

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC
Especialização em Direito das Relações de Consumo

PUBLICIDADE ENGANOSA NO VAREJO

São Paulo
2016

Olavo Fernandes Borges

PUBLICIDADE ENGANOSA NO VAREJO

Trabalho de conclusão do Curso de Especialização na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, sob a orientação da Profª Drª Fabiola Meira de Almeida Santos, como exigência parcial do Curso de Especialização em Direito das Relações de Consumo.

São Paulo

2016

Dedico este trabalho a toda minha família, namorada e amigos, em especial ao meu pai, Fernando, grande incentivador e apoiador de todos os meus projetos pessoais e profissionais, e à minha mãe, Mirtes, “*In Memoriam*”, pela determinação e luta na minha formação, que se faz presente em todos os dias da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me proporcionar todas as conquistas e oportunidades que tenho na vida.

Ao meu pai por estar sempre ao meu lado, me apoiando de todas as formas possíveis, em todos os momentos que precisei.

À minha mãe, Mirtes (“*in memoriam*”), que de onde estiver tenho certeza que está olhando por mim, comemorando nas vitórias.

À minha namorada, Carla, que me incentivou e apoiou durante todo o percurso deste curso.

À professora Fabiola Meira, pelo incentivo, apoio e orientação, essenciais para a concretização desta monografia.

A todos os professores do curso, incluindo a professora Fabiola, por toda experiência e ensinamentos transmitidos, os quais sempre guardarei em minha formação.

Aos colegas de trabalho do Carrefour, que procuraram sempre me auxiliar com ideias, materiais, livros e atos de incentivo.

Aos amigos e a todos aqueles que de algum modo ajudaram durante minha trajetória neste curso.

“Se há algum segredo de sucesso, consiste ele na habilidade de apreender o ponto de vista da outra pessoa e ver as coisas tão bem pelo ângulo dela como pelo seu.”

Henry Ford

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	9
2 PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	21
2.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE ENGANOSA	21
2.2 CONCEITO DE PUBLICIDADE ABUSIVA E A DIFERENÇA PARA A PUBLICIDADE ENGANOSA	30
2.3 ESPÉCIES DE PUBLICIDADE ENGANOSA.....	33
2.4 SANÇÕES CABÍVEIS PARA OS CASOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA	36
3 CONAR - CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	48
3.1. A PUBLICIDADE ENGANOSA SOB A PERSPECTIVA DO CONAR.....	50
4 A PUBLICIDADE NO VAREJO	56
4.1 PUBLICIDADE ENGANOSA NO VAREJO: CONSIDERAÇÕES.....	56
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

RESUMO

A publicidade enganosa é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, que a define como toda modalidade de informação ou publicidade falsa, total ou parcialmente, sem prejuízo de outros meios que possam induzir em erro o consumidor quanto aos elementos do produto ou serviço. Este estudo objetiva analisar a publicidade enganosa no varejo, identificando as suas modalidades segundo o Código de Defesa do Consumidor e o que estabelece o CONAR. O método adotado é o exploratório e a pesquisa se pauta na revisão bibliográfica. A pesquisa se encontra dividida em quatro seções, sendo que a primeira se dedica à compreensão dos fundamentos constitucionais da proteção conferida pelo direito pátrio ao consumidor. Aborda o conceito de publicidade enganosa, os elementos que a distingue da publicidade abusiva, as espécies de publicidade enganosa e as sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. Verifica a importância do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária no enfrentamento da publicidade enganosa. Apresenta a relevância de se evitar a publicidade enganosa e situações práticas em que foi aplicado o Código de Defesa do Consumidor no combate à enganiosidade na publicidade.

Palavras-chave: Publicidade. Publicidade enganosa. Publicidade abusiva. Consumidor. Sanções.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/1990, veda a publicidade enganosa e abusiva, conferindo proteção ao consumidor contra a difusão de informações que podem induzir ao erro.

Não há como negar que a proteção ao consumidor, questão social de relevância inquestionável, interessa a diversos segmentos da sociedade, o que ganha importância nas sociedades de consumo, altamente industrializadas em virtude do desenvolvimento econômico.

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor seja um diploma legal recente, a preocupação com a regulamentação da publicidade vem do final da década de 1970, o que evidencia a importância de se abordar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) no que tange a publicidade enganosa, até mesmo porque até o advento da Lei nº 8.078/1990 não havia outro diploma que disciplinasse a publicidade no Brasil.

Não obstante, foi a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor é que a publicidade recebeu respaldo do direito brasileiro, que passou a proibir a publicidade enganosa sem, contudo, invalidar o controle da publicidade feito pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária, órgão da sociedade civil formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, que tem por objetivo coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade.

Logo, no Brasil, há um sistema misto de controle da publicidade, ou seja, o legal, exercido pelo Código de Defesa do Consumidor, e o controle privado, exercido pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária, duas formas de controle compatíveis entre si.

Em que pese a existência de mecanismos de controle, muitas vezes os anunciantes, agências de publicidade e veículos de informação acabam por ignorar os preceitos legais e regulamentadores, difundindo informações capazes de induzir a erro o consumidor, violando assim o princípio da transparência e da boa-fé que norteiam as relações de consumo.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar a publicidade enganosa no varejo, identificando suas modalidades segundo o Código de Defesa do Consumidor e o que estabelece o CONAR.

Para tanto, adota-se como método de abordagem o exploratório, tendo como técnica de pesquisa a bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, revistas, periódicos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

Assim, divide-se o estudo em quatro capítulos. No primeiro, buscam-se compreender os fundamentos constitucionais de tutela do consumidor, em especial os que respaldam a publicidade.

No segundo capítulo, por sua vez, aborda-se a publicidade no Código de Defesa do Consumidor, apresentando o conceito de publicidade enganosa, os elementos que a distingue da publicidade abusiva, as espécies de publicidade enganosa e as sanções cabíveis.

No terceiro capítulo verifica-se a importância do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária na regulamentação e combate à publicidade enganosa.

Por fim, no quarto capítulo, apresentam-se os mecanismos para se evitar a publicidade enganosa no varejo, trazendo exemplos da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

1 PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A publicidade, em linhas gerais, como pontua Durigan (2007, p. 74), pode ser compreendida como toda a informação "dirigida ao público com o objetivo de promover, de modo direto ou indireto, uma atividade econômica", ou, ainda, como toda comunicação que é "elaborada individual ou coletivamente, difundida através de meio de comunicação de massa, com o fim direto ou indireto de promover a aceleração da circulação, distribuição e aquisição de produtos ou serviços".

Semelhante são os ensinamentos de Efig (2004, p. 184), que ao tratar da definição de publicidade comercial enfatiza:

[...] publicidade é sinônimo de mensagem publicitária, a qual corresponde ao conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão como o objetivo de criar demanda de produtos e contribui para a boa imagem da empresa.

Não destoa desse entendimento a lição de Nunes (2015, p. 128), que define a publicidade nos seguintes termos:

A publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento.

Carvalho (2008, p. 129-130), por sua vez, ressalta ser a publicidade “espécie do gênero *marketing*, é toda informação divulgada que se destina ao público, para promoção e a difusão, direta ou indireta, de produtos ou serviços”.

Destaca o autor que, não raras vezes, os vocábulos publicidade e propaganda são utilizados como sinônimos, apesar de não haver qualquer confusão entre os termos, ressaltando, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor não tratou da propaganda, mas tão somente do primeiro instituto (CARVALHO, 2008, p. 130).

Também tem esse entendimento Benjamin (2008, p. 307):

Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial [...] enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

É o que também se extrai dos ensinamentos de Nunes (2015, p. 510), que bem elucida a problemática da confusão terminológica, inclusive buscando na origem etimológica dos termos a sua exata compreensão:

[...] é importante elucidar um problema muito comum do uso da linguagem sobre o assunto. Costuma-se usar o vocábulo "publicidade" algumas vezes como espécie de "propaganda"; noutras, a palavra "propaganda" é reservada para a ação política e religiosa, enquanto "publicidade" é utilizada para a atividade comercial etc., Mas, não há razões para a distinção.

Tomado pela etiologia, vê-se que o termo "propaganda" tem origem no latim "propaganda, do gerundivo de 'propagare', 'coisas que devem ser propagadas'. Donde afirmar-se que a palavra comporta o sentido de propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias.

O vocábulo "publicidade", por sua vez, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público.

Já Tartuce e Neves (2016, p. 386), para esclarecer a confusão terminológica entre os vocábulos publicidade e propaganda, apresentam os elementos distintivos, pois enquanto a publicidade tem fins comerciais, de consumo e circulação de riquezas, a publicidade tem fins políticos, sociais, culturais e ideológicos.

Ainda, tem a publicidade uma remuneração direta, diante do seu intuito de lucro, o que não ocorre em se tratando da propaganda (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 386).

Outrossim, a publicidade tem sempre um patrocinador, o que nem sempre se faz presente na propaganda (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 386).

Por último, destacam os autores que um “anúncio publicitário de uma loja de eletrodoméstico ou de uma montadora de veículos” é exemplo de publicidade, enquanto uma “propaganda do governo para uso de preservativo no carnaval” (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 386) não se confunde com publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor trata apenas da publicidade, por essa razão, para evitar confusões terminológicas e com o intuito adotar um termo que permita a exata compreensão técnica do instituto, utiliza-se, nesse trabalho, apenas a expressão “publicidade” no sentido de “publicidade comercial”.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Silva (2008, p. 129), que pontua:

A publicidade distingue-se da propaganda (não disciplinada no CDC), que é uma atividade voltada para a divulgação e a difusão de uma ideia (política, religiosa, filosófica, econômica ou social). Dá-se, assim, publicidade a um produto ou serviço, enquanto propaga-se uma ideia ou pensamento. Isso significa que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à propaganda política, embora regule a publicidade governamental, quando voltada para o consumidor como destinatário final de produtos ou serviços públicos impróprios (*uti singuli*), isto é, aqueles serviços exercidos diretamente pelo Estado, ou por particulares, em que se permite identificar o usuário.

Contudo, como dissertam Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 273), o Código de Defesa do Consumidor não cometeu o erro de confundir publicidade e propaganda, pois aquela tem objetivo comercial, enquanto esta “[...] visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social”. E se não bastassem tais elementos para distinguir a publicidade da propaganda, aquela é paga, identifica o patrocinador, o que nem sempre está presente quando se trata de propaganda.

Anote-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor não define publicidade, apenas regula como deve se dar sua veiculação, bem como proíbe práticas enganosas e abusivas. Nos termos do artigo 36, do Código de Defesa do Consumidor, “[...] a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990), motivo pelo qual se faz necessário buscar o conceito do instituto no âmbito doutrinário.

No entanto, pode-se extrair um conceito de publicidade comercial do art. 8º, do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, que traz o seguinte texto: “[...] a publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias” (FADEL, 2004, p. 163).

Ressalte-se que a publicidade não é uma prática empresarial que envolva diretamente a aquisição ou contratação do produto ou serviço. Trata-se de um meio destinado ao escoamento da produção, ou seja, “não é a venda, mas a promoção da venda. Não poderiam, portanto, ser aplicadas à publicidade as regras da compra e venda” (DURIGAN, 2007, p. 76).

De acordo com Carvalho (2008, p. 130), a publicidade “[...] é uma atividade voltada para a divulgação e a difusão de uma ideia (política, religiosa, filosófica, econômica ou social)”, ou seja, se está diante da publicidade quando um determinado produto ou serviço é propagado.

Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 272), por sua vez, elencam elementos imprescindíveis a qualquer publicidade, nos seguintes termos:

Dois elementos essenciais a qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o nonsense. Sem difusão não há falar em publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece a atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade.

Ceneviva (1991, p. 74) também apresenta a problemática da utilização do termo publicidade e propaganda no mesmo sentido, destacando ser a propaganda, na verdade, uma “[...] espécie do gênero publicidade, consistente em arte ou ciência de indução do consumidor a preferir produto ou serviço cujas qualidades proclama”.

Ainda para o supracitado autor, apesar de propaganda e publicidade se referirem à divulgação, “[...] nem sempre têm, na lei, o mesmo significado técnico. Serve de exemplo a legislação eleitoral, que utiliza o termo ‘propaganda’ para a difusão de interesse partidário” (CENEVIVA, 1991, p. 74-75).

Carvalho (2008, p. 130) tece semelhantes comentários e ressalta que o “Código de Defesa do Consumidor não se aplica à propaganda política, embora regule a publicidade governamental, quando voltado para o consumidor como destinatário final de produtos ou serviços públicos impróprios [...]”.

Também é importante salientar que existem distinções entre publicidade e informação, sendo que a publicidade depende da segunda, haja vista que traz informações, porém nem toda informação veiculada tem caráter de publicidade (EFING, 2004, p.184). Isso se deve porque, como já dito anteriormente, para se compreender o que é publicidade devem estar presentes a divulgação e informação.

Por sua vez, Almeida (2013, p. 391) destaca que a “[...] publicidade é a principal manifestação de oferta, sendo, porém, a definição desta mais abrangente do que a daquela”, ou seja, “toda publicidade é manifestação de oferta, mas nem toda oferta se resume à publicidade, pois alberga também qualquer informação suficientemente precisa e veiculada como a do vendedor de uma loja comercial”.

Desta forma, ao presente estudo interessa a publicidade de que trata o Código de Defesa do Consumidor, que nos termos do art. 36 “[...] deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Porém, quando se trata da publicidade sem sentido amplo, ou mesmo da problemática da publicidade enganosa, é quase que comum à vinculação do tema ao Direito do Consumidor

e, conseqüentemente, ao Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o corpo normativo máximo da sociedade brasileira, onde estão inseridos os princípios e regras que fundamentam e direcionam todos os ramos do direito. Foi justamente por meio da sua promulgação que se evidenciou a necessidade de uma norma que tratasse, com exclusividade, dos temas pertinentes às relações de consumo, fazendo nascer o Código de Defesa do Consumidor. Assim, a legislação consumerista brasileira é fruto da constitucionalização dos direitos (SAAD, 2002, p. 13).

Anote-se, ainda, que até o advento da Constituição de 1988 prevalecia, no âmbito dos direitos privados, o Código Civil, já que as constituições até então existentes não tinham força normativa.

Assim sendo, a Constituição de 1988 promoveu a constitucionalização dos direitos, porém o processo de implantação foi lento, sendo que apenas no século XXI começou-se a sentir, na prática, por meio da adesão ao princípio do direito público constitucional, a supremacia constitucional, o que se traduz na constitucionalidade das leis, incluindo os atos do próprio Estado (SAAD, 2002, p. 13-14).

Também cumpre salientar que o Direito Constitucional é considerado hoje a base fundamental do sistema jurídico brasileiro, porquanto inserido do Estado Democrático de Direito e concebido como um sistema jurídico aberto de regras e princípios (SAAD, 2002, p. 14). O constitucionalista português. Canotilho (2003, p. 1160) assim traduz a expressão “sistema jurídico aberto de regras e princípios”:

[...] 1) é um ‘sistema jurídico’ porque é um sistema dinâmico de normas; 2) é um ‘sistema aberto’ porque tem uma ‘estrutura dialógica’, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; 3) é um ‘sistema normativo’, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de ‘normas’; 4) é um ‘sistema de regras e de princípios’, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de ‘princípios’ como sob a sua forma de ‘regras’.

Ceneviva (1991, p. 80) também analisa a relação do Direito Constitucional e a defesa do consumidor, e destaca que o ramo do Direito em comento se relaciona aos “[...] interesses gerais do povo e subjetivamente às pessoas que exercem o poder do Estado, providas, para esse efeito, de força coativa [...], mas contidas [...] pelo mesmo Direito”.

Na constatação de Nery Junior (2004, p. 25), no cenário brasileiro era comum “interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava”. Desta feita, “o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista, com o penalista, com o comercialista”.

Porém, esse quadro vem se transformando. A sociedade brasileira está tomando consciência, embora um pouco tarde, da importância dos direitos humanos já assegurados no texto constitucional desde 1988. Essa demora é reflexo cultural e o “despertar” resulta da difusão de informações da era globalizada em que vive a sociedade brasileira nesse início de século.

Os Tribunais brasileiros colocam “o direito constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do país”. Desta forma, todos os operadores do direito, principalmente os aplicadores da norma ao caso concreto, “devem conhecer e aplicar o direito constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando” (NERY JUNIOR, 2004, p. 25-26).

Sobre a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Direito Constitucional, o que certamente reflete na tutela do consumidor, em sentido amplo, Ceneviva (1991, p. 81) pontua:

O CDC [...] é provido em geral de constitucionalidade. A eficácia das normas alusivas ao direito do consumidor sobrevive enquanto relativa ao cumprimento do dever do Estado e ao respeito aos demais dispositivos que lhe são próprios inseridos no capítulo da ordem econômica.

Assim sendo, não há como negar que o ordenamento jurídico brasileiro conta com regras e princípios constitucionais que são direcionados à tutela do consumidor. Ou seja, não são apenas os princípios que norteiam a atividade do operador do Direito em se tratando da proteção ao consumidor, uma vez que o constituinte, de forma expressa, em diversos dispositivos da Constituição de 1988, faz expressa menção ao dever do Estado de promover a proteção do consumidor.

Destarte, a matéria encontra fundamento na Constituição da República de 1988, uma vez que o constituinte, ao tratar dos direitos fundamentais, com atenção ao inciso XXXII, do art. 5º, expressamente atribuiu ao Estado o dever de “promover, na forma da lei, a proteção do consumidor” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

Ao dissertar sobre a proteção do consumidor no âmbito constitucional Filomeno (2014, p. 14) observa que:

A colocação do referido dever é de vital importância, uma vez que, como se sabe, o art. 5º da nossa Carta Constitucional está no Capítulo I do Título II, que cuidam “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de forma geral e dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, especificamente. Isto porque se trata, na hipótese, de cláusula pétrea, insuscetível de emenda, a teor do art. 60, § 4º, inciso IV, da mesma Constituição.

Os direitos fundamentais, na visão dos constitucionalistas, estão inseridos entre os princípios jurídicos constitucionais gerais, aqueles que “guardam os valores fundamentais do sistema jurídico”. Contudo, os direitos fundamentais traduzem-se no próprio conceito de direito constitucional, pois “sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal; de modo que, onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais” (GSCHWENDTNER, 2001, p. 1).

Na Constituição da República de 1988 os direitos fundamentais estão colacionados no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), bem como em outros dispositivos espalhados pelo texto constitucional, “nos quais se verifique características de historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos direitos fundamentais” (SILVA, 2008, p. 1).

Não há como negar, portanto, que ao consagrar a proteção do consumidor do rol do art. 5º, o constituinte atribui natureza de direito fundamental, impondo ao Estado, por conseguinte, a adoção de medidas voltadas à proteção do consumidor em todas as esferas, o que alcança, por conseguinte, as práticas de publicidade enganosa.

Ao analisar a defesa do consumidor como uma dever estatal, Ceneviva (1991, p. 82) destaca que a regra inserta no inciso XXXII, do art. 5º da Constituição vista a “promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor”, normas esta que “[...] se insere no quadro dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição e, portanto, teve vigência imediata”, ou seja, desde a promulgação da Constituição de 1988, antes mesmo do advento da Lei nº 8.078/1990, o Estado já era o detentor do dever de proteger o consumidor.

Cumprе esclarecer, ainda, que não apenas no art. 5º da Constituição se encontra menção expressa à tutela do consumidor. Também no art. 150, quando o constituinte trata das “limitações ao poder de tributar”, volta a prescrever a proteção do consumidor, a teor do disposto no § 5º, o qual dispõe que a “[...] lei determinará medidas para que os consumidores

sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

Filomeno (2014, p. 14) chama a atenção para o fato de que embora a Constituição da República trate dos esclarecimentos relativos aos impostos apenas incidentes sobre mercadorias e serviços, por força da Lei nº 12.741/2012, que dispõe sobre medidas de esclarecimento aos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor foi alterado, para que o referido esclarecimento alcance também outros produtos e serviços.

E sobre o diploma legal acima mencionado, o autor ainda esclarece:

[...] essa lei foi fruto de iniciativa popular, capitaneada pela Associação Comercial de São Paulo, que instituiu o chamado Impostômetro, ou seja, um enorme letreiro que exibia o acompanhamento digital, em tempo real, de cada centavo cobrado por dia dos consumidores-contribuintes pelas três orbitas tributárias do país (tributos federais, estaduais e municipais) (FILOMENO, 2014, p. 14).

Acrescenta o autor que é de suma importância os esclarecimentos prestados aos consumidores quanto ao custo dos tributos sobre os bens, produtos e serviços, ressaltando, ainda, que a cobrança dos serviços públicos essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica, telefonia, dentre outros, trazem de forma explícita a “respectiva tarifa e o imposto recaente sobre os mesmos, no caso o ICMS” (FILOMENO, 2014, p. 14).

Outro dispositivo constitucional que também faz expressa referência à proteção do consumidor é o art. 170, que trata da ordem econômica, e que preconiza, em apertada síntese, o dever do Estado de apurar e punir abusos, “[...] tais como o *truste* (isto é, a dominação do mercado e consequente imposição de preços de produtos e serviços por uma única empresa, abusando do monopólio) [...]” (FILOMENO, 2014, p. 15), o que não afasta também a apuração e abusos quando se trata da prática de cartel ou do *dumping*, que segundo o mesmo autor nada mais é que o “‘entupimento’ do mercado de produtos, por preços abaixo de seu valor de custo, visando com isso também à dominação do mercado e à eliminação da concorrência”.

Sobre o referido dispositivo constitucional, Ceneviva (1991, p. 82) preleciona:

O art. 170 da Carta, ao definir os fundamentos da ordem econômica e lhe indicar a finalidade destaca, como um dos seus princípios essenciais a defesa do consumidor. Reforça-a, ao reiterar o mencionado inciso do art. 5º, mas assegura a todos, simultaneamente, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, afirmando, outrossim, a liberdade da concorrência, que se pressupõe legal.

Também o art. 175 da Constituição traz a preocupação com a tutela do consumidor, como se extrai dos ensinamentos de Filomeno (2014, p. 15):

O art. 175 da mesma Constituição Federal, por sua vez, estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E seu parágrafo único diz que a lei, ou leis em questão, disporá, dentre outras coisas, sobre “os direitos dos usuários”, ou seja, dos consumidores de tais serviços [...] (telecomunicações, energia elétrica, água e esgotos, combustíveis, transportes coletivos, etc.).

Almeida (2013, p. 35) ainda cita o art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual dispõe que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor”, dispositivo este que restou superado com o advento da Lei nº 8.078/1990, mas que nem por isso deixa de ser um mandamento constitucional de tutela ao consumidor.

Nesse ponto é importante destacar que, como bem lembram Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 11), a Constituição da República de 1988 assegura o direito à informação em seu sentido mais amplo, pois é “[...] permitido a todo indivíduo veicular as informações que julgar pertinentes, desde que possua os meios necessários para isso”.

Ocorre que se a veiculação da informação for de encontro à intimidade, surge um conflito, uma vez que a liberdade de informação é limitada pelos “[...] direitos a vida privada, à intimidade e à honra e, residualmente, por outros direitos constitucionais que com ela possam colidir” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014, p. 11).

Isso se deve porque inexistente direito fundamental absoluto. Logo, se no exercício da liberdade de informação configurar eventual afronta aos direitos supracitados, por serem igualmente consagrados no texto constitucional como direitos absolutos, cabe ponderar qual deve prevalecer.

Ainda de acordo com Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 08), o constituinte se preocupou em consagrar a “inviolabilidade da vida privada e da intimidade e as agressões a intimidade podem ser punidas penal e civilmente”, ou seja, quando se caracteriza uma afronta à vida privada e à intimidade, o agente infrator tanto responde pela reparação de danos morais e/ou materiais, como pela prática do delito correspondente, a exemplo da injúria, difamação ou calúnia, a depender das peculiaridades do caso em concreto.

Tais preceitos se aplicam à publicidade destinada ao consumidor, pois no âmbito da liberdade de expressão não se pode aceitar que informações sobre bens, produtos e serviços sejam difundidas em afronta à intimidade e à vida privada.

Em suma, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro resulta de um mandamento constitucional: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXII, da Constituição de 1988). Mais adiante, agora no art. 170, inciso V, o Constituinte de 1988 inseriu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da ordem econômica, no mesmo patamar dos princípios relativos à soberania nacional, à propriedade privada, dentre outros. De modo implícito, o § 4º, do art. 173, refere-se à proteção dos direitos do consumidor quando estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

Outro ponto que resta claro em relação à publicidade é que a Constituição da República de 1988 não faz qualquer distinção entre os termos “publicidade” e “propaganda”, embora os vocábulos, como apontado anteriormente, não possuem o mesmo significado técnico.

[...] o mais importante é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em “propaganda” (art. 220, § 32, II), “propaganda comercial” (art. 22, XXIX, e § 42 do art. 220), “publicidade dos atos processuais” (art. 52, LX), “publicidade” (art. 37, caput e § 12). Poder-se-ia objetar que o tipo da “propaganda comercial” é aquele voltado para o meio utilizado pelos empreendedores para estabelecer contato com os consumidores, uma vez que, quando fala em propaganda e propaganda comercial, a Carta Magna está-se referindo a bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos (§ 42 do art. 220) ou a produtos, “práticas e serviços” nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do § 32 do art. 220) (NUNES, 2015, p. 510).

Ainda sobre a importância da Constituição no que diz respeito à tutela do consumidor, de Fortuny (2003, p. 171), para quem é notório que, no sistema jurídico nacional, o Direito do Consumidor tem hierarquia constitucional, apresentando-se como um princípio-programa, cujo objeto é uma ampla política pública.

Portanto, com o advento da atual Constituição, o Direito do Consumidor, abandonou sua característica de direito privado, passando a receber proteção estatal. Neste passo, “promover” a defesa do consumidor, como determina o inciso XXXII, do art. 5º, implica na idealização e implementação de mecanismos capazes de efetivar o reequilíbrio e a igualdade no âmbito das relações de consumo comprometidas pelo flagrante descompasso entre a estrutura social e a disciplina normativa.

Desta forma, não há como afastar a aplicação da Constituição da República às questões relacionadas à propaganda, até mesmo porque o instituto da publicidade também encontra fundamento nela, como preleciona Carvalho (2008, p. 132), ao analisar o instituto:

A proibição legal das publicidades enganosa e abusiva encontra fundamento em vários artigos da Constituição da República, entre os quais: a) art. 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”); b) o art. 22, XXIX [“Compete privativamente à União legislar sobre: (...) propaganda comercial”]; c) o art. 220, § 3º, II [“Compete à lei federal: (...) II - estabelecer os meios legais que garantem à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”], e § 4º (“A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”); e d) o art. 221, IV [“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”].

Também Nunes (2015, p. 509) defende que a “publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduta do publicitário”, ou seja, impõe limites à sua utilização.

Resta claro, portanto, que o texto constitucional dispõe de uma série de dispositivos constitucionais voltados especificamente ao dever do Estado de proteger o consumidor e alguns dispositivos são voltados especificamente a tutela do consumidor no que diz respeito a publicidade enganosa e abusiva, sejam relativos à competência legislativa, seja quanto ao dever de tutela do consumidor, de forma genérica, como o consagrado no já citado inciso XXXII, do art. 5º, da Constituição da República de 1988. O artigo 220, parágrafo 4º expõe a preocupação do legislador com vários tipos de publicidade, incluindo a de bebida alcoólica, dando-lhes tratamento constitucional, embora haja a delegação à lei infraconstitucional o poder de regulamentação:

Art. 220: (...)

(...)

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estarão sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

O inciso II do parágrafo 3º do artigo 220, dispõe que compete à lei federal estabelecer os meios legais para a defesa do consumidor quando estes estiverem sendo lesados por propagandas de produtos que possam ser nocivos à saúde.

Especificamente sobre a regulamentação da bebida alcoólica perante o público infantil temos o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) e, quanto aos produtos fumíferos, temos a lei 9.294/96 que deixa claro em seu art. 3º a vedação de publicidade de cigarros e seus derivados em território nacional, com exceção apenas da

exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, que deverão sempre estar acompanhadas de advertência sobre os malefícios do fumo, conforme estabelece a lei.

De toda forma, a lei federal é o Código de Defesa do Consumidor, a ser verificada quando estiver sendo analisada a abusividade ou não de uma publicidade, devendo os fornecedores de produtos nocivos à saúde, se atentarem, principalmente, ao que estabelece o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

2 PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o advento da Lei nº 8.078/1990 os consumidores passaram a contar com uma proteção específica para as relações de consumo. Essa nova legislação trouxe, além de seu caráter protecionista, alguns conceitos novos para o mundo jurídico, dentre os quais pode-se citar o de consumidor, fornecedor, relação de consumo, produto e serviço.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor a publicidade não era especificamente regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, muito embora o Conselho de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, no ano de 1980 tenha editado norma acerca da publicidade no país, o que será analisado no momento oportuno.

Na atual disciplina legal, a informação ou comunicação não pode ser dirigida ao consumidor de forma aleatória, pois o ordenamento jurídico brasileiro estabelece limitações à publicidade, vedando, por exemplo, a publicidade abusiva e a publicidade enganosa.

Para melhor compreensão do tema é de suma importância analisar os conceitos apresentados pelo Código de Defesa do Consumidor, e, claro, a repercussão doutrinária de como é a publicidade regulamentada no referido diploma legal, objeto desse segundo capítulo.

2.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE ENGANOSA

A primeira questão a ser ressaltada é que o conceito de publicidade, em sentido amplo, foi objeto do capítulo anterior e, ainda, que como apontado alhures, o Código de Defesa do Consumidor não apresenta um conceito legal de publicidade, tendo o legislador se limitado, no art. 36, a dispor que a “publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Porém, ao tratar da publicidade enganosa, o Código de Defesa do consumidor expressamente apresenta uma definição, nos termos do § 1º, do art. 37, o qual dispõe que:

§ 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 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Ao analisar o referido dispositivo legal Benjamin, Marques e Bessa (2014) ressaltam que, no atual estágio da sociedade de consumo, a publicidade pode ser considerada um símbolo dos novos tempos. Em decorrência desta evolução é que surge a necessidade de o Direito interferir nas relações jurídicas de consumo, especialmente para proteger a figura do consumidor, reconhecidamente vulnerável aos novos mercados. Isso se deve porque o legislador não podia se olvidar do fenômeno que é a publicidade, do impacto que a mesma tem sobre a vida do consumidor, principalmente quanto à preocupação de regulamentar as formas de publicidade proibidas.

O controle veio com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que regulou a mensagem publicitária, e não o conteúdo da comunicação, isto é, ao anúncio em si mesmo, independente dos meios utilizados. Portanto, a intenção é um controle da atividade como um todo.

Com esta nova percepção, a publicidade comercial passou a possuir, na sociedade de massa, uma dupla função, ao mesmo tempo em que deveria servir de informação, serviria também para estimular o consumo de bens e serviços (MARQUES, 2005, p. 104).

Atualmente a publicidade dita comportamento e é uma influência constante nos hábitos dos cidadãos. O seu papel informativo perde destaque, e se abre uma nova forma de comércio. Por isso Almeida (2013, p. 111) resalta que a informação na publicidade passou a ser uma sugestão e desta à captação de consumidores, tentando, muitas vezes, eliminar a capacidade crítica do consumidor frente a uma publicidade.

Daí a importância de se vedar a publicidade ilícita, como se extrai dos ensinamentos de Tartuce e Neves (2016, p. 412):

Determina o caput do art. 36 da Lei 8.078/1990 que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Trata-se da vedação, por ilicitude, da publicidade mascarada, tida também com publicidade simulada ou dissimulada. É aquela transmissão de informações que parece que não é publicidade, mas é publicidade. Pode ser feito um paralelo com a simulação, vício social típico do Direito Civil (art. 167 do CC/2002), pois, nos dois casos, há uma discrepância entre a vontade interna e a vontade manifestada, isto é, entre aparência e essência.

Como já apontado alhures, o Código de Defesa do Consumidor trata apenas da publicidade, ou seja, não há disciplina da propaganda, apesar da confusão terminológica que se percebe inclusive no texto da Constituição. Nesse contexto, publicidade é toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias.

Moraes (2001, p. 264-265), por sua vez, sintetiza ao afirmar que publicidade consiste em tornar público um fato ou uma ideia e, assim, levar a "massa" ao ato de compra.

Atualmente a publicidade representa o próprio símbolo da sociedade de consumo. O manuseio da publicidade afeta a todos de um modo geral, essa influência pode ser positiva ou negativa. Positiva quando auxilia o Direito, ou seja, quando publica informações de caráter público e educacional. Negativa quando veicula informações enganosas ou abusivas, que levam o consumidor à desinformação e ao erro.

Não é demais frisar que a publicidade não é uma prática empresarial que envolva diretamente a aquisição ou contratação do produto ou serviço. Trata-se de um meio destinado ao escoamento da produção, ou seja, "não é a venda, mas a promoção da venda. Não poderiam, portanto, ser aplicadas à publicidade as regras da compra e venda" (DURIGAN, 2007, p. 76).

Por isso o legislador, ao editar o Código de Defesa do Consumidor, não se limitou ao regramento das relações contratuais de consumo. Reconheceu que a proteção do consumidor deve iniciar ainda em momento anterior ao da realização do contrato de consumo, a partir da concepção de que a relação de consumo não é apenas a contratual.

Desta feita, a publicidade, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção no Código de Defesa do Consumido. Logo, quando se fala em controle da publicidade, deve-se levar em conta o controle da mensagem publicitária, que se refere ao conteúdo da comunicação, ou seja, ao anúncio considerado em si mesmo, independentemente dos meios que são utilizados para a sua veiculação.

Ademais, o controle da publicidade exercido pelo Código de Defesa do Consumidor não veda a publicidade, mas protege o consumidor, proibindo a prática de publicidade enganosa e abusiva, nos termos do já citado *caput* do art. 36, proteção esta que se encontra expressamente definida como direito básico do consumidor, nos termos do inciso IV, do art. 6º do mesmo diploma legal, regulamentada a partir do art. 30 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990), deixando claro, conforme o art. 31 do mesmo diploma legal, que "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”.

Dentre as formas de publicidade proibida pelo legislador tem-se, como primeira modalidade tratada no § 1º, do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a enganosa, que segundo Carvalho (2007) é aquela que traz como "fundamento de sua proibição o reconhecimento de que o consumidor possui o direito de ordem pública, de não ser enganado, direito este adotado pelo direito brasileiro".

Anote-se que o legislador, ao editar o referido dispositivo legal, procurou proteger o cidadão consumidor da prática da publicidade enganosa e o próprio mercado, daqueles que se beneficiam ilegalmente, por meio dessa prática, prejudicando o mercado que atua de forma correta, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei, como pontua Saad (2002, p. 43):

[...] na economia de mercado, inserida em um Estado de Direito em que se assegura o livre exercício da atividade econômica lícita, há, permanentemente, uma competição entre os fabricantes de um mesmo produto e entre aqueles que o comercializam.

Garcia (2014, p. 298) também enfrenta a problemática da publicidade enganosa a que se refere o § 1º, do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

A publicidade enganosa é aquela inteira ou parcialmente falsa, ou aquela capaz de induzir o consumidor ao erro. Primeiramente, é importante registrar que a publicidade não precisa ser totalmente falsa para ser caracterizada como enganosa. Basta que parte da publicidade, ainda que pequena, não corresponda à verdade para que se caracterize a enganabilidade. A preocupação é que todas as informações passadas ao consumidor sejam verdadeiras.

Na busca de elucidar a problemática da conceituação da publicidade enganosa a que se refere o Código de Defesa do Consumidor, Ceneviva (1991, p. 117) propõe a análise da sua definição a partir dos seus elementos, ressaltando que qualquer modalidade de publicidade pode ser tida como enganosa, ou seja, desde a publicidade explícita em jornais e revistas, até mesmo a forma sonora, assim como pode apresentar-se como enganosa a modalidade que envolver sons e imagens, “[...] categoria que compreende a televisão comercial, por assinatura ou a cabo e as gravações de vídeo”, o que não basta, também, a publicidade em outdoors ou cartazes, que a depender do conteúdo, repita-se, pode-se apresentar como enganosa.

Ainda segundo Ceneviva (1991, p. 117), a publicidade enganosa “também pode ser feita através de informação ou comunicação”. Por isso o autor ressalta que “comunicar” é inerente à publicidade (CENEVIVA, 1991, p. 118).

Outrossim, o caráter publicitário integral ou parcial é outro elemento da publicidade enganosa, pois se espera que a publicidade seja verdadeira, num todo. Por isso, se qualquer elemento apresentado for inverídico, a publicidade será, por conseguinte, enganosa (CENEVIVA, 1991, p. 118).

O autor também chama a atenção para o fato de que o legislador expressamente adotou a expressão “qualquer outro modo”, para englobar toda e qualquer forma de publicidade que, em seu conteúdo, seja enganosa, leve o consumidor a erro (CENEVIVA, 1991, p. 119). Nesse contexto, qualquer forma de indução ou engano, ainda que não explicitada no Código de Defesa do Consumidor, é hábil a configurar a modalidade de publicidade em comento.

Não se pode ignorar, ainda, que a publicidade enganosa deve trazer elementos capazes de enganar o consumidor, ou seja, a “[...] habilidade de produzir o engano, com o poder de convencimento que satisfaça a validação do senso médio da pessoa capaz” (CENEVIVA, 1991, p. 119) é também elemento imprescindível à configuração da publicidade enganosa.

Por conseguinte, deve ser a publicidade também capaz de induzir. E sobre a utilização deste verbo, Ceneviva (1991, p. 119) esclarece:

O verbo “induzir” se relaciona com a intensidade de conteúdo da mensagem que a torne apta a persuadir o consumidor com força eficiente para o levar à aquisição do produto ou serviço, tendo em vista que induzir deve ser interpretado sempre em conjunto com o termo erro.

Garcia (2014, p. 296) também analisa a problemática da indução, lembrando que, “basta que a publicidade induz o consumidor a erro para que a publicidade também seja considerada enganosa”, devendo a análise da indução ser feita de forma objetiva, ou seja, “[...] independerá da intenção do fornecedor. [...] mesmo que o fornecedor não tenha a intenção de induzir o consumidor a erro, o que vale é o simples fato do consumidor ter sido induzido”.

Sobre o elemento subjetivo assim disserta Nunes (2015, p. 576):

[...] para averiguação da enganiosidade do anúncio não há necessidade de exame do dolo ou culpa do anunciante (nem da agência ou do veículo, que são também responsáveis por sua veiculação [...]). Basta que o anúncio em si seja enganoso ou que na sua relação real com o produto ou o serviço anunciado o seja, para que fique caracterizada a infração. Não há que fazer a pergunta a respeito e dolo ou culpa, porque, mesmo que esses elementos não se verifiquem, ainda assim o anúncio será tido como enganoso.

Em sentido diverso, porém, são os ensinamentos de Tartuce e Neves (2016, p. 413), que vislumbram ser o dolo inerente à indução:

Apesar da menção ao engano, ao erro, não se pode esquecer que o ato de indução representa dolo, ou seja, uma atuação maliciosa praticada com intuito de enganar outrem e ter benefício próprio. Então, o paralelo deve ser feito, em diálogo das fontes, em relação ao tratamento desse vício do consentimento, tratado entre os arts. 145 a 150 do CC/2002. Como se extrai do próprio comando transcrito, a publicidade enganosa pode ser por ação ou por omissão.

Percebe-se, portanto, que a presença do elemento subjetivo para a configuração da publicidade enganosa é questão controversa na doutrina, inexistindo consenso acerca da presença do dolo ou culpa para caracterizar a indução ao erro.

Ainda, em virtude da necessidade de se analisar o termo “induzir” conjuntamente com o vocábulo “erro” é que Ceneviva (1991, p. 120) preconiza ser este também elemento imprescindível à caracterização da publicidade abusiva, pois a “vontade determinada por erro [...] não deve ser considerada real e eficaz”, pois falta ao consumidor, em tais casos, discernimento e liberdade de escolha. Daí não haver, no entendimento do autor, propaganda enganosa sem o erro.

Decerto, é o erro que acaba por levar o consumidor a adquirir um determinado produto ou serviço a partir da análise da “natureza”, ou seja, do “conjunto dos elementos essenciais do bem de vida transacionado” (CENEVIVA, 1991, p. 126).

Em sentido contrário, porém, são os ensinamentos de Almeida (2013, p. 402), que defende ser desnecessária a concretização do erro efetivo para a caracterização da publicidade enganosa:

[...] pela sistemática do CDC, entendemos que basta a capacidade de enganar, sendo desnecessário o erro real para a caracterização da publicidade enganosa. Assim, a mera possibilidade de levar o consumidor em erro, situação analisada apenas em abstrato, já é suficiente para configurar a publicidade ilícita.

Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 284) também traçam distinção entre o erro potencial e o erro real, destacando que no ordenamento jurídico brasileiro o erro real é um mero exaurimento que, “para fins da caracterização da enganabilidade, é irrelevante”.

Também Nunes (2015, p. 564) salienta que a publicidade enganosa, “[...] antes mesmo de atingir qualquer consumidor em concreto”, apresenta informação falsa ou distorcida. Logo, o erro a que se refere o inciso I, do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor não precisa ser concretizado, pois se trata de um erro potencial.

Em que pesem as considerações acerca do erro, fato é que os elementos apresentados por Cenevita (1991) certamente contribuem para a compreensão do que vem a ser publicidade abusiva.

Já Nunes (2015, p. 562-563) busca explicitar o instituto a partir do seguinte exemplo:

Um atleta jovem e bonito corre através de um bosque. As imagens mostram sua forma física perfeita, seu rosto suado. Após muito corre, ele para, enxuga o rosto com uma toalha, pega um iogurte, retira a tampa com um leve toque de dedos, dobra o pescoço e o toma. As imagens mostram em close a garrafinha com a marca do produto, o atleta tirando a tampa e em seguida tomando o iogurte com prazer. O consumidor assiste a esse filme publicitário na TV, vai ao supermercado e compra o mesmo iogurte. Chega em casa e na hora de tomá-lo tem grande dificuldade para tirar a tampinha: o invólucro não sai; ou, ao puxá-lo, ele se rasga nas bordas; ou, ainda, sai rasgando aos pedaços. Sem alternativa, o consumidor fura a tampa com uma faca e só aí bebe o iogurte. “Por que será que na propaganda a tampinha saiu tão fácil e aqui em casa a tampinha do meu iogurte se nega a sair? Será que sou eu que não sei tirar a tampa?”, pensa o consumidor.

Constata-se, da situação hipotética apresentada pelo autor, que as informações difundidas na publicidade levam a acreditar que “tudo é perfeito”, enquanto, na prática, nem sempre as coisas ocorrem como ocorrido (NUNES, 2015, p. 563).

Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 385) chamam a atenção, ainda, para os anúncios publicitários ambíguos, ou seja, aqueles que têm mais de um sentido. Para caracterizar publicidade enganosa, segundo eles, basta que apenas um dos sentidos da mensagem o seja, pois isso leva a considerar que toda a informação veiculada é enganosa e, por conseguinte, a publicidade se torna ilícita.

Sobre a ambiguidade, em se tratando de publicidade enganosa, preleciona Nunes (2015, p. 565-566):

Se o anúncio brinca com o sentido ambíguo de seu texto (isto é, propositalmente) ou se utiliza da ambiguidade com o intuito de confundir, será enganoso se não puder ser entendido num dos sentidos possíveis. Se ao ler o texto, assistir à imagem, ouvir a mensagem falada, restar possível mais de uma interpretação e uma delas levar à enganosidade, o anúncio já era enganoso.

Não destoa desse entendimento a lição de Garcia (2014, p. 296), ao destacar que, mesmo na hipótese de o fornecedor alegar que apenas parte da informação não é verdadeira, para tentar descaracterizar a publicidade enganosa, não conseguirá afastá-la, pois ainda que parcialmente se trate de informação falsa, a enganosidade resta configurada.

Por isso Nunes (2015, p. 563) preconiza que também a informação distorcida é uma forma de enganar, sendo necessário, nesse caso, averiguar se o produto ou serviço teria sido adquirido se a publicidade apresentasse corretamente as informações.

O exagero é também apresentado pelo autor supracitado como forma de publicidade enganosa:

A utilização de adjetivações exageradas pode causar enganabilidade ou não. O chamado puffing é a técnica publicitária da utilização do exagero. A doutrina entende que o puffing não está proibido enquanto apresentado “como publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz que ‘o melhor produto do mercado’, por exemplo.

Concordamos com tal afirmação apenas para as hipóteses em que o exagero é evidente e inofensivo e simultaneamente não possa enganar o consumidor.

Outra questão levantada por Nunes (2015, p. 570-571), ao tratar da publicidade enganosa, é a publicidade comparativa, que embora não seja vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, pode, no caso em concreto, induzir a erro o consumidor. É que o uso dessa técnica pode acabar enganando o consumidor. Há duas formas de isso acontecer: primeiro pela violação das normas estabelecidas na Lei n. 8.078; depois pelo cumprimento das regras autorregulamentares estabelecidas.

Cumprir esclarecer que a publicidade comparativa é aquela “[...] que coteja dois produtos ou serviços e diz por que o seu é melhor”, podendo ser abusiva se ignorar o disposto no art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o que estabelece princípios e limites, a exemplo da possibilidade de comprovação da alegada comparação; o objetivo maior seja o esclarecimento; seja pautada no princípio básico da objetividade na comparação, dentre outros (ALMEIDA, 2013, p. 406).

Cumprir transcrever, nesse ponto, o que dispõe o art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária sobre a publicidade comparativa, *in verbis*:

Artigo 32 - Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as 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, denegrimiento 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).

Não é demais ressaltar que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu art. 27, determina que os "anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade" (CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

E mais adiante, na Seção que trata da "apresentação verdadeira", da publicidade comercial, o mesmo Código assevera que o "anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido", sendo que o caput do art. 27 pontua que:

O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à: natureza do produto (natural ou artificial); procedência (nacional ou estrangeira); composição; finalidade (CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

Ainda, o anúncio, nos termos do § 3º, do art. 27, do Código supracitado, também deverá ser claro quanto a: a) valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior; b) entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo; c) condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto; e d) condições e limitações da garantia oferecida (CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

Ademais, o uso de expressões como "direto do fabricante", ou "preço de atacado", "sem entrada", e outras de igual teor, não devem levar o consumidor a engano, e só serão admitidas quando o anunciante ou a agência puderem comprovar a alegação, como preconiza o § 5º, do art. 27 (CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

Nesse contexto, por clara imposição do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de veicular anúncios publicitários verdadeiros, isto é, a publicidade deve ser honesta, correta e obediente aos requisitos legais para manter o consumidor devidamente informados sobre o produto ou o serviço oferecido, assegurando-lhe a escolha livre e consciente (TICIANELLI *et al.*, 2007, p. 87-88).

Não há como negar, portanto, que a publicidade enganosa é questão complexa e dinâmica e que, por isso, mereceu do ordenamento jurídico pátrio especial atenção, embora as regras consagradas no Código de Defesa do Consumidor sirvam apenas de orientação ao intérprete, que é quem exerce, na análise do caso concreto, papel de suma importância no reconhecimento (ou não) de práticas contrárias às normas e princípios consumeristas.

Por último, mas não menos importante, é importante ressaltar que o fundamento à proibição de publicidade enganosa é o reconhecimento de que o consumidor tem um direito de não ser enganado, o que ganha importância em virtude dos princípios que norteiam as normas consumeristas, principalmente quanto proteção do hipossuficiente e vulnerável, preocupação esta que também é levada em conta para a vedação da publicidade abusiva, como será exposto a seguir.

2.2 CONCEITO DE PUBLICIDADE ABUSIVA E A DIFERENÇA PARA A PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade abusiva se encontra regulamentada no § 2º, do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, ao lado das formas de publicidade proibidas pelo legislador, que a define como 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 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Em linhas gerais pode-se afirmar que a publicidade abusiva é “aquela que agride os valores sociais, presente uma conduta socialmente reprovável de abuso”, como exemplifica Tartuce e Neves (2016, p. 421):

[...] “O fabricante de armas não pode promover o seu produto reforçando a ideologia da violência como meio de solução dos conflitos, ainda que esta solução resultasse suficiente, em termos mercadológicos, junto a determinados segmentos da sociedade, inclusive os consumidores de armamentos. Também é abusiva a publicidade racista, sexista, discriminatória e lesiva ao meio ambiente”. Deve ficar claro que, para a caracterização da publicidade abusiva, leva-se em conta os valores da comunidade e o senso geral comum.

A partir desse enunciado normativo, o conceito de publicidade abusiva deixa o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do Direito do Consumidor. Por isso não é demais mencionar que o conceito de publicidade abusiva é mais recente do que o da publicidade enganosa.

A respeito da publicidade abusiva preleciona Garcia (2014, p. 298):

A publicidade abusiva [...] é aquela que fere a vulnerabilidade do consumidor, podendo ser até mesmo verdadeira, mas que, pelos seus elementos ou circunstâncias, ofendem valores básicos de toda a sociedade. O § 2º, do artigo elenca, de modo exemplificativo, uma série de publicidades abusivas, como a que apresenta alguma forma de discriminação, que incita à violência, que explora o medo ou a superstição [...].

Também Almeida (2013, p. 403) lembra que o rol de condutas apresentado no § 2º, do art. 37, é meramente exemplificativo, o que é inquestionável exatamente pelo fato de ter o legislador se valido da expressão “dentre outras”.

Percebe-se, portanto, que o conceito de publicidade abusiva também é bastante amplo e flexível, razão pela qual a definição expressa no Código de Defesa do Consumidor traz apenas algumas de suas possíveis formas (NERY JUNIOR, 1992, p. 69), mas não esgota a matéria.

Em virtude da ampla concepção do que vem a ser publicidade abusiva é que Almeida (2013, p. 404) sintetiza afirmando tratar-se de “[...] mensagem ilícita caracterizada por trazer informações que ferem valores da coletividade”.

Não se pode ignorar, contudo, que a preocupação em vedar a publicidade abusiva se justifica pelos danos que causa ao consumidor, pois como enfatiza Nunes (2015 p. 582) pode levar o “[...] consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança”.

E o autor ainda acrescenta que o “caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que passam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor” (NUNES, 2015, p. 582).

Nas constatações de Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 288), o direito brasileiro ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da publicidade abusiva. Trata-se de uma noção em construção, até mesmo porque é mais recente no direito pátrio do que a noção de publicidade engano, ou seja, é um “critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que não seja enganoso”.

Para Silva (2008, p. 132-133), a publicidade deverá ser considerada abusiva quando o seu conteúdo lesar os valores socialmente aceitos, ou quando for capaz de induzir o consumidor a determinar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. A publicidade abusiva não tem, necessariamente, a intenção de causar à coletividade de consumidores um prejuízo econômico, embora quase sempre venha a causar-lhe um dano moral.

Não destoa desse entendimento os ensinamentos de Almeida (2000, p. 117), que define a publicidade abusiva como aquela que:

[...] não chega a ser mentirosa, mas é distorcida, desvirtuada dos padrões éticos que a sociedade deve preservar. Além disso, deturpa a vontade do consumidor, que pode, inclusive, ser induzido a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança.

Percebe-se, portanto, que a publicidade abusiva, ao contrário da enganosa, não necessariamente precisa ser inverídica. Ela é, na verdade, a apresentação desvirtuada dos padrões éticos, e que, por isso, é prejudicial ao consumidor, portanto tida como proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, é abusiva a publicidade que faça qualquer tipo de discriminação, que incite à violência, que explore o medo ou a superstição, que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, que desrespeite valores ambientais, ou seja, capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (GAMA, 2001, p. 36).

Fato é que pode ocorrer a hipótese de que um mesmo anúncio seja considerado enganoso e abusivo. Basta que o produto ou serviço dentro das condições anunciadas não corresponda àquilo que é verdadeiro e que o anúncio preencha o conteúdo da abusividade.

É o que observa Nunes (2015, p. 582), para quem “[...] basta que o produto ou serviço dentro das condições anunciadas não corresponda àquilo que é verdadeiro e que o anúncio preencha o conteúdo proibido de abusividade”.

Um exemplo de publicidade abusiva é descrito por Talavera (2001, p. 49), ocorrido em janeiro de 1998, quando o Conar abriu um processo contra um anúncio, do fabricante de peças íntimas femininas Du Loren, publicado na revista Isto é, que mostrava uma mulher sendo ameaçada de estupro e um slogan defendendo o aborto.

Outro exemplo parecido foi veiculado na revista Veja, do dia 26 do mês de maio de 2004, que traz uma publicidade abusiva capaz de induzir o consumidor a se comportar de

forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, é descrito nesta publicidade de um automóvel a seguinte frase: "a vida começa aos 18, quando você já pode dirigir. Mas fica bem mais emocionante aos 120".

Situações como as acima narradas, e inúmeras outras visualizadas na mídia impressa e televisiva, e outras formas de comunicação, fazem com que a intervenção dos órgãos competentes seja necessária, pois desvirtuam os fins da publicidade no ordenamento jurídico pátrio, fazendo com que esta se apresente como publicidade abusiva e, por conseguinte, vá de encontro aos direitos do consumidor.

Ceneviva (1991, p. 117) chama a atenção para o fato de que a publicidade enganosa, ao contrário da abusiva, pode-se dar por meio de comunicação ou informação. Já a abusiva “[...] se cinge aos característicos próprios da função publicitária”.

De qualquer forma, resta claro que em matéria de publicidade, a abusividade é noção distinta de enganabilidade, ou seja, a publicidade abusiva pode se manifestar em casos em que não existe publicidade enganosa e, nem por isso, deixa de ser prejudicial não apenas ao consumidor, mas como ao mercado em geral. Desta forma, uma publicidade, mesmo que absolutamente verdadeira, pode vir a ser proibida, por caracterizar-se abusiva.

2.3 ESPÉCIES DE PUBLICIDADE ENGANOSA

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor não apresente modalidade ou espécies de publicidade enganosa, tratando apenas de distinguir, no art. 37, a modalidade enganosa da abusiva, a doutrina busca tratar das formas de publicidade enganosa, distinguindo-a basicamente em comissiva e omissiva.

Ceneviva (1991, p. 116), ao analisar o § 1º, do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor ressalta:

A enganabilidade se contém no falso da mesma, inteiro ou parcial. Caracteriza-se, por qualquer outro modo, mesmo por omissão. O elemento objetivo do engano estará presente quando a publicidade se mostrar capaz de induzir em erro o consumidor, pessoa física ou jurídica, a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço do produto e do serviço. O enunciado é exemplificativo, podendo referir-se a qualquer outros dados, nos termos expressos do dispositivo.

Sobre o conceito de publicidade enganosa comissiva, prelecionam Tartuce e Neves (2016, p. 413):

Na publicidade enganosa por ação, há um dolo positivo, uma atuação comissiva do agente. Cite-se como exemplo a campanha publicitária que afirma que determinado veículo tem um acessório, o que não é verdade. O mesmo pode ocorrer em relação a um eletrodoméstico, como no seguinte caso: “Tendo em vista que o consumidor foi induzido em erro ao pensar que estava adquirindo uma câmera capaz de gravar vídeos com áudio, quando, em realidade, o produto não possuía tal função, ficou comprovada a publicidade enganosa autorizadora de rescisão contratual, com devolução do valor pago pelo bem” (TJRS – Recurso 38878-52.2010.8.21.9000, Campo Bom – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 14.04.2011 – DJERS 25.04.2011).

Também Almeida (2013, p. 400) afirma que a publicidade enganosa pode ser dar por ação ou omissão, sendo que a publicidade por comissão se concretiza quando “[...] afirma-se algo que não é real ou mostra-se uma situação que não condiz com a realidade, tudo de forma capaz a induzir o consumidor a erro”.

E o autor supracitado, no afã de tornar mais clara a compreensão desta distinção, apresenta a seguinte situação hipotética:

É o caso do anúncio de um veículo automotor 2.0 em que a informação veiculada é a de que tal carro consegue atingir a milagrosa marca de 20km/l no trânsito de grandes centros urbanos.

Até o surgimento de tecnologia capaz de conseguir tal façanha, encontra-se aí um bom exemplo de publicidade enganosa por comissão ao afirmar algo que ainda não existe.

Também na hipótese de publicidade de cervejas, que demonstra sempre um ambiente de muita festa e alegria, realidade muito diferente dos malefícios que tal produto é capaz de causar aos seus consumidores [...]. (ALMEIDA, 2013, p. 400).

Semelhante são os ensinamentos de Benjamin, Marques e Bessa (2014, p. 282), que também vislumbram a possibilidade da publicidade enganosa por comissão e por omissão, sendo aquela definida pelos autores como “[...] algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é”.

Na publicidade por omissão, por sua vez, o “[...] anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014, p. 282).

Não destoaria desse entendimento a lição de Tartuce e Neves (2016, p. 413-414):

Na publicidade enganosa por omissão há um dolo negativo, com atuação omissiva. Conforme o § 3º do art. 37 do CDC, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Pode ser traçado um paralelo em relação ao art. 147 do CC, que trata do silêncio intencional como dolo negativo: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. A título de exemplo, cite-se a hipótese em que uma empresa de refrigerantes lança uma campanha publicitária, mas deixa de informar aos consumidores que os prêmios constam das suas tampinhas (STJ – REsp 327.257/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.06.2004 – DJ 16.11.2004, p. 272).

Assim, a publicidade enganosa por omissão se caracteriza quando o fornecedor “deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço, ou seja, há ausência de informação sobre dado relevante que, uma vez existente, poderia influenciar no comportamento do consumidor” (ALMEIDA, 2013, p. 400). E o autor exemplifica:

[...] mais uma vez, o exemplo da publicidade das cervejas faz-se condizente com o contexto de publicidade enganosa por omissão. É evidente que “advertências” do tipo “beba com moderação” não informam sobre dado essencial do produto, em especial sobre os prejuízos que a ingestão é capaz de causar aos consumidores, aos familiares deste e à própria sociedade.

Logo, é possível afirmar que a publicidade enganosa por omissão nada mais é do que deixar o fornecedor de informar dado essencial.

Segundo Garcia (2014, p. 297), é de suma importância atentar para o fato de que a informação que o fornecedor deixa de prestar é “essencial”, ou seja, “[...] aquela cuja ausência pode influenciar o consumidor nas compras, uma vez que relevante aos produtos ou serviços e o consumidor a desconhece”.

Também Nunes (2015, p. 576) preconiza ser a identificação do “dado essencial” de suma importância para a identificação da publicidade enganosa por omissão, ressaltando que se trata “[...] daquilo que é indispensável, necessário, importante”. Logo, não pode o consumidor conhecer do dado tido essencial, pois se isso ocorrer não há o que se falar em influência ao consumidor e, portanto, a indução à erro não restará configurada.

E para tornar mais clara a importância do dado essencial na publicidade enganosa por omissão Nunes (2015, p. 576) preleciona:

[...] não é omissão deixar de informar que um automóvel tem direção; que os pneus são de borracha, e que para pará-lo é preciso pisar no breque, pois são dados que, apesar de inerentes ao produto e essenciais para sua utilização, são por demais conhecidos pelo mercado e pelo consumidor, fazendo parte de sua experiência regular, não afetando a publicidade, só porque não são apresentados.

Mas seria omissão não informar que um apartamento vendido com preço diferenciado, bem abaixo do mercado, em região nobre e novo (isto é, que acaba de ser construído), não tem vaga de garagem. O pressuposto é que apartamentos novos em regiões nobres sempre tenham vaga de garagem. Se aquele não tem, é um dado essencial que precisa ser veiculado.

Resta evidente, portanto, que informações imprescindíveis à compreensão das peculiaridades do produto ou serviço devem ser veiculadas, sob pena de se configurar publicidade enganosa por omissão.

2.4 SANÇÕES CABÍVEIS PARA OS CASOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

O Código de Defesa do Consumidor como visto, veda a publicidade enganosa e abusiva, de forma expressa no art. 37. Logo, qualquer informação ou comunicação publicitária que seja inteira ou parcialmente falsa, ou que por meio outro, ainda que omissão, seja capaz de induzir a erro o consumidor, é tida como publicidade enganosa e, portanto, passível de sanção.

De acordo com Almeida (2013, p. 377), as sanções consagradas no Código de Defesa do Consumidor se pautam no princípio da proibição da publicidade ilícita, consagrado no supracitado dispositivo de lei.

Uma forma de sanção contra a publicidade enganosa se encontra consagrado no *caput* do art. 60 do Código de Defesa do Consumidor, que é o dever da contrapropaganda que, segundo Almeida (2013, p. 657), “[...] será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, sempre a expensas do infrator”.

Assim dispõe o art. 60 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

A contrapropaganda é, portanto, sanção administrativa, nos termos do art. 56 do mesmo diploma legal.

A contrapropaganda, segundo Ceneviva (1999, p. 132), “[...] corresponde ao oposto da divulgação publicitária, pois destinada a desfazer efeitos perniciosos [...]”.

Dessa forma, sempre que veiculada publicidade enganosa, é dever do responsável pela infração adotar medidas para minimizar os prejuízos, pois os danos ao mercado de consumo são imediatos e, não raras vezes, irreparáveis.

É o que se extrai dos ensinamentos de Nunes (2015, p. 580):

[...] será sempre impossível desfazer todo o mal causado pelo anúncio enganoso. Mas é possível remediá-lo, e isso se dá pela determinação da prática de contrapropaganda. A imposição dessa penalidade decorre das medidas judiciais a disposição do magistrado para a proteção dos consumidores, uma vez que é intenção da lei consumerista dar ampla tutela para a garantia dos direitos dos consumidores: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83).

Por isso, a contrapropaganda é vista como uma sanção àquele que inobservou o disposto no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, compelindo-o a veicular nova mensagem publicitária, sem os vícios da enganabilidade e nas mesmas proporções da mensagem viciada, “[...] como a única forma de desfazer ou, ao menos, minimizar os malefícios da publicidade enganosos [...]” (ALMEIDA, 2013, p. 658).

Significa dizer, portanto, que se a publicidade enganosa foi veiculada em horário nobre, no intervalo de jornal televisivo, deve a contrapropaganda ser exibida da mesma forma, frequência e dimensão, inclusive quanto ao espaço e horário da publicidade viciada, pois só assim o público alvo será atingido, e os danos pelo menos minimizados.

Não é demais ressaltar que a responsabilização do fornecedor/anunciante, em caso de publicidade enganosa, é sempre objetiva. Porém, Almeida (2013, p. 673) ressalta que em se tratando da agência de publicidade, veículo de comunicação e do próprio artista que participa do anúncio enganoso, há divergência quanto à natureza da responsabilização, ou seja, se responde objetiva ou subjetivamente.

Complementa o autor que no âmbito jurisprudencial o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que responde apenas o fornecedor que patrocina o anúncio, não se estendendo a responsabilidade, portanto, aos demais sujeitos envolvidos:

Na visão do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade é apenas do fornecedor[33]que patrocina o anúncio: “As empresas de comunicação não respondem por publicidade e propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, arts. 3º e 38). O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante — não às empresas de comunicação (art. 3º, CDC)” (REsp 604.172/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., DJ 21- -5-2007) (ALMEIDA, 2013, p. 675).

Porém, Nunes (2015, p. 532) ressalta o contido no art. 45, alíneas “a” e “b”, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que consagra a responsabilidade solidária do anunciante e da agência pelas infrações que o anúncio publicitário possa gerar e pelos danos que pode causar.

O mesmo Código, segundo o autor, também consagra a responsabilidade solidária do veículo de informação “[...] sempre que o anúncio contrariar as normas regulamentadoras do setor e as demais normas jurídicas aplicáveis” (NUNES, 2011, p. 532), nos termos do art. 45, alínea “e”.

No que se refere à responsabilidade dos demais envolvidos, o autor destaca:

Os diretores, gerentes, sócios, administradores e demais envolvidos, como anunciantes, agências e veículos, são responsáveis, na medida de sua participação e/ou poder decisório, pelos danos que o planejamento, criação, execução e veiculação do anúncio possa causar (art. 46) (NUNES, 2011, p. 533).

Também Fadel (2004, p. 161) destaca que, em face da sistemática do Código de Defesa do Consumidor, tanto anunciante quanto agência publicitária e veículo de divulgação são administrativamente responsáveis, respondendo solidariamente e de forma objetiva pelos danos causados ao consumidor em virtude da publicidade enganosa, acrescentando, ainda, que as sanções administrativas, embora inexista previsão legal para tanto, podem também ser aplicadas pelo CONAR, até mesmo porque o art. 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária traz em seu bojo algumas sanções administrativas, a exemplo da advertência e suspensão do anúncio.

O artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor trata da inversão do ônus da prova. A inversão do Ônus da prova no Código de Proteção e Defesa do Consumidor abrange dois parâmetros distintos, sendo eles a inversão legal do ônus da prova previsto no artigo 38 e a inversão *ope iudicis* que está prevista no inciso VIII do artigo 6º, que estabelece como direitos básicos do consumidor "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, 8.078/90).

O legislador ao criar esta figura de inversão do ônus da prova o fez com o intuito de tentar minimizar as desigualdades entre fornecedor e consumidor. Desta forma há uma facilitação da defesa do consumidor que na maioria das vezes não detêm o conhecimento técnico necessário suficiente para provar o fato alegado, ou detectar o problema no produto.

Tem-se, ainda, as sanções administrativas, consagradas no Código de Defesa do Consumidor, que decorrem do poder de polícia e se encontram previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

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

I — multa;

II — apreensão do produto;

III — inutilização do produto;

IV — cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V — proibição de fabricação do produto;

VI — suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII — suspensão temporária de atividade;

VIII — revogação de concessão ou permissão de uso;

IX — cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X — interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI — intervenção administrativa;

XII — imposição de contrapropaganda (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Resta evidente, portanto, que nem todas as sanções administrativas elencadas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao caso de publicidade, cabendo ao magistrado, no caso em concreto, averiguar a proporcionalidade na aplicação da sanção, até mesmo porque apenas a prevista no inciso XII – imposição de contrapropaganda, por expressa determinação legal, tem lugar quando se trata de publicidade enganosa.

Por fim, mas não menos importante, tem-se a sanção de natureza criminal, prevista no art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê pena de detenção de três meses a um ano, e multa, àquele que promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Ao analisar o referido dispositivo, Filomeno (2014, p. 111) bem lembra que é o dispositivo que se aplica exclusivamente à publicidade, condicionando, consequentemente, os sujeitos envolvidos não apenas na veiculação da publicidade enganosa, mas também aqueles relacionados ao processo de criação.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos de publicidade enganosa é ampla, desde medidas administrativas, a exemplo da imposição da contrapropaganda, até mesmo a responsabilização criminal dos envolvidos. Por isso, antes de finalizar a pesquisa, é importante apresentar alguns exemplos de como pode ser o diploma legal em comento aplicado em casos envolvendo publicidade enganosa.

Não é demais lembrar que vários são os artifícios que, na análise do caso em concreto, pode conduzir ao reconhecimento da enganiosidade, desde a utilização de chamariz, exagero publicitário, ambiguidade, dentre outros.

Nunes (2015, p. 362) traz exemplo de veiculação publicitária enganosa, que clama a intervenção estatal para obstar malefícios ao consumidor, nos seguintes termos:

O exemplo traz uma pequena diferença a favor do consumidor, mas traz. É o caso de publicidade enganosa sofisticada: se compra 12 e paga por 10, numa cerveja que custe R\$ 0,80, estará pagamento R\$ 8,00 pela dúzia, em vez do valor regular de R\$ 9,60, o que dá o preço individual da lata a R\$ 0,66. Todavia, se compra 12, paga pelas 12 e recebe mais duas, o custo total é de R\$ 9,60, e o preço individual é de R\$ 0,68. O exemplo é apenas para demonstrar a potencialidade da operação, já que na prática a diferença é quase irrelevante.

Percebe-se que, num primeiro momento, a situação hipotética apresentada pelo autor pode ser concebida com lícita. Porém, quando se vislumbra, a partir de um cálculo aritmético, que a forma de anúncio pode ser mais ou menos vantajosa para o consumidor, evidencia-se a enganiosidade e, portanto, a contrariedade as normas consumeristas.

Almeida (2013, p. 947-948), ao analisar a aplicação das sanções administrativas ao anunciante em decorrência da publicidade enganosa, pontua que nada obsta a aplicação cumulativa de sanções, citando decisão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementada:

ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR — PUBLICIDADE ENGANOSA — MULTA APLICADA POR PROCON A SEGURADORA PRIVADA — ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM, POIS A PENA SOMENTE PODERIA SER APLICADA PELA SUSEP — NÃO OCORRÊNCIA — SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR — SNDC — POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA EM CONCORRÊNCIA POR QUALQUER ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PÚBLICO OU PRIVADO, FEDERAL, ESTADUAL, MUNICIPAL OU DISTRITAL.

1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto n. 73/66, somente à Susep caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos implicaria verdadeiro bis in idem e enriquecimento sem causa dos Estados, uma vez que a Susep é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais.

2. Não se há falar em bis in idem ou enriquecimento sem causa do Estado porque à Susep cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura

e simples, nos termos do Decreto n. 73/66. Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC que, nos termos do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor, é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor. Recurso ordinário improvido (RMS 26.397/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T., DJe 11-4-2008).

No caso em comento percebe-se que houve o questionamento quanto a aplicação de multa pelo PROCON em caso de publicidade enganosa, entidade administrativa, sendo a decisão firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que inexistia *bis in idem* a aplicação de sanção administrativa por órgãos diversos.

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já foi provocado a se pronunciar sobre situação envolvendo publicidade enganosa, condenando o anunciante ao pagamento de indenização pelo descumprimento do contrato, já que fora o consumidor induzido a erro, por acreditar que ao final do contrato seria contemplado com um veículo novo (SÃO PAULO, 2008).

A decisão em comento se encontra assim ementada:

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO PUBLICIDADE ENGANOSA - TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO QUE PROMETE AO APLICADOR A AQUISIÇÃO DE BEM. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A OFERTA Caracteriza publicidade enganosa aquela que induz o consumidor a erro, fazendo crer que ao final do plano, adquirirá veículo OKm. Isso ocorrendo, deve o anunciante e aqueles que endossaram a promessa (no caso a Montadora) cumprir o prometido. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - DANO MORAL - Cabível a indenização por dano moral em caso de descumprimento contratual, já que o inadimplemento causa no credor transtorno, abalo, aborrecimento, sentimentos passíveis de serem indenizados RECURSO PROVIDO EM PARTE (SÃO PAULO, 2008).

No caso em tela o consumidor alegou, em apertada síntese, que a campanha publicitária realizada pelo anunciante, com apoio da concessionária de veículos, leva a entender que após o investimento, teria numerário suficiente para a aquisição de um veículo 0 km, já que o anúncio expressamente mencionava que “você escolhe o carro, a forma de pagamento e fecha negócio”, dentre outras frases capazes de induzir a erro (SÃO PAULO, 2008).

Acrescenta o órgão julgador que a própria empresa ré, anunciante, em seu manual de perguntas e respostas destacava a possibilidade de o “[...] cliente formar capital para poder adquirir seu veículo 0 Km da marca Fiat, conforme sua opção, se por ocasião do sorteio ou, ao final do Plano” assim o desejasse (SÃO PAULO, 2008).

Nesse contexto é que os julgadores entenderam que não se tratava de um mero investimento, pois os anunciantes davam a entender que os consumidores adquiriam, a longo prazo, e de maneira vantajosa, veículo 0 Km, aproveitando-se da ingenuidade do consumidor, em clara afronta ao art. 30 do Código de Defesa do Consumidor e em inobservância, ainda, ao disposto no § 1º, do art. 37 do mesmo diploma legal (SÃO PAULO, 2008).

Assim, concluíram que o anunciante induziu a erro o consumidor, condenando este ao ressarcimento dos danos materiais, ou seja, os valores pagos pelo consumidor, sem prejuízo da indenização por danos morais (SÃO PAULO, 2008).

Em mais recente decisão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu pedido de consumidor que, em virtude da publicidade enganosa, veio a ser lesado:

Ação condenatória de obrigação de fazer c/c pedido de indenização Publicidade enganosa (art. 37 do CDC) Curso de pedagogia - Enganosidade potencial caracterizada - Responsabilidade objetiva do estabelecimento de ensino (art. 37, § 1º do CDC) Liquidação dos danos morais Redução da indenização - Admissibilidade - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade Vedação ao enriquecimento sem causa Binômio compensação-pena Valor do negócio envolvido. Apelação parcialmente provida (SÃO PAULO, 2013).

No caso em comento o consumidor pleiteou a obrigação de fazer e a reparação dos danos materiais e morais em decorrência da publicidade enganosa de curso universitário, destacando que teria frequentado o curso, levando a crer que então poderia lecionar para alunos até o ensino fundamental (SÃO PAULO, 2008).

A empresa ré, anunciante, defendeu-se ao argumento de que a consumidora jamais poderia ter se equivocado quanto ao curso, pois o folheto que circulou com informações acerca do curso é do ano de 2000, e o vestibular teria sido prestado pela consumidora no ano anterior (SÃO PAULO, 2013).

Porém, o órgão julgador reconheceu a publicidade enganosa, vedada pelo art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, e a consequente responsabilidade do anunciante pelos danos causados, pois os anúncios induziram a erro o consumidor, até mesmo porque fazia expressa menção a capacitação dos profissionais para atuar “[...] nas séries iniciais do ensino fundamental e nos conteúdos pedagógicos da formação docente” (SÃO PAULO, 2013).

Nesse contexto, os julgadores entenderam pela ambiguidade dos anúncios publicitários veiculados pela empresa ré, anunciante, até mesmo porque não restaram claras as informações quanto ao alcance do curso prestado pelo consumidor, o que configurou o comportamento danoso e a consequente obrigação de responder civilmente pelos danos causados (SÃO PAULO, 2013).

Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, tem-se decisão proferida nos autos de ação civil pública, movida pelo Ministério Público Estadual, que culminou na condenação do anunciante ao pagamento de indenização no importe de um milhão de reais, decisão que se encontra assim ementada:

RESPONSABILIDADE CIVIL Ação Civil Pública Indenização por danos morais e Obrigação de Fazer Prática atentatória à saúde física dos consumidores (comercialização de produtos com prazo de validade expirado) e Propaganda enganosa Procedência do pedido para condenar a ré no pagamento de reparação moral no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) Preliminares Cerceamento de Defesa Inocorrência Ausência de fundamentação ao decisum quanto aos parâmetros de fixação do valor indenizatório Inocorrência Veiculação de produtos inadequados ao consumidor, ora com prazo de validade adulterado, ora sem informação devida acerca de tal prazo sua validade Má prestação do serviço Produto comercializado, impróprio ao consumo ? Dever de informar Inteligência dos artigos 6º, inciso II; 12, § 1º, inciso I e II, ambos do CDC Publicidade enganosa Ofensa à boa-fé objetiva Condutas ilícitas. Responsabilidade civil configurada Dano moral coletivo Dever em indenizar Requisitos presentes Redução do quantum Impossibilidade Decisão mantida Juros de mora Cômputo Revisão de ofício Precedentes desta Câmara Súmula 54, STJ Recurso desprovido, com observação (SÃO PAULO, 2014).

O órgão julgador, ao analisar o recurso interposto pela anunciante, ressaltou que os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público demonstram efetivamente a prática de publicidade enganosa, tanto que fora o anunciante notificado e multado pelo Município, houve perícia, fiscalização a cargo do PROCON, dentre outras situações a comprovar situações diversas, como a sobreposição de etiquetas sobre a validade de produtos perecíveis, buscando induzir em erro o consumidor (SÃO PAULO, 2014).

Destacou o órgão julgador que a manobra realizada pela rede de supermercados, de sobrepor as etiquetas dos produtos vencidos, induz em erro o consumidor, que de fato não tem como averiguar se o produto se encontra ou não apto ao consumo (SÃO PAULO, 2014).

Não bastasse isso, a anunciante também apresentou oferta sem elementos suficientes para a compreensão do consumidor, como relatado pelo órgão julgador, *in verbis*:

A oferta anunciada (“peito de frango congelado sertanejo”), ao não discriminar a diferença (peso e invólucro) entre os dois produtos que comercializa, sob esta denominação (bandeja/pacote), até porque fotografou o produto *in natura* (fl. 363), não informou, suficientemente, ao consumidor, dado essencial a influir na sua opção econômica, inculcando-lhe falsa noção da realidade exposta. Uma publicidade não deve destoar da verdade real daquilo que se propõe a anunciar, dentro dos limites da lei. A afirmação ou omissão de dados que falte com a verdade, a manipulação de frases, sons e imagens que confundam ou iludam o consumidor, induzindo-o em erro, e a discriminação de qualquer natureza são consideradas publicidades (propagandas) enganosas ou abusivas (SÃO PAULO, 2014).

Constata-se, portanto, que a falta de informações suficientes para que o consumidor decida sobre a compra configura publicidade enganosa por omissão, sujeitando o anunciante as consequências legais.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se encontra decisão na qual o órgão julgador reconheceu a publicidade enganosa por omissão, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. VENDA CASADA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Sentença de parcial procedência. Ausência de comprovação de lesão aos direitos da personalidade. Como bem ponderado pelo julgador, a autora "(.) não buscou um gerente ou um responsável para reclamar do fato ou da conduta do vendedor, aceitou a compra, recebeu o produto sem ressalvas, não reclamou ao SAC da empresa ou aos órgãos de defesa do consumidor e só buscou o Poder Judiciário mais de um ano e três meses da data da compra do fogão. Não é o comportamento usualmente verificado em situações em que há repercussão de um fato danoso na esfera íntima do ofendido. Mais do que isso, o depoimento pessoal, quando nada, revela grave comportamento negligente da consumidora, que disse não ter lido documento que assinou (fls. 23), que autoriza o lançamento de débito em seu cartão sem verificar o valor que lhe é cobrado (fls. 24) e, ainda, esperou mais de um ano para buscar eventual direito que lhe assistiria. O CDC serve para proteger o consumidor vulnerável - como, no caso, da publicidade enganosa por omissão de informação essencial -, mas não para proteger o consumidor incauto e negligente, sob pena de ferimento do princípio do *non venire contra factum proprium*". Jurisprudência do E. STJ. Súmula 75 do TJRJ. Art. 557, caput, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO (RIO DE JANEIRO, 2014).

No caso em comento a consumidora pleiteou a rescisão contratual e indenização por danos morais e materiais ao argumento de que fora vítima de venda casada, pois ao adquirir um fogão foi informada pelo vendedor de que receberia certificado de garantia estendida, sem qualquer custo, o que a levou a efetuar a compra. Porém, percebeu posteriormente que a referida garantia onerou o preço final do produto, sendo que a empresa se negou a desfazer o negócio (RIO DE JANEIRO, 2014).

Em primeira instância foi a pretensão da consumidora julgada procedente, pois o julgador reconheceu a prática da venda casada, e a consequente omissão do anunciante quanto à natureza da garantia estendida, condenando a empresa a devolução, em dobro, do valor pago a este título, sem reconhecer, contudo, o dano moral (RIO DE JANEIRO, 2014).

Assim, em sede recursal, a consumidora reiterou o pedido de indenização decorrente da venda casada, não logrando êxito, sendo a sentença mantida em seus termos originais, por entender ter a empresa omitido a informação de que a garantia estendida geraria ônus, induzindo a erro o consumidor (RIO DE JANEIRO, 2014).

Importante decisão sobre o tema publicidade enganosa é encontrada no âmbito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que ao analisar a problemática da responsabilização criminal, nos termos do art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, e a

imputação aos envolvidos da prática do crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, entendeu não estar presente a justa causa para a propositura da ação penal, nos seguintes termos:

Habeas corpus - estelionato e promoção de publicidade enganosa (artigos 171 do cp, e 67 do cdc) - imputação de autoria coletiva - presidente de empresa diversa da pessoa jurídica envolvida nos fatos - trancamento da ação penal - ausência de justa causa para a propositura da ação penal - ordem concedida (MATO GROSSO DO SUL, 2008).

O paciente, no caso em comento, foi denunciado juntamente com outras duas pessoas pela prática do delito previsto no art. 67 do Código de defesa do Consumidor, por fazer ou promover publicidade enganosa, sem prejuízo da prática do crime de estelionato (MATO GROSSO DO SUL, 2008); e, inconformado, impetrou *habeas corpus*.

O órgão julgador ressaltou que a denúncia ofertada pelo Ministério Público expressamente dispunha que a SULCAP (Corretora de Seguros de Vida e Capitalização Ltda.) ofertava títulos de capitalização mediante informações falsas, distorcendo assim a “[...] natureza, característica, qualidade e finalidade do título de capitalização, sob o argumento de que garantiam a aquisição de automóveis, motos e casas e a liberação de créditos mensais [...]” (MATO GROSSO DO SUL, 2008).

Acrescenta que o Ministério Público destacou em sua denúncia que representantes legais e vendedores da referida corretora, para obter maiores lucros, induziram e mantiveram inúmeros consumidores em erro, motivo pelo qual denunciou o presidente da sociedade Sul América Capitalização S.A. (MATO GROSSO DO SUL, 2008).

Ao analisar o *habeas corpus*, o órgão julgador não adentrou na configuração ou não da publicidade enganosa, mas destacou que a denúncia deve descrever uma conduta ilícita, justificando a inclusão de uma pessoa no polo passivo, e não se limitar a relacionar o nome do presidente da sociedade acima mencionada à suposta prática de um delito (MATO GROSSO DO SUL, 2008).

Ato contínuo destaca o órgão julgador que em sendo os representantes legais e vendedores da SULCAP responsáveis pela suposta prática delitiva, e sendo as reclamações dos consumidores voltadas a estes sujeitos, não se justifica a prisão do presidente da Sul América Capitalização S.A (MATO GROSSO DO SUL, 2008). E, por entender não estar presente a justa causa, concedeu a ordem pleiteada.

Percebe-se, portanto, que para a configuração do crime previsto no art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, é de suma importância a vinculação direta do responsável à

conduta que configura a publicidade enganosa, até mesmo porque, como é sabido, as sanções criminais são a *ultima ratio* do Direito.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por sua vez, reconheceu a prática do crime previsto no art. 67 do Código de Defesa do Consumidor, ressaltando que a posição assumida pelo denunciado na sociedade empresária, qual seja, a de sócio gerente, leva a crer o conhecimento dos fatos imputados, mormente quanto à publicidade enganosa, nos seguintes termos:

PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. PUBLICIDADE ENGANOSA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE TER O AGENTE CONCORRIDO PARA O CRIME. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE SÓCIO MAJORITÁRIO E GERENTE DA EMPRESA. SOCIEDADE LIMITADA FORMADA POR APENAS DOIS SÓCIOS. DEVER DE CONHECER DOS ATOS PRATICADOS. AUTORIA CONFIRMADA PELAS PROVAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I-Não tendo decorrido entre as causas interruptivas e suspensiva do prazo prescricional, lapso temporal igual ou superior a 04 (quatro) anos, necessário a extinção da punibilidade do crime em face da pena em concreto, não há como ser reconhecido o referido instituto de Direito Penal. Preliminar rejeitada à unanimidade. II-Demonstrado nos autos que o apelante era o sócio gerente da citada microempresa, e, ainda, na condição de cotista majoritário de sociedade limitada formada por apenas 02 (dois) sócios, todos os atos, inclusive os de cunho publicitário, certamente eram combinados e definidos entre ambos, principalmente pelo apelante seu administrador, razão pela qual não há como ser afastada a autoria do crime contra as relações de consumo (art. 67, 8.078/90) por haver subsunção do fato ao tipo penal. Logo, impõe-se a condenação. III-Recurso não provido. Decisão unânime (PERNAMBUCO, 2009).

Basta lembrar, aqui, que o art. 67 do Código de Defesa do Consumidor alcança anunciante, agência de publicidade, veículos de comunicação e outros sujeitos envolvidos na produção ou divulgação de publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa. Logo, não há mesmo como afastar a responsabilização do sócio gerente quando configurada a enganiosidade.

Percebe-se, portanto, que várias são as situações que, no caso em concreto, configuram publicidade enganosa, conduzindo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, seja no que tange a responsabilização civil pelos danos causados, seja quanto à responsabilização criminal, o que não afasta a aplicação de medidas administrativas.

Laçadas as considerações acerca da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, passamos a discorrer sobre o Conselho Nacional e Autorregulamentação Publicitária (CONAR), instituição criada por entidades ligadas à atividade publicitária (agências, anunciantes e veículos de comunicação) com o objetivo de regulamentar o setor, criando regras para a realização e veiculação de publicidade.

3 CONAR - CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Como já afirmado, o Brasil conta, desde o ano de 1980, com o Conselho de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, organização não-governamental com sede em São Paulo, que pode eticamente retirar de circulação publicidade enganosa ou abusiva, mas lhe falta força jurídica para tanto.

Como não é um órgão do Estado, mas da sociedade civil, o CONAR não pode exercer poder de polícia, não sendo competente, por exemplo, para impor multas, expedir ordem de prisão ou elaborar leis. Logo, não tem a força que o Código de Defesa do Consumidor possui em relação à publicidade enganosa.

Os veículos de comunicação e os anunciantes nunca tiveram o dever legal de acatar qualquer decisão do CONAR, até porque tais decisões são apenas recomendações.

Acerca da natureza das decisões do CONAR, Valente (2015, p. 474) destaca:

Como não é um órgão estatal, o parecer do Conar é uma recomendação, não uma obrigação. As entidades e empresas que o apoiam fazem-no voluntariamente. Mas, segundo os próprios profissionais, na maior parte dos casos as recomendações são acatadas por todos os envolvidos – agências, veículos e anunciantes –, justamente porque o órgão goza de prestígio e respeitabilidade no segmento.

Anote-se que normalmente as entidades e as empresas acatam voluntariamente as recomendações do CONAR. Porém, se as partes recomendadas não a aceitarem de livre escolha, a discussão pode ser levada ao Poder Judiciário ou aos órgãos da Administração Pública, a exemplo dos Órgãos de Defesa do Consumidor decorrentes do Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor - PROCON.

Cumprе esclarecer que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, como se extrai de informações constantes no sitio eletrônico da organização, veio a lume exatamente quando o governo federal pensava em editar legislação específica, estabelecendo uma espécie de censura prévia à propaganda (CONAR, s.d.).

Se editada a legislação pretendida, somente poderia ser veiculado anúncio após prévia aprovação, sendo alta a burocracia e um verdadeiro retrocesso em se tratando de liberdade de imprensa (CONAR, s.d.).

Nesse contexto surgiu a ideia de estabelecer um Código de Autorregulamentação, com a função de “[...] zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das

partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor” (CONAR, s.d.), a exemplo do que já ocorria na Inglaterra, ideia esta que ganhou adeptos no país, envolvendo grandes nomes da publicidade que representavam agências, anunciantes e veículos de comunicação.

Após editado o Código de Autorregulamentação, fez-se necessário o seu reconhecimento pelas autoridades brasileiras, o que ganhou, no final da década de 1970, repercussão em todo o país (CONAR, s.d.).

O Código foi lançado em 1978, durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda e, em 1980, foi fundado o Conar, uma organização não governamental, estabelecida por entidades do mercado publicitário brasileiro, responsável pelo cumprimento do Código (VALENTE, 2015, p. 473).

Também Fadel (2004, p. 154) destaca que a instituição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária contou com o apoio da Associação Brasileira de Agências de Propaganda, a Associação Brasileira de Anunciantes e a Associação Nacional de Jornais, o que deu maior credibilidade ao diploma em comento.

Ato contínuo, foi então fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, organização não governamental, como já dito anteriormente, e que busca, primeiramente, a efetividade do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Sobre o surgimento do CONAR, sintetiza Valente (2015, p. 473):

O surgimento do Conar tem relação direta com os movimentos de defesa do consumidor que, na década de 1970, começaram a resultar em iniciativas governamentais de regulação da propaganda comercial. No auge da ditadura, o governo tentou sancionar uma lei de censura à propaganda instituindo um órgão responsável pelo controle prévio dos anúncios. Tal situação mobilizou publicitários, anunciantes e veículos, que reconheceram a necessidade de impor maiores limites à profissão. A solução apresentada foi inspirada no modelo inglês, sintetizada em um código de autorregulamentação, cujo propósito seria zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado, inclusive os do consumidor [...]. Assim, o grupo acabou por convencer as autoridades federais a abandonar o projeto de censura e confiar aos profissionais a possibilidade de se autorregulamentarem.

O CONAR se caracteriza por ser despido de formalismo, além de ser capaz de “[...] assimilar as evoluções da sociedade, refletir-lhe os avanços, as particularidades, as nuances locais” (CONAR, s.d.), ou seja, é entidade que busca se afastar da burocracia e conservadorismo, até mesmo porque a publicidade não comporta tamanha restrição.

Cumprir trazer à baila, nesse ponto, os preceitos básicos norteadores da ética publicitária, elencados pelo CONAR (s.d.):

[...] todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país, deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais, deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor, deve respeitar o princípio da leal concorrência; e, deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

Também é mister destacar que o CONAR busca atender às denúncias provenientes de consumidores, autoridades, associados e oriundas da sua diretoria, competido ao Conselho de Ética do CONAR, “[...] o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código” (CONAR, s.d.), julgar a denúncia observando o direito de defesa dos envolvidos. E, ao final, pode recomendar a suspensão ou sugerir correções, podendo ainda advertir o anunciante e a agência que produziu a propaganda.

No que tange a missão do CONAR, a organização preconiza que tem por objetivo “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial” (CONAR, s.d.), destacando, portanto, a sua relevância no Estado brasileiro.

Superada a breve contextualização do CONAR, cumpre compreender como a publicidade enganosa é enfrentada pela organização, o que se passa a expor a seguir.

3.1. A PUBLICIDADE ENGANOSA SOB A PERSPECTIVA DO CONAR

A primeira questão a ser destacada é que a publicidade, segundo o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, “[...] deve ser confiável no conteúdo e honesta na apresentação, pois é da confiança pública que depende o seu êxito” (CONAR, 1980).

Por isso é que Nunes (2015, p. 574) que será enganosa a publicidade que, mesmo sem violar o Código de Defesa do Consumidor, contrarie determinações das normas do próprio setor, em especial o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Dessa forma, a publicidade enganosa é de plano repudiada pelo CONAR, até mesmo porque, como também se extrai do preâmbulo do referido Código, a “[...] atividade

publicitária se acham naturalmente subordinadas ao império da lei e devem reger-se pelo princípio da legalidade” (CONAR, 1980).

Dispositivo de suma importância na compreensão de como o CONAR se posiciona diante da publicidade enganosa é o art. 5º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual dispõe que “nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular” (CONAR, 1980).

O art. 15 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por sua vez, dispõe que os padrões éticos estabelecidos pelo CONAR devem ser observados por todos os envolvidos na atividade publicitária, o que implica, por conseguinte, na responsabilização solidária de anunciantes, agências, dentre outros sujeitos envolvidos (CONAR, 1980).

Ao analisar o dispositivo supracitado, Nunes (2015, p. 517) destaca a vinculação legal dos preceitos consagrados no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

É a própria autorregulamentação o que expressamente declara que seus preceitos têm de ser respeitados por todos os que estiverem envolvidos na atividade publicitária, tais como o anunciante, a agência de publicidade, o veículo de divulgação, o publicitário, o jornalista e qualquer outro profissional de comunicação envolvido no processo publicitário (art. 15).

Nunes (2015, p. 574) defende que o art. 16 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é dispositivo que reforça a aplicabilidade deste diploma à prática de propaganda enganosa:

Não só porque é uma decorrência lógica das determinações das normas autorregulamentares descumpridas, como são os próprios autores que o dizem. Com efeito, o art. 16 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária dispõe 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".

De fato, vários são os dispositivos que trazem preceitos éticos que, embora não se refiram à publicidade enganosa de forma direto, buscam repudiá-la. Logo, embora o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária seja anterior ao Código de Defesa do Consumidor, com ele se coaduna principalmente quanto a vedação da publicidade enganosa.

Nesse contexto é que Nunes (2015, p. 574) ressalta: “[...] o anúncio que contrariar as disposições da norma autorregulamentadora será tido como enganoso porque viola o princípio da boa-fé estabelecido no CDC”.

Dessa forma, a publicidade deve ser sempre honesta e verdadeira:

É a primeira regra do CBAP, que expressamente dispõe que todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro. É o óbvio ululante, mas, mesmo assim, é bom que se tenha dito. Não seria possível imaginar que o sistema jurídico compactuasse com desonestidade e mentira. E a norma vai mais além, dando contornos do que aponta como honesto e verdadeiro (NUNES, 2011, p. 518).

Logo, o anúncio deve ser honesto, ou seja, não abusar da confiança do consumidor, explorar sua falta de experiência ou conhecimento, nem mesmo beneficiar da credulidade; e será verdadeiro sempre que a descrição, preço e forma de pagamento, oferta de preço menor, entrega, garantia, dentre outros elementos, sejam explicitados de forma a obstar que seja o consumidor possivelmente induzido a erro, ainda que por omissão.

Porém, a melhor forma de se observar como o CONAR se posiciona diante da publicidade enganosa é a partir da análise de alguns casos levados à apreciação da organização.

Valente (2015, p. 476-477) afirma que entre os anos de 2001 e 2011 o Conar foi provocado a se pronunciar em 2.995 processos, sendo que 36,2% dos casos são provenientes de consumidores.

Enfatiza o autor, ainda, que 56% das denúncias foram julgadas procedentes e o parecer concluiu pela alteração da campanha até a sua completa retirada de veiculação, sendo possível, em casos mais graves, a retirada liminar do anúncio publicitário.

Nunes (2015, p. 580) chama a atenção para o fato de que o CONAR, assim como órgãos públicos que objetivam a defesa dos direitos do consumidor, exerce importante controle administrativo sobre a publicidade enganosa.

Talavera (2001, p. 46) apresenta um exemplo de publicidade enganosa que foi objeto de análise pelo CONAR, nos seguintes termos:

Em dezembro de 1995, o Conar, Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, acusou a empresa Sand Lake do Brasil de desrespeitar a ética de conduta do órgão ao anunciar seus produtos em comerciais de TV. Todo anunciante deve ter autorização legal para a venda do produto e comprovar a veracidade das informações de sua publicidade, porém, cinco produtos da empresa eram exemplos de publicidade enganosa, entre eles o GH12, que afirmava combater a calvície; o Z30, contra o mau hálito; e o Ecstasy, com supostos efeitos afrodisíacos. A lista

continuava co Stronger, um produto para ganhar peso, que era apresentado como “a academia em cápsulas”, e o Chroma Gum, um chiclete dietético que assegurava a perda de até dez quilos em um mês.

Outro exemplo de publicidade enganosa também é descrito por Talavera (2001, p. 49), ocorrido em janeiro de 1998:

O Conar abriu um processo contra um anúncio, do fabricante de peças íntimas femininas Du Loren, publicado na revista “Isto é”, que mostrava uma mulher sendo ameaçada de estupro e um slogan defendendo o aborto.

Assim, demonstra-se a atuação do CONAR no enfrentamento da publicidade enganosa, o que se extrai também de pronunciamentos mais recentes, a exemplo do julgamento da Representação nº 263/2014, de autoria de uma consumidora que se queixou do anunciante Diletto, argumentando, em apertada síntese, que a propaganda constante na embalagem e também no sítio eletrônico do sorvete denunciando era enganosa, pois tais informações destacam que o sorvete “[...] segue receita formulada por Vittorio, avô do fundador da empresa e que seguiu na profissão depois de emigrar da Itália para o Brasil”, inclusive com apresentação de votos do patriarca, suposto veículo por ele utilizado, ano que cegou ao país, detalhes da produção, dentre outras (CONAR, 2014a).

Porém, segundo a denúncia em análise, o fundador do sorvete, em entrevista conferida à Revista Exame, teria afirmado que seu avô, apesar de ser imigrante italiano, não se chamava Vittorio, mas sim Antônio, além deter chegado ao nosso país em data posterior à informada na embalagem do sorvete, exercendo aqui no Brasil a profissão de jardineiro (CONAR, 2014a).

A empresa denunciada destacou em sua defesa que se valeu de recursos lúdicos, fundando-se na tradição italiana de produção de sorvetes, argumento que não foi acatado pelo Relator, Conselheiro Eduardo Martins, que bem lembrou serem várias as empresas que efetivamente “[...] carregam grandes histórias. Histórias verdadeiras de seus fundadores” (CONAR, 2014a).

Acrescentou o Conselheiro Relator, ainda, que “[...] toda empresa quer ter uma boa imagem, quer ser lembrada e, claro, precisa vender para continuar existindo”, não sendo questionado o apelo emocional da publicidade, mas sim a confusão entre o lúdico e o ludibriante, pois o “[...] encantamento e envolvimento emocional por meio da ludicidade não traz em si a prerrogativa de tentar, com isso, ludibriar as pessoas” (CONAR, 2014a).

Nesse contexto é que o Relator, Conselheiro Eduardo Martins, votou pela alteração da história inserta na embalagem e site do sorvete Diletto, afastando as referências ao suposto Vittorio, voto que foi aprovado pela maioria do Conselho (CONAR, 2014a).

Também no ano de 2014 o CONAR foi provocado a se pronunciar sobre propaganda difundida pela Coca-Cola, intitulada “Coca-Cola - juntos em todas as copas”, após denúncia de três consumidores, que relataram decepção com o prêmio oferecido, “barras de ouro, no valor aproximado de R\$ 1 milhão, com a sugestão de que o ganhador adquira pacotes de viagem para assistir a um jogo, ele e mais dois acompanhantes, nas próximas vinte edições da Copa do Mundo” (CONAR, 2014b).

Em sua defesa a anunciante argumentou, em apertada síntese, que não se tratava de publicidade enganosa, buscando comprovar, por cálculos financeiros, a validade do argumento constante na publicidade atacada (CONAR, 2014b).

O Relator, Conselheiro Clementino Fraga Neto destacou que a publicidade em comento era capaz de gerar no expectador falsa expectativa, “ao inverter os pesos de suas propostas, fazendo com que sugestões de usufruto se tornem o principal mote da campanha e reduzindo a um rodapé ilegível aquilo que realmente é o prêmio” (CONAR, 2014b).

Acrescentou o Relator, ainda, que em si a publicidade pode não ser enganosa, mas que o artifício utilizado pela Coca-Cola buscava dissimular e afastar a transparência que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária preconiza, o que culminou em advertência ao anunciante (CONAR, 2014b).

Anos antes o CONAR já havia se aplicado advertência a outro anunciante, qual seja, a Loja Ponto Frio, após denúncia apresentada por consumidor referente a anúncio de uma geladeira Electrolux que, segundo o site da loja citada, era apresentada como *frost free*, mas que não apresentava tal funcionalidade (CONAR, 2012).

A consumidora denunciante relatou, ainda, que reclamou junto ao site da empresa Ponto Frio, que de pronto cancelou a compra e retirou do sítio eletrônico o anúncio, o que não afastou a denúncia, por entender a consumidora tratar-se de publicidade enganosa (CONAR, 2012).

Após a defesa do anunciante, que no mérito confirmou as alegações da consumidora, informando ter adotado as providências cabíveis, os Relatores, Conselheiros Carla Simas e José Maurício Pires Alves, reconheceram a boa-fé da anunciante em reconhecer o erro e retirar o anúncio. Mesmo assim, foi aplicada a pena de advertência, que foi confirmada em sede recursal (CONAR, 2012).

Constata-se, portanto, que o CONAR, quando provocado a se pronunciar sobre propaganda enganosa, objetiva assegurar a lisura das informações prestadas, a transparência, resguardando, por conseguinte, os direitos os consumidores.

A esse respeito preleciona Almeida (2013, p. 646-647):

[...] o controle privado desempenhado pelas entidades envolvidas no setor da publicidade, sob o comando do CONAR — Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. “A efetividade da decisão do CONAR nos casos que lhe são submetidos apoia-se no fato de que o integram às associações de todos os setores econômicos envolvidos com a atividade publicitária, no caso anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação.

Não há como ignorar, portanto, a importância do CONAR no controle da publicidade enganosa, até mesmo porque, como visto, muitas denúncias de consumidores são levadas à organização; e, dada a magnitude do controle exercido, os sujeitos envolvidos acatam os pareceres, contribuindo para a tutela dos consumidores e a lisura das informações difundidas.

4 A PUBLICIDADE NO VAREJO

Do até aqui exposto não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor e também o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trazem regras a serem observadas por todos os sujeitos envolvidos na publicidade destinada ao consumidor, ou seja, alcançam o anunciante, as agências de publicidade, os veículos de comunicação, dentre outros.

Assim, cabe compreender como evitar a publicidade enganosa no varejo, bem como se dá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para consagrar os direitos do consumidor a informações verdadeiras e apresentadas de forma clara, objeto desse quarto e último capítulo.

4.1 PUBLICIDADE ENGANOSA NO VAREJO: CONSIDERAÇÕES.

Evitar a publicidade enganosa no varejo pressupõe, em apertada síntese, que sejam observadas as disposições constantes não apenas no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, diploma este que embora não verse sobre a publicidade enganosa em si, traça preceitos éticos a serem observados para que a veracidade, clareza, dentre outros elementos, sejam respeitados.

O Anexo F do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trata especificamente da publicidade de varejo, estabelecendo preceitos a serem observados pelos anunciantes e demais sujeitos envolvidos na publicidade.

O item 1, do referido Anexo preconiza que, na hipótese de venda a crédito, a publicidade deve mencionar, “[...] além do o preço à vista, o número de pagamentos, os valores da entrada e da prestação e o valor total do financiamento” (CONAR, 1980). Assim, qualquer informação que induza a erro o consumidor, ou mesmo omissão acerca da forma de pagamento em caso de parcelamento, por exemplo, pode ser configurada propaganda enganosa.

Também para evitar que seja o consumidor possivelmente induzido a erro é que o item 2, do Anexo F, do Código de Autorregulamentação Publicitária determina que, quando mencionada pelo fornecedor eventual redução de preços, “[...] deve o anúncio explicitar

ambos os valores, ou seja, o antigo e o novo. Fica suprida esta exigência quando a redução for em números relativos (percentual) e não absolutos” (CONAR, 1980).

De igual forma, nos termos do item 3 do Anexo em comento, deve restar explícito nos anúncios publicitários:

- [...] a. Quando a oferta envolver produtos descontinuados ou sem garantia do fabricante.
- b. Quando se tratar de produtos que não estejam em estado de novo, como por exemplo, pontas de estoque, saldos, etc.
- c. Quando o produto requer instalação técnica especializada que onera significativamente a compra (CONAR, 1980).

Vê-se que a preocupação é explicitar os direitos do consumidor, de modo a evitar a indução a erro por omissão.

É também o que se extrai do item 4, o qual preconiza que os bens duráveis que são comercializados inicialmente com garantia do fabricante, na hipótese de ser oferecido sem ela, deve trazer tal informação explicitada no anúncio publicitário (CONAR, 1980).

O item 5, por sua vez, dispõe que “na propaganda de vendas a crédito, são condenáveis as alegações exageradas sobre facilidades no processo de abertura ao crédito” (CONAR, 1980).

Percebe-se, portanto, que os preceitos éticos, apesar de não serem explícitos quanto à vedação da publicidade enganosa, estabelecem condutas que devem ser observadas quando da divulgação da informação sobre bens e produtos. Logo, se não forem observados, poderão conduzir à propaganda enganosa.

Mais uma vez é importante ressaltar a proteção contra a publicidade enganosa, consagrado expressamente no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, que atento à vulnerabilidade do consumidor determina que as informações quanto às características, qualidade, funcionamento, dentre outros elementos, sejam veiculadas de forma a não induzir a erro o consumidor.

Nunes (2015, p. 555-556) apresenta algumas condutas proibidas, que visam evitar a propaganda enganosa, a exemplo do *merchandising*, “[...] especialmente praticada em programas e filmes transmitidos pela televisão ou projetados no cinema”, que no entender do autor é uma clara afronta à vedação da publicidade ilícita (enganosa e abusiva).

Ressalta o autor que o problema se encontra no *merchandising* clandestino, já que sua finalidade não é aparecer como publicidade, mas que, na prática, tanto pode configurar publicidade enganosa quanto abusiva, a depender do caso em concreto, pois “[...] ele se traduz

numa técnica de ocultação que não permite a avaliação crítica do consumidor” (NUNES, 2015, p. 557).

Logo, a sua utilização pode levar o consumidor a acreditar em situações que não representam a realidade, e exemplifica nos seguintes termos:

[...] por exemplo: urna personagem na novela das oito toma-se famosíssima e muito querida dos telespectadores-consumidores. Isso faz com que estes passem a olhar para ela, para seu comportamento, com muito carinho e a acreditar em muitas das coisas que ela diz e faz. Prova disso é o sempre inevitável lançamento de "modas" por essas personagens das novelas. Pois bem, aprisionada a crença do consumidor pela personagem que se tornou querida, há a possibilidade inevitável de esse personagem vender o que anuncia (NUNES, 2015, p. 557).

Dessa forma, uma medida para obstar a publicidade enganosa é evitar a utilização de tal mecanismo, que embora não seja vedado em si, a depender da situação pode sim revestir-se de enganosidade.

Ainda segundo Nunes (2015, p. 560), não apenas o *merchandising* deve ser evitado, pois há outras inserções indiretas que, embora permitidas, podem no caso concreto configurar publicidade enganosa, a exemplo do *teaser*, técnica aceita na publicidade, comum durante transmissão de jogos de futebol, por exemplo, onde não há a identificação direta do anunciante, mas que o consumidor sabe tratar-se de um produto ou serviço vendido no mercado de consumo.

Nunes (2015, p. 563) também preconiza a necessidade de que os anunciantes não lancem mão do que denominada “chamariz”, modalidade de “[...] enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si”, a exemplo do que ocorre com os anúncios que chamam a atenção do consumidor para a compra de determinado produto com 50% de desconto, ou mesmo a liquidação que se restringe a um único tipo de produto ou setor da loja, mas que não é anunciado de forma clara, levando o consumidor até a loja.

Em suma, esta medida voltada a atrair o consumidor deve ser evitada pelo anunciante, até mesmo porque pode levar ao constrangimento.

De igual forma, deve ser evitada a informação distorcida sobre produto ou serviço, pois como visto alhures, será enganosa a publicidade se aquilo que for divulgado não corresponder à verdade, a exemplo da informação de que determinado produto possui alta eficácia e o consumidor detecta mínima eficiência (NUNES, 2015, p. 563).

Outra técnica a ser evitada é a ambiguidade, pois se utilizada de forma proposital pelo anunciante para ludibriar o consumidor, pode ensejar as sanções administrativas e civis. Logo,

evitar qualquer ambiguidade no anúncio é imprescindível, pois só assim se estará contribuindo para a veracidade e lisura das informações prestadas (NUNES, 2015, p. 566).

Também deve ser evitado o exagero nos anúncios publicitários, pois podem conduzir o consumidor a erro, como disserta Nunes (2015, p. 566):

A utilização de adjetivações exageradas pode causar enganiosidade ou não. O chamado *puffing* é a técnica publicitária da utilização do exagero. A doutrina entende que o *puffing* não está proibido enquanto apresentado "como publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser 'o melhor produto do mercado', por exemplo'.

Percebe-se que a identificação de se tratar ou não de publicidade enganosa dependerá da análise do caso em concreto, mas que devido aos riscos de ludibriar o consumidor, devem ser evitados exageros.

Nesse sentido são os ensinamentos de Almeida (2013, p. 663-664), o qual lembra a necessidade de que a publicidade preencha características mínimas para não ser enganosa:

Assim, não será possível considerar o “puffing” como publicidade enganosa de maneira prévia e absoluta em razão da ausência de precisão suficiente na maioria de suas mensagens publicitárias.

Exemplo típico de exagero é a mensagem que diz ser determinado chocolate “o mais gostoso do mundo” ou imagens que mostram contextos tão fantasiosos que não são capazes de enganar o consumidor, como no caso de um tapete voador. De fato, seu caráter quase sempre jocoso não permite ser encarado como uma informação vinculante para o patrocinador da mensagem.

Dessa forma, no entender do autor, para que o exagero configure enganiosidade, deve a mensagem ser precisa, como ocorre nas “[...] lojas comerciais de venda de veículos usados em que um dos fornecedores coloca uma faixa na frente de seu estabelecimento dizendo” que os veículos mais baratos do mercado são encontrados naquele estabelecimento. A precisão constante no exagero publicitário, portanto, caracteriza publicidade enganosa (ALMEIDA, 2013, p. 665), e deve ser evitada.

Além das técnicas mais “tradicionais” que podem configurar a publicidade enganosa nas relações de consumo, e que devem ser evitadas pelos fornecedores e varejistas em geral, hoje, com o advento das redes sociais e a cada vez maior utilização da internet, podemos citar e exemplificar novas técnicas e tendências adotadas para atrair atenção dos consumidores a determinados produtos e serviços.

Os varejistas têm se utilizado cada vez mais das redes sociais para divulgar seus produtos, ofertas e campanhas, bem como para se comunicar com seus consumidores, não só

procurando vender, mas também se relacionar. Por vezes as ofertas nos sites dos varejistas são até mais vantajosas do que nas lojas físicas, o que não é ilegal, com a devida atenção às regras do CDC.

Frequentemente celebridades, esportistas e pessoas ligadas ao “universo” *fitness*, por exemplo, são vistas em seus perfis de redes sociais, como o *facebook*, *instagram* e até o *youtube*, relatando a utilização de produtos e demonstrando seus benefícios por meio de fotos, vídeos e textos, influenciando seus seguidores a compra-los, sem qualquer observância ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor e as normas do CONAR. Alguns fornecedores se aproveitam da falta de fiscalização nestes meios eletrônicos para patrocinar essas personalidades influentes nas redes sociais a expor seus produtos e serviços por meio da sua imagem e modo de vida, atingindo milhares de pessoas, sem que estes possíveis consumidores percebam eventual enganiosidade ou abusividade.

Dessa forma, é mais do que comum ver estes perfis postarem fotos e vídeos promovendo produtos, o que, segundo o Código de Autorregulamentação Publicitária, deve ser sempre sinalizado como conteúdo publicitário. A regra é clara, mas não evita alguns deslizes de marcas e personalidades nas redes sociais.

Um exemplo é a blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi, que em postagem no *Instagram* com uma foto promoveu um produto da marca Skol dizendo o que o produto possui baixo carboidrato e bem menos calorias, gerando assim a denúncia de quinze consumidoras que a consideraram publicidade velada. O CONAR chegou à conclusão de que o *post* se configura, sim, como publicidade velada, exigindo mudanças no texto que deixem claro que o conteúdo se trata de propaganda. O CONAR ainda ressaltou que há outros itens na postagem que infringem o Código de Autorregulamentação Publicitária, como a influência da blogueira sobre menores de idade, uma vez que o produto é uma bebida alcoólica, e a associação do estilo de vida saudável com o álcool.

A publicidade velada, muito utilizada nas redes sociais e *blogs*, mas que também pode ocorrer fora do ambiente digital, em apertada síntese, ocorre quando alguma personalidade é paga ou patrocinada para divulgar um produto, serviço ou marca, sem indicar que trata-se de anúncio publicitário, atingindo assim centenas ou milhares de potenciais consumidores que os seguem. A publicidade velada, a depender da sua forma, pode ser equiparada a publicidade enganosa, e está sujeita a todas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

De toda forma, quanto a essas novas técnicas e tendências, percebe-se a necessidade de uma regulamentação específica para a publicidade na internet, o que hoje não temos no

Brasil para esse tipo de veiculação de informação, pouco abordada até mesmo pela doutrina brasileira.

Quanto a todas as técnicas de publicidade, seja em ambiente virtual ou físico, é importante que os varejistas e fornecedores sempre sigam os princípios norteadores das relações de consumo.

Conforme ensinamentos de Filomeno (2014, p. 160-162), no que diz respeito à oferta e publicidade, temos o princípio da vinculação, da transparência, da identificação e da oferta, ligados ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor nos seus artigos 30, 31 e 36:

[...] **Princípio da Vinculação:** o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, dispõe: “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado**”.

[...]

A prática da oferta ou da mensagem publicitária mendaz, ou então omissiva quanto a dados essenciais que deveria conter, dá ensejo, no âmbito civil, à indenização aos consumidores afetados, decorrente do princípio da vinculação e da oferta. Desta forma, tendo o anunciante infringido o preceito do **art. 31 do Código de Defesa do Consumidor**, no sentido de que “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”

[...]

Princípio da Transparência: dispõe o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

Cuida-se de princípio eminentemente ético, e tem por base o dever que é imposto tanto aos anunciantes como aos seus agentes publicitários e veículos, que ao transmitirem alguma característica especial sobre determinado produto ou serviço, e caso haja dúvidas a respeito, que a justifiquem cientificamente. Por exemplo: o sabão “X” lava muito mais branco do que o “Y” porque contém “Z” como princípio ativo.

Princípio da Identificação: o caput do mencionado art. 36 do Código de Defesa do Consumidor reza que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Referido princípio tem por escopo, *tout court*, a proscrição da chamada “publicidade ou propaganda subliminar”, tão em voga na Alemanha de Hitler.

A não observância a estes princípios, com o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, acarretará para o fornecedor, conforme bem explana Filomeno (2014, p. 162), “a obrigação de cumprir forçadamente a obrigação que encerra a oferta ou publicidade

veiculadas, ou então a aceitação, pelo consumidor, de um outro produto ou a prestação de um serviço equivalente ao prometido ou ofertado ou, ainda, a rescisão do contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e perdas e danos”.

Conforme leciona Garcia (2014, p. 281), “a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços é um direito básico do consumidor, estampado no art. 6º, III, sendo essencial para haver equilíbrio e harmonia nas relações de consumo”, em consonância ao que estabelecem os princípios da transparência e da informação, advindos do princípio da boa fé objetiva e do princípio da confiança.

Ainda, de acordo com a doutrina do Ministro Herman Benjamin, estampada no *REsp. nº 586316/MG, DJe 19/03/2009*, “informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.” (GARCIA, 2014, p. 281).

Também se faz importante mencionar que ao contrário do que estabelece o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, e desde que a alegação do mesmo consumidor seja verossímil ou então seja ele hipossuficiente, no caso de veiculação de oferta ou publicidade enganosa, a inversão do ônus da prova é obrigatória. Nesse sentido, dispõe o art. 38 do CDC: “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Resta evidente, portanto, que para se evitar a publicidade enganosa deve o anunciante e demais sujeitos envolvidos no processo adotar medidas preventivas, prezando pela transparência das informações veiculadas, sem exageros ou artifícios que possam induzir a erro o consumidor, sob pena de responder pelos danos causados pela veiculação enganosa de informações sobre determinado serviço ou produto. É importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema jurídico, na medida em que traz princípios próprios da ciência consumerista, como por exemplo o da vulnerabilidade do consumidor no mercado de produtos e serviços, da destinação final destes, da harmonia que deve existir entre consumidores e fornecedores, a boa-fé, tanto objetiva quanto subjetiva e a equidade, que devem vincular as chamadas relações de consumo.

CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a problemática da publicidade enganosa no varejo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor expressamente veda, em seu art. 37, a publicidade enganosa, assim como também proíbe a publicidade abusiva e outras formas que possam ludibriar o consumidor, causando-lhe danos.

Constatou-se que a publicidade, seja pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, seja pelas consagradas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, deve zelar pela transparência e veracidade das informações, levando ao consumidor o maior número possível de elementos para que compreenda o que está sendo fornecido.

Logo, quando o anunciante ou demais sujeitos envolvidos na publicidade lançam mão de artifícios para ludibriar o consumidor, e assim induzi-lo a erro, ainda que potencialmente, configura-se a publicidade enganosa.

A publicidade enganosa é tratada pelo legislador no § 1º, do art. 37, do Código de Defesa do Consumidor, que a define, em síntese, como informação ou comunicação que seja inverídica, parcial ou totalmente, ou que, por qualquer outro meio, ainda que omissão, induzia em erro o consumidor, podendo a informação se relacionar às características, qualidade, origem, dentre outros elementos do produto e/ou serviço divulgado.

A finalidade do legislador, ao vedar a publicidade enganosa, é proteger o consumidor de qualquer informação ou comunicação publicitária que seja capaz de induzir a erro quanto ao serviço ou produto ofertado, ainda que o consumidor não venha a contratar, pois a potencialidade do dano é suficiente para caracterizar a enganabilidade.

Significa dizer, portanto, que não é necessário que o consumidor venha a adquirir determinado produto, por exemplo, em virtude da publicidade enganosa, para que se caracterize a afronta ao disposto no § 1º, do art. 37, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, configurada a publicidade abusiva, pode o anunciante, a agência de publicidade e os veículos de comunicação, assim como as pessoas físicas envolvidas no processo, responderem administrativa e judicialmente pelos danos causados ao consumidor, a exemplo da obrigação de reparar os danos materiais e/ou morais.

Em se tratando de responsabilização, percebe-se que há divergência doutrinária quanto ao alcance, pois enquanto o CONAR dispõe que todos os sujeitos envolvidos, ou seja,

anunciante, agência de publicidade, veículo de comunicação, dentre outros, respondem solidariamente, e também o Código de Defesa do Consumidor consagre a responsabilização objetiva e solidária de todos os envolvidos no processo, a jurisprudência aponta para a responsabilização apenas do anunciante.

Porém, não se pode negar que o Código de Defesa do Consumidor expressamente determina que a informação ou publicidade deve ser veiculada de forma precisa, obrigando o fornecedor que a veicular ou dela se utilizar a celebrar o contrato como anunciado/ofertado. Logo, entende-se que todos os envolvidos no processo podem ser responsabilizados solidaria e objetivamente, exceto em se tratando da sanção criminal a que se refere o art. 67 do mesmo diploma legal, dada a natureza subjetiva desta modalidade de responsabilização.

Constatou-se que o CONAR exerce papel de suma importância, apesar de se tratar de uma organização da sociedade civil, precedendo inclusive o próprio Código de Defesa do Consumidor, e, por envolver todos os sujeitos envolvidos na divulgação publicitária, além de ser altamente desburocratizado, apresenta-se como um canal de contato dos consumidores que constantemente realizam denúncias.

Ademais, o CONAR pode aplicar sanções administrativas, o que contribui para a efetividade do trabalho realizado.

Tem-se, ainda, as sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor, de natureza administrativa e também criminal, ganhando destaque a contrapropaganda, que impõe o dever do anunciante de pelo menos amenizar os danos provenientes da publicidade enganosa, com a divulgação correta das informações em situação semelhante àquele em que foi difundida o anúncio viciado.

É evidente, portanto, que preceitos éticos a serem observados nos anúncios publicitários são consagrados no ordenamento jurídico brasileiro de forma clara, assim como também há previsão de sanções para aquele que veicular publicidade enganosa. Logo, a adoção de medidas preventivas para evitar tal modalidade de publicidade é de suma importância, a exemplo dos exageros publicitários, da ambiguidade, da omissão de informações importantes, pois toda e qualquer conduta que possa induzir a erro o consumidor é rechaçada e não encontra respaldo no direito brasileiro. A informação clara e correta deve ser sempre buscada pelos varejistas e fornecedores em geral, seja na área que for, para que o consumidor tenha a exata noção daquilo que está adquirindo e consumindo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Almeida de. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos *In* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, João Andrade. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aidê, 2008.

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

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, de 05 de maio de 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/pdf/codigo-e-anexos-2013-07-19.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CONAR. **Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária**: história. S.d. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CONAR. **Representação nº 33 de 2012**, em recurso ordinário – Caso “Ano novo, casa nova – Refrigerador Electrolux Duplex”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3149>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CONAR. **Representação nº 263, de 2014a**: Conar mediante queixa de consumidora – Caso Diletto. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3996>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CONAR. **Representação nº 189, de 2014b**: Conar, mediante queixa de consumidor – Caso Promoção Coca-Cola Juntos em Todas as Copas. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3925>>. Acesso em: 10 maio 2016.

DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. Curitiba: Juruá, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR. **Revista de direito do consumidor**, nº 50, p. 153-170, abr./jun. 2004

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FORTUNY, Maria Alejandra. O direito do consumidor: a emergência de um novo paradigma no direito moderno. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil, natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 10 maio 2016.

MARQUES, Cláudia Lima *et. al.*. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Habeas corpus nº 3871 MS**, Relator Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, 2ª Turma Criminal, publ. 09/04/2008. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4069235/habeas-corpus-hc-3871>>. Acesso em: 10 maio 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, p. 44-77, São Paulo, Revista dos Tribunais, set./dez. 2004.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação Criminal nº 167335 PE 0400320406**, Desembargador Relator Cláudio Jean Nogueira Virgínio, 3ª Câmara Criminal, julg. 22/12/2009. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16677641/apelacao-criminal-acr-167335-pe-0400320406>>. Acesso em: 10 maio 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 02890976820138190001**, Relatora Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, 23ª Câmara Cível/Consumidor, publ. 20/10/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147337367/apelacao-apl-2890976820138190001-rj-0289097-6820138190001>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 7180510400 SP**, Relator Desembargador Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, 11ª Câmara de Direito Privado, publ. 16/10/2008. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3066783/apelacao-apl-7180510400-sp>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação em Ação Civil Pública nº 90016643520098260506 SP**, Relatora Desembargadora Marcia Tessitore, 2ª Câmara de Direito Privado, publ. 05/11/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150098593/apelacao-apl-90016643520098260506-sp-9001664-3520098260506>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 91787624120078260000 SP**, Relator Desembargador Andrade Marques, 22ª Câmara de Direito Privado, publ.

08/02/2013. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113870011/apelacao-apl-91787624120078260000-sp-9178762-4120078260000>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2001.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini *et al.* **Delitos publicitários: no código de defesa do consumidor e na Lei 8.137/90**. Curitiba: Juruá, 2007

VALENTE, Suelen Brandes Marques. A sociedade questiona a publicidade: um estudo da atuação da sociedade civil organizada na regulamentação da publicidade brasileira. **Comunicação & Sociedade**, v. 37, n. 3, p. 469-493, 2015.