarte, em clara violação ao disposto no art. 54, § 4º, do CDC.

3. Além disso, como bem ressaltado pelo julgador *a quo*, a interpretação mais lógica é de que a oferta estaria vigente enquanto durassem os estoques de notebooks – que se fariam acompanhar por impressoras em igual número. Entender de forma diversa seria ignorar o disposto no art. 47 do CDC.

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.

Recurso improvido.

(71003216363 RS , Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 27/10/2011, Primeira Turma Recursal Cível, Data de

Publicação: Diário da Justiça do dia 28/10/2011) (RIO GRANDE DO SUL, 2011)

No segundo caso, evidenciamos como uma publicidade pode induzir o consumidor a adquirir determinado produto. No caso apresentado, o consumidor apenas assinou a revista Men's Helth, para ganhar o brinde anunciado, qual seja dois anos de Revista Cláudia e uma camiseta da seleção brasileira personalizada em nome da mãe do autor. A empresa se recusou a cumprir com o que anunciou, mas foi obrigada pela justiça a fornecer a Revista Claudia pelo prazo de dois anos, além da camiseta personalizada como nome da mãe do autor, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de R\$ 100,00 diários. E com o recurso do autor, a empresa ainda foi obrigada a arcar com os danos extrapatrimoniais causados ao autor.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSINATURA DE REVISTA. PROMESSA DE PREMIAÇÃO NÃO CUMPRIDA. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, §1º, DO CDC. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS.

- PUBLICIDADE ENGANOSA – DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

-

No caso, é crível sustentar que o autor somente realizou a assinatura da revista Men's Helth em razão das vantagens (brindes) oferecidos pela demandada. Ou seja, a ré, por meio da oferta dos brindes (assinatura da revista Cláudia pelo período de dois anos e uma camiseta da seleção brasileira personalizada em nome da mãe do autor) persuadiu este a assinar a revista Men's Helth, sem cumprir com a obrigação que lhe competia na avença. A alegada propaganda enganosa está devidamente caracterizada no caso concreto, pois se não fosse a oferta realizada o autor não assinaria a revista. Logo, a conduta da ré tem potencial para gerar os danos extrapatrimoniais reclamados. A estratégia adotada constitui inequívoca prática atentatória aos direitos da personalidade da parte autora, uma vez que esta foi induzida a realizar a assinatura da revista, por força da promessa de que receberia os brindes acima referidos.

Ofensa ao art. 37, §1º, do CDC.

Violação a direito da personalidade que enseja indenização pelos danos extrapatrimoniais infligidos ao consumidor.

- QUANTUM INDENIZATÓRIO -

O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as consequências da ofensa à honra da parte autora, sem significar enriquecimento sem causa, devendo, ainda, ter o efeito de dissuadir o réu da prática de nova conduta.

APELO PROVIDO.

(70045411352 RS , Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 29/02/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/03/2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2012)

No terceiro caso, a justiça condenou a empresa pelos danos morais causados a consumidora, por ter passado informações falsas que levaram ao constrangimento da consumidora.

CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. TELEFONIA MÓVEL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL OCORRENTE.

1. Tendo em vista que a consumidora foi induzida em erro ao ser informada de que poderia comparecer a uma loja da Vivo e lá selecionar o aparelho telefônico que desejasse, quando, em realidade, era necessário ter determinada pontuação junto ao programa de fidelidade da operadora, ficou comprovada a publicidade enganosa.

2. Comprovando, a autora, ter sido submetida a constrangimento, tendo de devolver o aparelho e cancelar o financiamento destinado à sua aquisição, configurado está o dano moral. Outrossim, o dano moral sofrido pela autora decorre também da arbitrariedade da conduta da ré, que forneceu informações equivocadas à autora, em total desrespeito com a consumidora. O *quantum* arbitrado está de acordo com as circunstâncias do caso concreto (R\$ 3.000,00).

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.

Negado seguimento ao recurso.(71003643129 RS , Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 09/07/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/07/2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2012)

O próximo exemplo é o caso de uma propaganda que foi considerada abusiva por incentivar o comportamento sexual de adolescente. A propaganda mostrava uma conversa entre pai e filha, onde o pai permitia que a filha tivesse relações sexuais dentro de casa, só para não ter que emprestar seu carro para ela sair.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE QUANTIA. DANOS MORAIS DIFUSOS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. I - PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. BINÔMIO NECESSIDADE/ADEQUAÇÃO VERIFICADO. PROEMIAL AFASTADA. II - MÉRITO. PUBLICIDADE ABUSIVA. EDIÇÃO COMEMORATIVA DA REVISTA QUATRO RODAS. ANÚNCIO VEICULADO EM EMISSORAS DE RÁDIO. PÚBLICO JOVEM. DIÁLOGO HAVIDO ENTRE PAI E FILHA ADOLESCENTE. INCENTIVO A COMPORTAMENTO SEXUAL PERMISSIVO A BEM DA MANUTENÇÃO DA HIGIEZ DO AUTOMÓVEL DO GENITOR. SUBVERSÃO DE VALORES SOCIAIS. DICÇÃO DO ART. 37, § 2º, DO CDC. III - PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL DIFUSO. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. VEICULAÇÃO DO ANÚNCIO POR POUCOS DIAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

IV - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVIABILIDADE. - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Presente se afigura o interesse processual quando o Ministério Público demonstra a adequação da via processual eleita e a indispensabilidade do provimento judicial, mormente tendo em vista a nacionalidade do dano. II - Nos termos do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, constitui publicidade abusiva aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou que é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Desse modo, é abusiva a campanha publicitária que, em emissoras de rádio cujo público alvo é o jovem, simula diálogo havido entre pai e filha adolescente, por meio do qual aquele permite que esta mantenha relações sexuais no interior da residência familiar, cause distúrbios aos vizinhos, desde que não tenha que lhe emprestar o automóvel de sua propriedade. III - "A coletividade pode ser afetada quanto aos seus valores extrapatrimoniais e devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado através da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha a ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação" (MORATO LEITE, José Rubens, in Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267). - Não obstante o abalizado entendimento, tem-se que, na hipótese vertente, o ato ilícito perpetrado pela ré, embora de péssimo gosto, não foi hábil a vulnerar de forma contundente o patrimônio moral da coletividade, motivo por que, a bem do princípio da proporcionalidade, mostra-se incabível a compensação almejada pelo Ministério Público. IV - 'Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública' (REsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09) (REsp n. 1099573/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 27-4-2010)' (TJSC, Apelação Cível 2008.020379-6, de Modelo. Rel. Des. Subst. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA. j. em 26/10/2010). (Apelação Cível n. 2007.024920-1, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior) (SANTA CATARINA, 2010)

O último exemplo, também versa sobre uma publicidade considerada abusiva pelo fato de haver uma propaganda de cerveja em saquinhos de pipoca, o que instiga as crianças que comem a pipoca a consumir produto alcoólico.

MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. PROCON/PR. COMPETÊNCIA PARA A AUTUAÇÃO. PROPAGANDA DE BEBIDA ALCOÓLICA EM INVÓLUCROS DE PIPOCA. COMERCIALIZAÇÃO DE FORMA INDISTINTA. POSSIBILIDADE DE INDUZIR O CONSUMIDOR INFANTO-JUVENIL A SE COMPORTAR DE MANEIRA PREJUDICIAL À SUA SAÚDE. CLÁUSULA DE ADVERTÊNCIA. NÃO DESCARACTERIZADORA

DA INFRAÇÃO. PROPAGANDA ABUSIVA CARACTERIZADA. 1. O Procon é um órgão público que tem competência para proteção dos consumidores de um modo geral, independentemente da faixa etária em que se encontre. Inteligência do artigo 23 do Decreto Estadual nº 609/91 e artigo 2º da Resolução nº 64/98 da Secretaria da Justiça e Cidadania do Paraná. 2. A propaganda de cerveja realizada nos invólucros de pipoca comercializadas pela apelante, caracterizou a propaganda abusiva, haja vista, que ela deveria ter sido dirigida somente ao público maior de idade, fato que não ocorreu, pois a venda foi realizada de forma indistinta e a qualquer faixa etária. 3. O consumo de pipoca aliada à propaganda de bebida alcoólica (cerveja) é capaz de induzir o público infanto-juvenil a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde. 4. O fato de a propaganda conter a cláusula de advertência "Aprecie com Moderação", não tem o condão de afastar a abusividade da promoção, haja vista, que a comercialização de bebidas alcoólicas é proibida para menores de 18 (dezoito) anos. Apelação desprovida.

Essas jurisprudências acima citadas servem para verificarmos como o tema da publicidade enganosa e abusiva vem sendo tratado nos tribunais do judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, concluímos que o Código de Defesa do Consumidor é uma legislação moderna que veio ao encontro das transformações ocorridas na sociedade com o passar dos tempos, onde as relações de consumo se expandiram e se transformaram totalmente.

O legislador sentiu que havia sempre uma parte mais “fraca” na relação de consumo. Essa parte eram os consumidores que pouca informação tinham sobre o que lhes era ofertado.

Desta forma criou-se uma legislação para tentar igualar as partes da relação de consumo.

Apesar do nome, Código de Defesa do consumidor, a legislação não busca somente proteger o consumidor, mas sim, estipular regras para deixar a relação de consumo justa e desta forma ajudar também os fornecedores que atuam dentro das normas legais, pois estes podem também invocar o CDC para se proteger de eventual acusação de um consumidor de má-fé.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas modalidades de publicidade proibida: a enganosa e a abusiva.

A primeira se dá quando o consumidor é levado a erro por falta de informação na mensagem publicitária ou por informações erradas transmitidas sobre a qualidade, quantidade, preço, ou qualquer outra característica do produto.

Já a segunda pode até transmitir informações verdadeiras, porém a forma como elas são feitas é que são reprovadas. Este tipo de publicidade se utiliza de conceitos e práticas repudiadas pela sociedade, como por exemplo, o preconceito, a violência, etc.

Para esses dois tipos de publicidade o CDC prevê três tipos de sanções: no âmbito administrativo, penal e civil.

Uma coisa que chamou a atenção durante o desenvolvimento do trabalho foi o fato do legislador usar, no CDC, conceitos muito amplos, talvez na tentativa de não restringir a aplicação da lei. Ocorre que, por serem muito amplos os conceitos, eles dão margens a mais variadas concepções doutrinárias, o que acaba, na verdade, dificultando a aplicação prática do CDC.

Das inovações trazidas pelo CDC se destaca a inversão do ônus de prova, principalmente em relação ao tema da publicidade enganosa e abusiva. Isto porque, quando falamos em publicidade enganosa e abusiva não é necessário que fique comprovada a

hipossuficiência e a verossimilhança da alegação para que o magistrado inverta o ônus da prova. Sempre caberá a quem patrocina a publicidade o ônus de provar que ela era lícita.

Essa previsão é muito importante, pois se assim não fosse, seria muito difícil de punir as publicidades enganosas e abusivas, pois raramente o consumidor iria ter em mãos as provas necessárias para comprovar suas alegações.

Por fim, cabe concluir que a publicidade é um instrumento muito importante nos dias atuais e por isso o CDC não tem, de forma alguma, a intenção de suprimi-la, mas sim, de regulá-la, para que o fornecedor atue dentro dos limites legais e possa assim, com sua publicidade, ajudar o consumidor na aquisição de produtos e serviços e não enganá-lo e prejudicá-lo.

REFERÊNCIA

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo, Saraiva, 205p. 1993.

ANDRIGHI ,Fátima Nancy. **O Código de Defesa do Consumidor 20 anos depois- uma perspectiva da Justiça**. Revista do Advogado. Ano XXXI. nº 114. Dezembro 2011

BEREZOWSKI, Maria Leonice S. **A publicidade Abusiva e Enganosa no Código de Defesa do Consumidor e os reflexos na atividade do fornecedor**.tese de mestrado.Marília Unimar. 2010. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 09/05/2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense-Universitária. 157p. 1991.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 577p. 1998.

BRASIL. **Lei nº. 8.069. de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 30/05/2012

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 20 de out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. Saraiva .11ª ed. São Paulo, Saraiva. 2003p. 2011

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 130 do STJ**. Julgado em: 29/03/1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp> Acesso em: 25/05/2012.

CAJUEIRO, Marcelo Viveiros. **Hemenêutica Constitucional e Princípio da Isonomia**. Publicado em: 31/05/2010. Disponível em: http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=25%3Ahermeneutica-constitucional-e-principio-da-isonomia&catid=3&Itemid=14. Acesso em: 02/04/2012.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 184p. 1991.

CONAR, Conselho Nacional de Autor Regulamentação Publicitária. **Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária**. São Paulo. Publicado em: 05 de maio de 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 09/05/2012.

DARIN. Dário. **Curso de direito do consumidor**. In. CURSO MINISTRADO NA UNIVEM. Marília. SP. Palestrada em: 05/11/2011.

FILHO, Gino Giancomini. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo. 1ed. Summus editorial. 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8ª ed. São Paulo, Atlas, 807p. 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 218p. 2008.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 265p. 2006.

GONÇALVES, Luiz. **Propaganda e Publicidade são a mesma coisa?**. Publicado em: 13/07/2005. Disponível em: <http://webinsider.uol.com.br/2005/07/13/propaganda-e-publicidade-sao-a-mesma-coisa/> Acesso em: 03/04/2012.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro. Forense. 126p. 1996.

KOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 251p. 2005.

LEITE, Ida Regina Pereira. **O princípio da vinculação contratual da publicidade**. Publicado em: 23/02/2006. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=780 Acesso em: 01/04/12

MARTINS, Adriano de Oliveira. **Curso de direito do consumidor**. CURSO MINISTRADO NA UNIVEM. Marília. SP. Palestrada em: 17/12/2011

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 30ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 384p. 2006.

MARTINS, Laura Machado Alves. **Publicidade enganosa ante o código de defesa do consumidor**. Juiz de Fora. MG. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior Publicada em: 31 de agosto de 2004.

NORONHA, Camila. **Publicidade Clandestina**. Publicada em: 12/06/2008. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Publicidade_clandestina. Acesso em: 01/04/12

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 375p. 2003.

PARANA. TJPR - Tribunal de Justiça do Paraná. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. PROCON/PR. COMPETÊNCIA PARA A AUTUAÇÃO. PROPAGANDA DE BEBIDA ALCOÓLICA EM INVÓLUCROS DE PIPOCA. **Processo: 323816-2 Acórdão: 15787 Fonte: DJ: 7161** Data Publicação: 14/07/2006 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar> . Acesso em: 01/10/12

PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. vol.10. 1ªed. 1997.

RAUL. **O Cenp e o Conar**. Publicado em: 30/07/2007. Disponível em: <http://www.vitrinepublicitaria.net/colunadasemana.asp?menucodigo=14> Acesso em: 04/05/2012

REALE, Miguel. **A boa fé no código civil**. Publicado em: 16/08/2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 04/04/2012

REZENDE, Ana Verena Leal; SOUZA, Laíse Cerqueira de. **A publicidade subliminar em face do código de defesa do consumidor**. Publicado em: 24/04/2008. Disponível em: <http://novosdireitos.wordpress.com/2008/03/24/a-publicidade-subliminar-em-face-do-codigo-de-defesa-do-consumidor/> Acesso em: 01/04/12

RIO GRANDE DO SUL. TJRS - Tribunal de justiça Rio Grande do Sul. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROMOÇÃO DA LOJA RÊ. ENTREGA DE BRINDE. **Recurso improvido. 71003216363 RS**, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 27/10/2011, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 28/10/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=71003216363&btnG=buscar&tb=jurisnova>. Acesso em: 01/10/12

RIO GRANDE DO SUL. TJRS - Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSINATURA DE REVISTA. PROMESSA DE PREMIAÇÃO NÃO CUMPRIDA. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, §1º, DO CDC. **APELO PROVIDO. 70045411352 Rs** , Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de julgamento: 29/02/2012, Nona Câmara Cível, Data De Publicação: **Diário Da Justiça** Do Dia 02/03/2012. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=+70045411352+RS&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q Acesso em: 01/10/12.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS - Tribunal de justiça Rio Grande do Sul. CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. TELEFONIA MÓVEL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL OCORRENTE. **Negado seguimento ao recurso. 71003643129 RS** , Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 09/07/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 12/07/2012. Disponível em:http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=71003643129&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q Acesso em: 01/10/12

ROSA. André Luis Cateli. **Curso de direito do consumidor**. CURSO MINISTRADO NA UNIVEM. Marília. SP. Palestrada em: 29/10/2011

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores**. São Paulo, Atlas, 139p. 1995.

SAFADY, Naief. **Publicidade e Propaganda**. Fundação Getúlio Vargas. Instituto de Documentação e serviço de publicação. RJ. 1973.

SANTA CATARINA. TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE QUANTIA. DANOS MORAIS DIFUSOS. **(TJSC, Apelação Cível 2008.020379-6**, de Modelo. Rel. Des. Subst. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA. j. em 26/10/2010). (Apelação Cível n. 2007.024920-1, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior. Disponível em: http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora .Acesso em: 01/10/12

ZANOTI. André Luiz Depes. **Curso de direito do consumidor**. CURSO MINISTRADO NA UNIVEM. Marília. SP. Palestrada em: 15/10/2011