

RAFAEL CORRÊA AGOSTINHO

**A PUBLICIDADE EM FACE DO SISTEMA DE PROTEÇÃO E
DEFESA DO CONSUMIDOR.**

BECHARELADO EM DIREITO

FIC-MINAS GERAIS
2013

RAFAEL CORRÊA AGOSTINHO

**A PUBLICIDADE EM FACE SISTEMA DE PROTEÇÃO E
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito sob a orientação do professor MSc. Daniel Araújo Ribeiro.

FIC-CARATINGA
2013

Dedico em especial ao meu orientador Prof. Daniel de Araújo Ribeiro, pelos caminhos apontados, competência e apoio incessante durante todo o trabalho. Aos meus pais e minha irmã por toda base familiar e a minha namorada por todo incentivo prestado.

Propaganda é a arma do negócio, no nosso peito bate um alvo muito fácil, mira a laser, miragem de consumo, latas e litros de paz teleguiada (...).

(Trecho de A Promessa, música da banda Engenheiros do Hawaii).

RESUMO

O presente estudo dispõe-se a analisar a publicidade sobre o enfoque do sistema de proteção e defesa do consumidor. Verifica-se que a publicidade está presente no dia a dia de cada indivíduo, e é a principal ferramenta no fomento do mercado consumerista. Dada suma importância, esta monografia tem por fito analisar as principais espécies de publicidade, bem como seus conceitos e diferenças. Partindo desta conceituação, analisa, também, toda publicidade voltada para relação jurídica de consumo, apresentando conceitos modernos de consumidores e fornecedores, e de todos os elementos que compõe a citada relação. Há também uma análise profunda de todos os princípios constitucionais e consumeristas, bem como dos dispositivos legais previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, que visam tutelar o consumidor de possíveis ilícitos cometidos pelos meios publicitários. E por fim, buscou o presente estudo analisar quais as consequências na sociedade de consumo dos maléficis oriundos da publicidade, bem como a responsabilização dos danos por esta causada, e as possíveis formas de reparação ou recomposição destes danos.

Palavras chaves: Consumidor, Fornecedor, Publicidade, Responsabilidade Civil Objetiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF – Constituição da República Federativa do Brasil.

CENACON - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor

CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	12
CAPÍTULO 1. PUBLICIDADE E SEUS ASPECTOS GERAIS	16
1.1 O Conceito de Publicidade	16
1.2 Da Funcionalidade e dos Objetivos da Publicidade.....	18
1.3 A Distinção Entre Publicidade E Propaganda	19
1.4 Dos Tipos de Publicidade: Institucional e Promocional	21
1.5 Das Outras Espécies e Gêneros da Publicidade	23
1.5.1 O <i>Marketing</i>	23
1.5.2 <i>Merchandising</i>	24
1.5.3 <i>Teaser</i>	27
1.5.4 <i>Puffing</i>	28
1.5.5 A Publicidade Subliminar.....	28
CAPÍTULO 2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	33
2.1 Considerações Conceituais	33
2.1.1 Os Elementos Subjetivos da Relação de Consumo	34
2.1.1.1 O Consumidor.	34
2.1.1.2 O Fornecedor.....	40
2.1.2 Os Elementos Objetivos da Relação de Consumo.	44
2.1.2.1 Produto.	44
2.1.2.2 Serviço.	45
CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	48
3.1 Análise Preliminar da Publicidade em Face da Constituição Federal	48
3.1.1 Os Princípios Constitucionais de Proteção ao Consumidor	49
3.1.1.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	50
3.1.1.3 Princípio da Liberdade.....	51

3.1.1.4 O Princípio de Proteção do Consumidor e a Isonomia Constitucional.	55
3.1.1.5 O Controle Constitucional da Publicidade.....	56
3.2 Análise Jurídica da Publicidade em Face do Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor	59
3.2.1 Princípios de Proteção do Consumidor e suas Aplicações na Publicidade	61
3.2.1.1 O Princípio da Identificação da Publicidade.....	61
3.2.1.2 O Princípio da Veiculação Contratual da Publicidade	63
3.2.1.3 O Princípio da Transparência da Fundamentação Publicitária	65
3.2.1.3 O Princípio da Inversão do Ônus da Prova Publicitária	67
3.2.2 Análise Jurídica do Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor	70
3.2.2.1 A Publicidade Enganosa	71
3.2.2.1.a A Publicidade Enganosa Por Omissão	72
3.2.2.1.b A Publicidade Enganosa Por Comissão	74
3.2.2.1.c O Elemento Subjetivo na Publicidade Enganosa.....	76
3.2.2.2 A Publicidade Abusiva.....	77
3.2.2.2.a Discriminação:	78
3.2.2.2.b Atividades Legais e Incitação à Violência	79
3.2.2.2.c Medo ou Superstição.....	80
3.2.2.2.d Segurança e Acidentes	81
3.2.2.2.e Meio ambiente	82
CAPÍTULO 4- A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO.	83
4.1 Noções Introdutórias Sobre a Responsabilidade Civil.	83
4.2 A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.....	85
4.3.1 O sujeito passivo da responsabilidade pela publicidade.....	89
4.3.2 A Responsabilidade pelo vício e pelo do produto e pelo vício do serviço na publicidade.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100

REFERÊNCIAS.....102

ANEXOS109

INTRODUÇÃO

Desde pretérito tempo, com a eclosão do capitalismo e com o fomento dado pelas grandes revoluções sociais, dentre elas com epígrafe, a revolução industrial, o mundo viu-se diante de uma acirrada disputa pelo comércio de compras e vendas de produtos e serviços, que com a produção industrial em massa, necessitou desenvolver técnicas e métodos capazes de atender toda demanda produtiva.

Neste rumo, com o desenvolvimento das relações de consumo e do mercado tecnológico, tornou-se a sociedade vulnerável as influências e manipulações do mercado consumista, que passou a utilizar modernas técnicas publicitárias capazes de induzir na vontade dos consumidores, bem como enganá-los através de omissões e contradições.

Inicialmente, tais práticas foram toleradas pelo meio jurídico, pois, eram consideradas apenas como uma forma de incentivo ao consumo, porém, com a evolução do direito do consumidor, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor, buscou-se efetivar a tutela jurisdicional e a proteção da parte vulnerável na relação de consumo: o consumidor.

A presente monografia visa analisar a interferência da publicidade nas relações de consumo. A escolha deste tema, partiu-se de um estudo inicial sobre as práticas abusivas cometidas por fornecedores na tentativa de fomentar o mercado de

Buscando êxito, o presente estudo valeu-se apenas do método de pesquisa bibliográfico, realizando extensa pesquisa em obras doutrinárias sobre o assunto, pesquisa legislativa sobre leis e projetos de leis que regem a matéria, além de correlacionar jurisprudências atuais sobre como vem posicionando os tribunais superiores na análise da publicidade como matéria de direito do consumidor.

Por fim, no que tange os setores do conhecimento, a pesquisa se revela interdisciplinar, eis que envolve outros ramos da ciência distintos do Direito, como a Psicologia e Comunicação Social, no entanto demonstra-se também como pesquisar transdisciplinar, considerando o inter cruzamento de informações em diferentes ramos do direito tais como e Direito do Consumidor e Direito Constitucional.

Enfim, o presente trabalho, terá como metodologia de pesquisa descritiva, dada a suma importância que os meios publicitários detêm em dias atuais, analisando a publicidade em face de todo sistema de proteção e defesa do

consumidor, buscando correlacionar estudos doutrinários e jurisprudências sobre o tema, bem como uma análise profunda dos princípios norteadores Constitucionais e os previstos no Código de Defesa do Consumidor, aplicados ao caso como forma de tutela jurisdicional prestado pelo Estado ao consumidor.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.

Na relação jurídica de consumo, encontramos em seus elementos subjetivos a composição formada pelo consumidor e pelo fornecedor. O consumidor, alvo de toda proteção elencada pelo Código de Defesa do Consumidor, é o que merece maior destreza em sua interpretação.

Para as definições de consumidor, enfrenta-se árdua tarefa em sua conceituação na jurisdição brasileira, dentro deste aspecto encontramos três correntes doutrinárias: A maximalista ou objetiva; a finalista ou subjetiva e ainda a teoria finalista mitigada, aprofundada, moderada ou temperada.

Para a primeira teoria; a maximalista ou objetiva, o conceito de consumidor deve ser o mais amplo possível, segundo Sérgio Cavalieri Filho:

A corrente maximalista ou objetiva pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor, entendendo que a Lei nº8. 078/90, ao defini-lo como 'toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final', apenas exige para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A Expressão *destinatário final*, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando para a configuração do consumidor, que a pessoa física ou jurídica, se apresente como *destinatário fático* do bem ou serviço, isto é, que retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço."¹

Desta forma bastaria a simples aquisição de um produto ou serviço para ser considerado consumidor, tampouco importando a finalidade do consumo, se é para consumo próprio ou, por exemplo, uma nova reinserção na cadeia consumerista, não encerrando assim a relação de consumo. Consubstancial a esta maior abrangência a teoria em análise caiu em declínio, visto que não atendia à essência do Código de Defesa do Consumidor, que é proteger a parte vulnerável.

Buscando corrigir os erros da Teoria Objetiva, emergiu a Teoria Finalista ou Subjetiva, esta, buscando maior alinhamento com a metodologia aplicada pelo código de Defesa do Consumido, segundo Sérgio Cavalieri Filho:

A Corrente Subjetiva, a seu turno, entende ser imprescindível a conceituação de consumidor, que a destinação final seja entendida como econômica, isto é que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p.50.

física ou jurídica, e **não objective o desenvolvimento de outra atividade comercial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa**, e isto, ressalte-se quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens ou serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial.²(Grifos nosso)

Entretanto, buscando dar maior efetividade ao Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que mesmo em casos de finalidade lucrativa, devido à vulnerabilidade na relação de consumo, deve ocorrer a tutela jurisdicional pelo referido diploma, a exemplo vem se pronunciando o egrégio tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. 1. O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³

Adentrando ao aspecto codificado que deverá ser interpretado sobre a teoria finalista mitigada, encontramos as seguintes conceituações legais para consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

(...)

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

(...)

² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

³ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **AgRg no Alnt. 316667, RO ,2010/0105201-5**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Data de Julgamento: 15/02/2011, Data de Publicação: DJe 11/03/2011 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13865553&num_registro=201001052015&data=20110311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 5 .nov.13.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.⁴

De outro lado da relação jurídica está o fornecedor, este sem grandes tormentos em sua conceituação pode ser encarado sobre o dispositivo do art. 3º, caput, do CDC:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁵

Dentro desta relação jurídica de consumo, o mercado vem exigindo cada vez mais técnicas que aprimorem as vendas e o consumo, a partir desta ideia, vem crescendo a participação dos meios publicitários nas relações de consumo, já que está é o principal fomento do mercado de consumo, bem como representa importante meio de influência social, ditando comportamentos, modas, e ditames a serem seguidos por toda sociedade.

Paulo Vasconcelos Jacobina conceitua Publicidade como aquela que é “(...) realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda que potencialmente, um número indeterminado de pessoas e veiculada às expensas do fornecedor”⁶.

Cabe lembrar, que a publicidade se envolve diretamente com o aspecto financeiro, ela tem o intuito não só de expor determinado produto ou serviço no mercado, mais também de vendê-lo, sua função é essencialmente lucrativa, mesmo quando voltada apenas para promover a imagem de uma empresa que encontra-se abalada no mercado, como nos casos da publicidade promocional.

O mercado hoje, no entanto, vem desenvolvendo espécies publicitárias que vão de encontro com o sistema de proteção e defesa do consumidor. Um dos meios defensivos adotados pelo Código de Defesa do Consumidor contra esses desvios publicitários, foi a adoção como regra da responsabilidade civil objetiva.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013.

⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013

⁶ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 11.

Tal sistema prevê a inversão do ônus da prova publicitário, a solidariedade da cadeia de fornecedores na publicidade, formada pelo fornecedor, pela empresa publicitária e pelo veículo de comunicação.

A responsabilização objetiva, no presente caso, é aquela baseada na Teoria do Risco do Empreendimento, neste contexto, bem argumenta Sergio Cavalieri Filho:

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa⁷

Neste aspecto, bem fez o legislador ao garantir como direito básico a proteção contra a publicidade, percebeu-se aí a tendência futurista que a publicidade realizaria sobre o campo de consumo, nesta linha brilhante é o raciocínio de João Batista de Almeida:

A verdade, porém, é que a publicidade deixou de ter papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda a ponto de mudar-lhe os hábitos e ditar-lhe comportamento. Trata-se – é bem de ver- de instrumento poderosíssimo do consumidor nas relações de consumo, atuando nas fases de convencimento e de consumir. Assinalando ser esse fato consequência da ‘cultura de massas’ em que vivemos, instaladas pela exploração dos meios de comunicação.⁸

Com a apresentação de tais conceitos, o desenvolvimento da pesquisa será demonstrando com facilidade para a compreensão do tema proposto que é a análise da publicidade em face do sistema de proteção e defesa do consumidor.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.p.137.

⁸ ALMEIDA, João Batista de. **Manual De Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva,2003. p.84.

CAPÍTULO 1. PUBLICIDADE E SEUS ASPECTOS GERAIS

Em linhas pródromas, cabe aqui uma breve conceituação de publicidade, tema de suma importância para o desenvolvimento desta pesquisa. Inicialmente, trata-se de conceito amplo, difícil de ser definido, e como um diamante que deve ser lapidado, será arduamente formulado neste tópico.

1.1 O Conceito de Publicidade

Embora o conceito de publicidade não seja abarcado pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina pátria desempenha iminente e cauteloso papel. Assim, Vidal Serrano Nunes Júnior acentua que publicidade é “O ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços.”⁹

Para André Luiz Cavalcanti Cabral, publicidade seria “a forma de comunicação que visa difundir produto ou serviço de um fornecedor, ou mesmo o próprio fornecedor através da disponibilização de mensagem ao público consumidor.”¹⁰

Destas respeitáveis conceituações, em síntese, extrai-se importantíssimas considerações: primeiro seu caráter público ou coletivo, que busca atingir um número determinado ou não de pessoas, com a oferta de um produto ou serviço, e, o caráter econômico, ou seja, uma técnica comercial que busca atrair a atenção do consumidor, através de imagens, sons e cheiros, para que este consuma determinado produto ou serviço.

Nessa linha de raciocínio o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin, em obra conjunta sobre o Código de Defesa do Consumidor,

⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.p.22.

¹⁰ CABRAL, André Luiz Cavalcanti. **Aspectos jurídicos da publicidade**. João Pessoa, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/artigo_8.pdf>. Acesso em: 24set. 2013.

menciona a existência de dois elementos essenciais da publicidade: A difusão e a informação para assim afirmar que:

Um é elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informado que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*. Sem difusão não há de se falar em publicidade, vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornece dor não merece 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.¹¹

Ainda, ao se falar em publicidade, não podemos deixar de mencionar a figura do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR. O CONAR é uma organização não governamental, que visa à promoção da expressão publicitária, bem como o controle de abusos e posturas antiéticas que possam surgir da atividade publicitária¹².

O código de posturas elaborado pelo referido órgão e intitulado de Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, traz em seu art. 8º importante conceito sobre a publicidade, tratando-a como atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias.¹³

Assim observamos claramente que a publicidade se relaciona amplamente com as relações jurídicas de consumo, transmitidas pelos mais diversos meios de comunicação em massa, que visam informar o consumidor sobre determinado produto ou serviço, e com o objetivo principal de promover a venda destes produtos ou serviços aos consumidores.

¹¹ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.242.

¹² CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTÇÃO PUBLICITÁRIA. **Sobre o CONAR, Missão**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 06 out.2013.

¹³ Idem.

1.2 Da Funcionalidade e dos Objetivos da Publicidade

Da conceituação da Publicidade acima exposta, pode-se dizer que a publicidade é um cordão umbilical que liga o consumidor ao produto ou serviço, tendo como objetivo informar e aproximar o consumidor destes produtos ou serviços, fomentando as vendas e o consumo e ainda buscando atender as necessidades físicas e mentais dos consumidores.

Porém, a publicidade vai além de apenas informar e promover a venda de um produto ou serviço, buscando de certa forma persuasiva, influenciar o comportamento do consumidor ou ditar a moda que este deve seguir. A publicidade representa o próprio símbolo da sociedade de consumo¹⁴.

Atualmente, a publicidade desenvolve até mesmo um papel de conforto ao consumidor. Ela promete a felicidade e a aceitação social através de um copo de cerveja, ou ainda, cabelos viçosos pelo simples uso de determinado *shampoo* capilar. Segundo Aliette Marisa Almeida:

Ocorreu à formação de um sistema de persuasão da comunicação publicitária que molda necessidades, gera desejos, seduz os consumidores e que é tão ou mais importante que o próprio sistema de produção de bens, já que sem eles, as vendas não teriam o sucesso que têm.¹⁵

Pode-se observar, portanto, uma terceira funcionalidade da publicidade, além das anteriormente citadas no tópico sobre o conceito de publicidade. Esta terceira funcionalidade é representada pelo componente persuasivo: “A palavra deixa de ser meramente informativa e é escolhida em função de sua força persuasiva, clara ou dissimulada. Seu poder não é simplesmente o de vender tal ou qual marca, mas integrar o receptor à sociedade de consumo”¹⁶

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Antônio Herman, comentando sobre as atuais funcionalidades a publicidade afirma que:

¹⁴ GUIDO ALPA *apud* DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor –Aspectos Práticos – Perguntas e respostas**. 2, ed. rev. e ampl. Bauru: Edipro,2000. p.53.

¹⁵ ALMEIDA, Aliette S. D. N, Teixeira de. **A publicidade Enganosa e o Controle Estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14/41.p.13.

¹⁶ CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A Linguagem da Sedução**. 3.ed. 7. Impressão. São Paulo: Ática, 2006.p.18.

Suas Técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor- sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário – lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existente na sociedade moderna.¹⁷

Observa-se que a publicidade mais do que vender produtos, promove a venda de valores, já que há tempos não se vende apenas produtos ou serviços (físicos), vende-se também o valor social que este produto possui, influenciando assim, nos hábitos e comportamentos sociais, criando nos consumidores a preferência por uma ou outra marca, por exemplo.

Por fim, não podemos desassociar a publicidade de sua imagem capitalista, uma vez que esta fomenta a produção em massa de produtos e serviços, e por consequência promove a redução dos seus preços no mercado. Neste sentido e com propriedade Giacomino Filho, afirma que: “o aumento significativo do mercado de consumo, devido em boa parte à publicidade, gera uma massificação do consumo e conseqüentemente o aumento da produção e produtividade, implicando custos unitários menores”.¹⁸

Em síntese, a publicidade tem sido um forte instrumento para mudar padrões sociais, estimular o consumo, promover a venda em massa de produtos ou serviços, criar imagens e marcas, e mais, originar um vínculo de confiança entre consumidor e fornecedor.

1.3 A Distinção Entre Publicidade E Propaganda

Publicidade e propaganda são erroneamente tidas como sinônimos. Não raramente, doutrina, legisladores e demais operadores do direito utilizam de forma equivocada o emprego destas palavras de forma análoga.

Nas sábias palavras de Herman Benjamim, que ao comentar sobre o uso indistinto dos termos propaganda e publicidade, afirma que:

¹⁷ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. *et al.* **O controle jurídico da publicidade**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8981/O_Controle_Jur%EDdico_da_Publicidade.pdf.txt;jsessionid=3EFB50F0263B83E6971E27C934708E6F?sequence=3> acessado em 06 out.2013.

¹⁸ GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4. ed. São Paulo:Summus,1991. p.93.

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 a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga,¹⁹ identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda.

Continuando, assevera o autor que “o Código de Defesa do Consumidor não cuida da propaganda. Seu objetivo é tão só, a publicidade.”²⁰

Ademais, com a devida ressalva, a própria legislação gera confusão ao empregar os termos publicidade e propaganda. A título de curiosidade, a Lei 4.680/95, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda, menciona o termo propaganda, quando na verdade o certo seria publicidade, conforme se observa do art. 5º que dispõe: “Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”²¹

Observa-se pela simples leitura do Art. 5.º da Lei 4680/95 que na verdade trata-se de conceito de publicidade e não de propaganda.

Não obstante, o próprio Código de Defesa do Consumidor comete este erro, ao dispor sobre as sanções a serem aplicadas àqueles que infringirem as normas do referido código, utiliza o termo contrapropaganda²² quando o certo seria utilizar o termo contrapublicidade.

¹⁹ BENJAMN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 243.

²⁰ BENJAMN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 243.

²¹ BRASIL. **Lei nº. 4680 de junho de 1965**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em 19. out. 2013.

²² 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

(...)

XII - imposição de contrapropaganda.

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

Segundo Valérica Falcão Chaise, “a propaganda visa influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada ideologia”.²³. Assim, o uso correto do termo propaganda é empregado de forma acertada pela Lei 4.737/65 que institui o Código Eleitoral, ao dispor sobre a propaganda eleitoral.

Exemplificando os pensamentos acima, pode-se observar a diferença entre publicidade e propaganda sobre o seguinte exemplo: se o governo utiliza uma campanha contra as doenças sexualmente transmissíveis através do uso de camisinha, está realizando uma propaganda de cunho educacional. No entanto, fato diverso ocorre se uma empresa do ramo de produção de preservativos lança uma campanha para venda de camisinhas, nesse caso trata-se de publicidade, devido ao seu caráter meramente comercial.

Portanto, conclui-se que embora ambas tenham o objetivo comum de influenciar a opinião das pessoas, distinguem quanto ao objeto, já que o objetivo da publicidade é o lucro e o da propaganda é um objetivo não econômico, destinando-se a divulgação de uma ideologia, política, religião ou filosofia.

1.4 Dos Tipos de Publicidade: Institucional e Promocional

Prima facie, ao tratar do tema publicidade, a primeira ideia que vem à mente, é a publicidade voltada para venda de produtos. No entanto, nem toda publicidade destina-se unicamente a colocação de produtos ou serviços no mercado de consumo. Em alguns casos, o fornecedor ou o prestador de serviços necessita melhorar sua imagem perante o público ou a seus clientes. Conclui-se, pois, pela existência de duas espécies de publicidade, a institucional e a promocional.

A Publicidade institucional também chamada de corporativa ou de imagem é aquela voltada para imagem da empresa. Nos dizeres Plínio Cabral:

Institucional, a rigor, é aquela campanha que se destina a institucionalizar a marca. Aqui não existe a preocupação com a venda do produto em si, não

²³ CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.p.10.

há preocupação de levar o mercado a comprar tantas unidades do produto. A preocupação é com a marca e não com o modelo.²⁴

Neste caso, a publicidade visa a boa imagem da empresa. Pode-se, portanto, observar esta espécie de publicidade nos comerciais publicitários em que o nome de uma empresa é relacionado com uma causa social, ou com a preservação do meio ambiente, etc.

Segundo Herman Benjamin²⁵, esta espécie de publicidade é costumeiramente utilizada quando a imagem da empresa não está bem vista pelo público, sendo a publicidade institucional a solução para alterar a forma como o público a vê.

De outro lado, está à publicidade promocional, sendo aquela voltada para a promoção da venda de um produto ou serviço, segundo Rafael Tocantins Maltez:

Publicidade promocional pode ser de produto ou de serviço e tem objetivos imediatos. O foco é um determinado produto ou serviço e pode ser destinada à: a) demanda primária, que é a publicidade de um produto, não ligada a nenhuma marca ou empresa específica (v.g.: uma mensagem que ressalta os benefícios do consumo de maçãs); b) demanda seletiva: certo produto ou serviço é anunciado de forma vinculada a uma empresa ou marca.²⁶

Há de se mencionar ainda a existência da publicidade mista, aquela que ao mesmo tempo é institucional e promocional, ou seja, quando ocorre na publicidade a promoção da imagem da empresa e ao mesmo tempo destina-se a promover a venda de um produto, o que com certo costume ocorre nas publicidades de venda de veículos, onde se promove a marca da montadora, e também a venda de um veículo.

²⁴ CABRAL, Plínio *apud* BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 243.

²⁵ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 243.

²⁶ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.p.119.

1.5 Das Outras Espécies e Gêneros da Publicidade

A publicidade, no auge do mercado de consumo, se apresenta pelas mais variadas facetas. Esta acompanha o início da produção de uma marca, produto ou serviço, até a sua colocação final no mercado, sendo caracterizada de acordo com a técnica empregada pela publicidade, o qual se demonstrará adiante

1.5.1 O *Marketing*

Aqui, trabalhar-se-á o *marketing* com uma pequena ressalva, já que este pode se valer da publicidade, e a publicidade valer-se deste, não sendo necessariamente uma espécie de publicidade, mais podendo tornar-se, de acordo com o caso concreto.

O *marketing* caracteriza-se por uma estratégia que se vale da publicidade desde o início da produção de um produto, ou a criação de um serviço, até suas respectivas disponibilizações no mercado de consumo.

Valéria Falcão Chaise conceitua o *marketing* como “um conjunto de atividades que se processam desde a concepção de um produto vendável, sua produção, promoção, até sua distribuição ao consumidor”.²⁷. Portanto, percebe-se que o *marketing*, é um conjunto de estratégias, que vão desde a produção, logística, venda e consumo, e buscam viabilizar as necessidades dos consumidores, ao mesmo tempo em que atende as metas individuais e organizacionais dos distribuidores.

Em síntese, o *marketing* busca alcançar a melhor imagem de um produto ou serviço no mercado consumidor, buscando estudar, por exemplo, a influência que determinado bem causará no meio social ao ser lançado, qual a melhor estratégia de divulgação, qual público alvo, qual área de maior comercialização, dentre outras.

Assim, ao lançar um carro novo, antes da publicidade, o *marketing* já trabalha sobre qual será a sua aceitação pelo público, e até mesmo qual a melhor publicidade para atingir o consumidor.

²⁷ CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.12.

Ainda, sobre o *marketing*, é de suma importância frisar seu aspecto legal, Antônio Herman Benjamin, encara a figura do *marketing* em análise profunda sobre os aspectos previstos no Código de Defesa do Consumidor, em três aspectos:

a) sob o aspecto pré-contratual, ao *marketing*, preenchidos certos requisitos, é conferido efeito vinculante; b) o *marketing* projeta-se na própria estrutura interior do contrato, sobrepondo-se a cláusulas que se proponham a negar, direta ou indiretamente, sua força vinculante; c) o *marketing*, em momento pós-contratual ou meta-contratual, acarreta o direito de indenizar, na hipótese de dano ao consumidor.²⁸

Por fim, o *marketing* é perceptivelmente influente na vida econômica e política de uma empresa, sendo indispensável para elaboração de um projeto de venda e tornando-se uma garantia empresarial contra possíveis riscos do mercado.

1.5.2 Merchandising

Dentro das mais novas tendências publicitárias está o *merchandising*. Também conhecido como *tie in*, trata-se de um dos mais polêmicos meios publicitários utilizados no mercado de consumo. Para adentrar ao tema, far-se-á necessário à apreensão de seu conceito, para posteriormente enfrentar o objeto do presente estudo, o que se analisará a seguir.

Segundo Antônio Herman Benjamin, citando Mizuho Tahara, denomina-se *merchandising* aquele em que:

A aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos, em uma situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar. Como exemplo podemos citar o consumo de cigarros somente de determinada marca no filme, ou o uso exclusivo de carros da marca Ford numa determinada novela.²⁹

Nestes termos, o *merchandising*, é costumeiramente observado em novelas e filmes, onde os produtos ou serviços aparecem em situações naturais da vida dos

²⁸ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8.ed. São Paulo: Forense Universitária. 2004. p. 250.

²⁹ TAHARA, Mizuho *apud* BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 249

personagens, situações cotidianas, sendo por estes utilizados, mas, sem declaração ostensiva da marca.

Grande parcela da doutrina, como por exemplo. Antônio Herman Benjamin e Rizzatto Nunes entendem que esta forma publicitária vai de encontro aos princípios consumeristas. O professor Rizzatto Nunes, aliás, classifica este meio publicitário como publicidade clandestina.

Explanando o tema, Rizzatto Nunes analisa o *merchandising*, sobre a ordem principiológica do Código de Defesa do Consumidor e considera que:

A melhor característica do *merchandising* é ele passar despercebido, o que implica uma expressa contradição, que afinal não foi resolvida. O mesmo fenômeno atingiu as regras do CDC. Lá também ficou estabelecido que a publicidade deve ser vinculada de forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal, o que vai contra o que mais se planeja com o *merchandising*.³⁰

Sobre esse prisma, fica evidente a rejeição de tal prática pelo Código de Defesa do Consumidor. Ademais, o *merchandising* ou *tie in* “atinge o telespectador em seu momento de descontração, quando não espera anúncios, sem seus mecanismos de defesa ativados, ao contrário, relaxados.”³¹

Não por mera coincidência, os valores pagos pelo *merchandising*, que normalmente são utilizados nos canais televisivos em horário nobre, são os mais altos, se comparados com a publicidade comum, comprovando assim a eficácia deste meio publicitário.. Ademais, o consumidor tende a imitar os grandes astros de filmes e novelas, adquirindo produtos usados por estas pessoas, acarretando geralmente em uma compra irracional.

Preocupado com a exposição à que o consumidor está exposto e com as consequência inerentes a esta exposição, Antônio Herman Benjamin, aponta a seguinte solução para o problema:

A melhor delas, sem dúvida, é a utilização de ‘créditos’, ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços. Não vejo aí violação do requisito da imediatez. Esta tem por *ratio* evitar a identificação *a posteriori*. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor, no momento da

³⁰ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.520.

³¹ CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda Subliminar Multimídia**. 7.ed.São Paulo: Summus,2006. p.207.

veiculação do *merchandising*, possa identificá-lo, de imediato, como publicidade. Por cautela, o crédito, nos programas que são fragmentados, deve ser representado tantas vezes quanto sejam os fragmentos. E, para proteger os consumidores que não tinham oportunidade de assistir ao início do programa (ligaram a televisão após a abertura da novela, por exemplo), também se deve exigir que os créditos sejam repetidos ao final de cada fragmento.³²

Neste íterim, caso o *merchandising* atendesse a brilhante ideia no Ministro do Superior Tribunal de Justiça e um dos elaboradores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Herman Benjamin, não se estaria diante de uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor, deixado, portanto, o *merchandising* de ser clandestino, e passando a ser perfeitamente aceito pelo ordenamento jurídico, sem violar o princípio da identificação da publicidade.

Partilhando desta ideia, Nelson Nery Júnior assevera que o Código de Defesa do Consumidor, proíbe sim a publicidade clandestina, bem como a subliminar, no entanto:

[...]o *merchandising* (na acepção vulgar que se tem dado ao termo), não está, em tese, proibido, podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que **previamente** informem o consumidor de que estará vendo uma mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos. Isto porque o CDC exige que a publicidade seja veiculada de tal modo que o consumidor a identifique **imediatamente** como tal.³³ (grifos no original).

Outrossim, o *merchandising*, na forma clandestina com que é utilizado, vai de encontro ao disposto na Lei nº 4.117/62, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações³⁴, que em seu artigo 124³⁵, limita o máximo de 25%(vinte e cinco por cento) de toda a programação, destinado a publicidade. Assim, as empresas de telecomunicação, utilizam-se do *merchandising*, como uma forma ilegal de ultrapassar o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) da programação de determinada emissora.

³² BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 250

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. N.3/44, p.44-77,1992. p.67.

³⁴ BRASIL. **Lei 4.117 de 27 de Agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasil, Brasília, DF. 17. dez. 1962.Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm> Acesso em 18. out. 2013.

³⁵ Art. 124. O tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total.

1.5.3 Teaser

A espécie de publicidade em análise se assemelha à anteriormente estudada (*merchandising*), com a peculiaridade de “serem mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade em torno de produtos ou serviços a serem lançados (p. ex. ‘Vem aí o produto X. Aguarde’).”³⁶

O *Teaser*, segundo Plínio Cabral, sendo citado por Antônio Herman:

É uma curiosa peça publicitária, pois tem por função preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária. É um anúncio do anúncio, Mas produzido de forma a provocar um certo suspense, a criar uma atmosfera de interrogação. Busca-se, dessa forma, dar maior impacto ao anúncio, ou seja: assegurar um elevado índice de audiência para a campanha de propaganda³⁷

Assim, fica claro que o objetivo do *teaser* é despertar uma expectativa de consumo, ou seja, visa preparar, fomentar o mercado de consumo para uma campanha publicitária que virá logo após. Tal prática está relacionada com a fase de pré lançamento de produtos e serviços.

O *teaser* não encontra-se expressa e nem tacitamente proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, é até permitido pela Código de Autorregulamentação Publicitária, encontrando se regulamentado no artigo 9º³⁸. O problema do *teaser* é semelhante ao problema do *merchandising*, pois não permite uma identificação pronta de que é uma publicidade.

Porém, como mencionado, o *teaser* é apenas uma parte da mensagem publicitária, portanto “o que o CDC exige é que esta e não o seu fragmento seja identificável facilmente (*caput do art. 36*). Logo, o princípio da identificação vale

³⁶ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.519.

³⁷ CABRAL, Plínio, *apud* BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p.250.

³⁸ Artigo 9º A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

(...)

§ 2º – O “teaser”, assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço.

também para o *teaser*, só que sua aplicação faz-se apenas após a apresentação de seu fragmento final”.³⁹

1.5.4 *Puffing*

O *puffing*, talvez seja o mais sutil meio publicitário, por isso será analisado de forma breve e sucinta. O *puffing* caracteriza-se pelo destaque elevado na característica de um produto ou serviço.

Conforme adverte Rizzatto Nunes existem hipóteses em que o *puffing* embora tenha intenção de atrair consumidores incautos, não é capaz de ser considerado enganoso o anúncio, e exemplifica o autor: “Isso é muito comum nos casos subjetivos típico de produtos ou serviços: quando diz que é o ‘mais gostoso’; tenha ‘o melhor paladar’; ‘o melhor sabor’(...)”.⁴⁰

1.5.5 A Publicidade Subliminar

Dos meios mais polêmicos e clandestinos utilizados pela publicidade, está a publicidade que se utiliza de mensagens subliminares para induzir os consumidores a adquirirem determinado produto ou serviço.

Para adentrar ao tema, inicialmente far-se-á necessário compreendermos o que são as mensagens subliminares, o que se fará a partir de sua conceituação. Segundo Wilson Carlos Rodycz:

A publicidade subliminar é aquela que, através de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, não chega a estimular a consciência, mas, mercê de sua repetição, logra registrar no subconsciente das pessoas a marca de certo produto. No momento da compra, essa marca, arquivada no

³⁹ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 250.

⁴⁰ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.554/555.

subconsciente, aflora ao nível da consciência, como se fosse uma opção espontânea do consumidor.⁴¹

A expressão subliminar, origina-se do latim (“*sub limen*,” “sob limite”) e significa abaixo do limiar de consciência⁴². Por oportuno- esclarece que a eficácia deste método publicitário não encontra-se pacificado pela ciência, no entanto, devido a sua difícil identificação quando utilizada por algum meio publicidade, é necessário que se analise tal instituto a luz do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a atuação das mensagens sublimares, estas se utilizam das mais diversas formas de estímulos, buscando atingir todos os sentidos humanos. Dentre os vários meios utilizados, Rafael Tocantins Maltez, destaca com as mais importantes:

a) um estímulo visual a um índice muito rápido. b) utilização de um discurso acelerado em mensagens de auditórios. c) inserções de símbolos, imagens ou palavras escondidas, mascaradas ou camufladas. d) estímulos olfativos em revistas ou lojas; e) utilização de efeitos sonoros em volume baixo e em diversas faixas de som, velocidade e frequência, inaudíveis pelo ouvido humano consciente; f) utilização da visão periférica. G) quando captado por uma atitude de excitação emotiva por parte do receptor; h) produção de uma saturação de informações. I) comunicações indiretas e aceitas de uma maneira inadvertida.⁴³

Destarte, o emprego das mensagens subliminares pelo meio publicitário, ocorre pelos diversos meios de comunicação, podendo ocorrer em filmes, jornais, revistas, novelas, comerciais, *outdoors*, internet celular, etc. No entanto, o emprego destas mensagens a baixo do nível de percepção do homem, torna impossível a imediata identificação de que está diante de uma informação publicitária, ou, mesmo quando possível identificar que é uma informação publicitária, torna-se impossível a identificação de seu inteiro teor.

A este respeito, Raynaldo Andrade da Silveira, afirma que:

Veicula-se a publicidade subliminar por meio de mensagem visual ou simplesmente sonoro de pouca intensidade. O apelo da mensagem é sutil, discreto, e alcança o inconsciente do consumidor, que não percebe a finalidade da informação. A mensagem não convida, diretamente o consumidor a adquirir um produto ou serviço. Mas, a repetição das

⁴¹ RODYCZ, Wilson Carlos. **O Controle da publicidade**. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, n.8/58, p.58/68, 1993.p.65.

⁴² MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.p.196.

⁴³ *Idem*.

inserções fica registrada no inconsciente do consumidor, e, na ocasião em que necessita do produto/serviço, esse 'registro' gravado de forma espontânea no inconsciente do consumidor flora, como se fora uma opção espontânea.⁴⁴

Como mencionado acima, a publicidade subliminar busca atingir os mais variados sentidos humanos, e não raramente, utiliza-se de estímulo sexuais como forma de indução ao consumo. Dentro deste ponto, ressalva-se que a publicidade é uma forma difusa de divulgação de produtos e serviços, atingindo todo público: adultos, idosos e até mesmo as crianças.

O uso de tal prática vai de encontro às normas constitucionais, que visam proteger umas das mais importantes instituições da sociedade brasileira; a família. A Constituição Federal, em seu artigo 220, §3º, I II, estabelece que o poder público, deve adotar todos os meios legais possíveis que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem previamente de programas ou programações de rádio e televisão, em consonância com o artigo 221 da referida constituição, que por seu turno postula pelos valores éticos da publicidade, determinando, inclusive, em seu IV, que toda programação de rádio ou televisão deve “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”⁴⁵

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, preocupado com a exposição massiva de crianças e adolescentes ao meio publicitário, determinou em seu artigo 37, §2º que:

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

(...)

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (Grifo nosso)⁴⁶

⁴⁴DA SILVEIRA, Reynaldo Andrade. **Práticas Mercantis no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 127.

⁴⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em 25.out.2013.

⁴⁶BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25.out.2013.

Interessante caso que retrata bem o uso indevido da publicidade com estímulos subliminares e sexuais, ocorreu em 2002, quando o Ministério Público, através do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, ajuizou ação civil pública contra a rede de televisão MTV.

Na referida ação, o *parquet*, entendeu que a vinheta comercial exibida pela emissora, com *flashes* de imagens (anexo 1) em alta velocidade, possuíam cenas de nudez inapropriadas para crianças e adolescentes, conforme se verifica do trecho do laudo pericial:

A fita apresenta cenas do canal de televisão MTV, segundo o logotipo que ostentam. Ofereceu interesse à perícia um “clip” que ostenta cenas de sadomasoquismo na forma subliminar, as quais foram observadas no avanço quadro a quadro. Ressaltamos que as referidas cenas possam passar despercebidas pelo nível de consciência do homem médio na velocidade normal da fita, porém, o inconsciente da mente humana percebe e registra as referidas cenas do fato, conforme farta pesquisa a respeito.⁴⁷

O referido processo que tramitou perante a 12ª Vara Cível de São Paulo, tombado sobre o número 000.02.201689-9, foi julgado pelo juiz Dr. Paulo Alcides Amaral Salles, que concedeu de imediato liminar determinando a suspensão do referido comercial, que em sua fundamentação registrou:

O direito à informação e à liberdade de expressão não se confunde com a falta de observação dos usos e costumes da sociedade e, principalmente, com falta de observação da dignidade das pessoas humanas. A exposição da população e dos menores às imagens veiculadas pela ré, como respaldo, poderá criar sérios problemas de comportamento na medida em que as imagens subvertem os valores que a sociedade procura a todo custo salvaguardar.⁴⁸

Posteriormente a referida emissora foi ainda condenada ao pagamento de multa e a retirada definitiva da propaganda de seus comerciais pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, que fichou o seguinte entendimento:

⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO-MP/SP. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_serv_geral/acpmp_s_g_emissora_tv/02-570.htm> Acesso em 25 out. 2013.

⁴⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº. 0201689-24.2002.8.26.0100**. MP x MTV. 12ª Vara Cível. Julgador: Paulo Alcides Amaral Salles. Julgado em: 04/11/2002. São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2SZX424PL0000>>. Acesso em 25 out. 2013.

Fichar nº 570/02 - CENACON - assunto: "publicidade abusiva" – emissora de televisão - veiculação de publicidade institucional tida como abusiva, vez que de modo subliminar, permite que, no manejo da imagem, através da diminuição da velocidade, os consumidores tenham acesso a grosseiras imagens contendo cenas explícitas de perversão sexual (sodomismo) - ação civil pública com pedido de liminar, proposta pela promotoria de justiça do consumidor e pela promotoria de defesa dos interesses difusos e coletivos da infância e da juventude, visando proibir a emissora de veicular qualquer evento em que se utilize publicidade clandestina ou qualquer publicidade considerada abusiva em que haja cenas de nudez em que apareçam órgãos sexuais de pessoas ou em que haja insinuação de práticas sexuais, bem assim à condenação da ré na indenização pelos danos morais difusos impostos a todos os consumidores, crianças e adolescentes expostos às imagens indevidamente veiculadas no "clip".⁴⁹

Atualmente no congresso federal, especificamente na câmara dos deputados, tramita expressivo número de projetos de leis, que visam coibir a publicidade subliminar, dentro os quais destacam o Projeto de Lei 1840/2011⁵⁰ da Deputada Federal Erika Kokay, e o Projeto de Lei 4825/2008⁵¹ do Deputado Federal João Herrmann.

Por fim, embora a publicidade subliminar, não encontre qualquer regulamentação expressa, tanto por sua aceitação, quanto por sua negação, esta é massivamente repreendida por grande parcela da doutrina, que consideram uma legítima afronta ao Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais destacamos Antônio Herman Benjamin e Rizzatto Nunes.

⁴⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO-MP/SP. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor.** Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_serv_geral/acpmp_sg_emissora_tv/02-570.htm> Acesso em 25 out. 2013.

⁵⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 1840/11.** Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão e Altera a Lei nº 4.117, de 1962. Autora: Erika Kokay. Apresentação 13/07/2011. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512431>> Acesso em: 25.out.2013.

⁵¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 4825/08.** Modifica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências", proibindo a veiculação de propaganda contendo mensagem subliminar. Autor: João Herrmann. Apresentação 10/03/2009. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=426046>> Acesso em: 25.out.2013

CAPÍTULO 2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Para melhor entendimento da temática, em termos didáticos é mister que se tenha breves conceitos sobre os elementos que compõem a relação jurídica de consumo, tanto em uma forma geral, como de uma forma específica, voltada para o alvo da presente monografia, que é a publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor.

2.1 Considerações Conceituais

Segundo Flávio Tartuce, adaptando o conceito de relação jurídica empregado por Maria Helena Diniz ao direito de consumidor, a relação jurídica de consumo se perfaz dos seguintes elementos:

- a) *Existência de uma relação entre sujeitos jurídicos, substancialmente entre um sujeito ativo – titular de um direito – e um sujeito passivo – que tem um dever jurídico.* Na relação de consumo, tais elementos são o fornecedor de produtos e o prestador de serviços – de um lado – e o consumidor – do outro lado. Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há proporcionalidade das prestações (*sinagma*). Isso ocorre, por exemplo, na compra e venda de consumo e na prestação de serviços, principais situações típicas de consumo.
- b) *Presença do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação, e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado (coisa, tarefa, ou abstenção).* Na relação de consumo, o consumidor pode exigir a entrega de produto ou a prestação de serviço, nos termos que foi convencionado e do disciplinado na Lei Consumerista. Nos termos do art.3º do CDC, constata-se que os elementos objetivos, que formam a prestação da relação de consumo, são o produto e o serviço.
- c) *Evidência na prática de um fato ou acontecimento propulsor, capaz de gerar consequências para o plano jurídico.* De acordo com Maria Helena Diniz ‘pode ser um acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a que a norma jurídica dá a função de criar, modificar ou extinguir direitos. É ele que tem o condão de vincular sujeitos e de submeter o objeto ao poder da pessoa concretizando a relação’. No plano do Direito do Consumidor, esse fato é substancialmente um negócio jurídico, guiado pela autonomia privada, que é o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar no plano contratual.⁵²

⁵² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.66.

Diante de exemplar exposição conceitual, passemos a trabalhar com os elementos da relação consumeristas, o que se fará abaixo em forma e tópicos.

2.1.1 Os Elementos Subjetivos da Relação de Consumo

2.1.1.1 O Consumidor.

O conceito de consumidor, embora esteja expressamente definido pelo Código de Defesa do Consumidor⁵³, foi alvo de extensa batalha doutrinária e jurisprudencial na tentativa de melhor enquadramento jurídico. Tal conceito, passou por diversos entendimentos em nossas cortes superiores após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

Iniciar-se-á a conceituação de consumidor a partir do artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do consumidor, que aborda o consumidor individual, até chegar ao artigo 29 do referido código, onde serão abordados os consumidores como uma coletividade de sujeitos, ainda que indeterminada, ou seja, o consumidor de uma forma abstrata.

Neste sentido, sem polêmicas, o *caput*, do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, considera consumidor, tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica, privada ou pública, sem qualquer distinção, podendo ser sociedades, fundações, associações, Municípios, Estados, dentre outros.

Embora a inclusão das pessoas jurídicas como sujeitos de direitos na relação jurídica de consumo cause espanto, desde que configurados os elementos da relação jurídica de consumo, as pessoas jurídicas serão amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor, já que não se discute sua hipossuficiência, mais sim a sua vulnerabilidade.

⁵³ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Aprofundando o conceito, observamos o emprego dos verbos adquirir e utilizar de produto ou serviço, conforme se extrai do dispositivo legal: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que **adquire** ou **utiliza** produto ou serviço como destinatário final.”⁵⁴ (Grifo nosso). Assim, com mera interpretação literal, observa-se que o consumidor, é tanto aquele que adquiri, de forma onerosa ou gratuita, quanto aquele que apenas utiliza o produto ou serviço, sem ter comprado, por exemplo.

Por outro giro, encontra-se o grande problema da questão, o emprego do termo “destinatário final” pelo Código de Defesa do Consumidor. Com o advento do referido código, surgiram de imediato duas correntes doutrinárias; os maximalistas e os finalistas, ambas buscando definir o que seria consumidor, de acordo com a expressão supracitadas.

Para teoria finalista ou subjetiva, o Código de Defesa do consumidor, deve ser interpretado de uma forma restrita, almejando apenas as relações jurídicas de consumo. Nessas linhas Claudia Lima Marques aponta que:

O destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria exigida “destinação final” do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire(utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.⁵⁵

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça é uníssono no que tange à destinação final do produto ou serviço como caráter indispensável à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, fato este observado de recente julgado desta corte:

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p.90.

CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INSUMO AGRÍCOLA (ADUBO). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

I. A aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva, não como destinatário final, importa, de acordo com o entendimento sufragado nesta Corte, na inaplicação do CDC à espécie (REsp n. 541.867-BA, Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJU de 16/05/2005).

II. Recurso especial não conhecido.⁵⁶

Por seu turno, a teoria maximalista ou objetiva, é uma teoria ampla. A doutrina moderna considera esta teoria muito além do que preza o Código de Defesa do Consumidor, tutelando relações que vão por fora da órbita das relações de consumo. Analisando a teoria maximalista, Claudia Lima Marques afirma que:

O CDC seria um código geral sobre consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa é física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.⁵⁷

Assim, para a teoria maximalista, seria considerado consumidor, por exemplo, uma grande cervejaria que adquirisse de outra empresa cevada, para a fabricação de cerveja. Observa-se que a finalidade da aquisição da cevada é meramente lucrativa, se tratando apenas de destinatário fático, mais não econômico.

De certo fracasso das primeiras teorias citadas, uma por ser restrita de mais, e outra por ser muito ampla, surgiu a teoria do finalismo aprofundado, fruto do brilhante trabalho de Claudia Lima Marques, que trouxe à baila a noção de vulnerabilidade do consumidor. A citada teoria é a atualmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, recebendo também o nome de teoria finalista mitigada, moderada ou temperada.

Para esta teoria, ainda que o produto ou serviço não tenha sido adquirido para uso e finalidade econômicas próprias, o consumidor poderá ser tutelado pelo

⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1016458/RS**. Quarta Turma. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 09/02/2010. Publicado em 08/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7439103&sReg=200703011856&sData=20100308&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28.out.2013.

⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 91.

Código de Defesa do Consumidor, levando-se em conta a vulnerabilidade em que se encontra.

De acordo com os ensinamentos de Cláudia Lima, vulnerabilidade seria: “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.”⁵⁸

Aponta ainda a renomada doutrinadora, para a existência de três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática, e uma quarta intrínseca ao consumidor, a informacional.⁵⁹

Na vulnerabilidade técnica “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está se adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.”⁶⁰

Tal vulnerabilidade ocorre, por exemplo, quando um agricultor adquire maquinário agrícola para colheita de soja, e o fornecedor o vende como assim sendo, e mais tarde o agricultor descobre que se trata apenas de maquinário para colheita de milho. Embora tenha adquirido a máquina apenas com a finalidade de lucro, devido a sua vulnerabilidade técnica, o agricultor, *in casu*, será tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Tal espécie de vulnerabilidade é importantíssima, ainda mais se tratando de consumidores expostos a mensagens publicitárias, devendo presumir que se tratam de pessoas leigas, encarregando a publicidade de primar pelo dever de informação sobre todo conteúdo do produto ou serviço que está sendo ofertado.

De outra banda, está a vulnerabilidade jurídica, voltada para área de conhecimentos específicos, como os jurídicos, contábeis, farmacêuticos etc. Tal conhecimento é presumido para consumidores não profissionais. Quanto a consumidores profissionais e às pessoas jurídicas, a presunção é em contrário, pois, possui conhecimentos jurídicos mínimos ou podem se valer de profissionais especializados para tanto.⁶¹

Já a vulnerabilidade fática, é aquela voltada para os aspectos socioeconômicos do consumidor, é aquela em que “o fornecedor que, por sua

⁵⁸MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 94

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

posição de monopólio fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.”⁶²

E por fim, a vulnerabilidade informacional, que é intrínseca a característica do consumidor na sociedade atual, se liga com todas as demais vulnerabilidades, e representa o dever de informação, ou nos ensinamentos de Claudia Lima Marques:

Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já está englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessárias.⁶³

Assim, em síntese, o conceito de consumidor em relação à destinação final do produto ou serviço deve ser analisado de forma moderada, não além da teoria maximalista, nem aquém da teoria finalista, devendo ser analisado o caso concreto, bem como a situação de vulnerabilidade que se encontre o sujeito na relação jurídica de consumo.

Superada a questão do consumidor individual, abordaremos este como uma coletividade de pessoas, e, geralmente na forma em que são encarados na perspectiva publicitária.

Dispõe o parágrafo único do artigo 2.º do Código de Defesa de Consumidor, que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”⁶⁴.

Acrescenta-se ainda, o disposto no artigo 17 do Código de Defesa do consumidor “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”⁶⁵ Bem como o disposto no artigo 29 “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”⁶⁶

⁶² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**.4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 94

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

Analisando em conjunto tais dispositivo, encontramos o que a doutrina chama de consumidor equiparado, que segundo Claudia Lima Marques:

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observância de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupas uma posição de vulnerabilidade.⁶⁷

É o que ocorre, por exemplo, no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, que segundo Rizzatto Nunes:

(...)permite uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se com tal prática.⁶⁸

Continuando o seu raciocínio, exemplifica o autor que:

Se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém já mais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento de um real consumidor contrariado.⁶⁹

Portanto, será nesta monografia abordado a defesa do consumidor perante a publicidade, devendo este ser encarado de acordo com as exposições conceituais doutrinárias e jurisprudenciais acima, ou seja, sobre seu aspecto individual ou coletivo e abstrato de acordo com o caso concreto.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p.104.

⁶⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.134.

⁶⁹ *Idem*.

2.1.1.2 O Fornecedor

De conceituação menos árdua do que a anterior, o fornecedor possui previsão legal no *caput* do artigo 3.º do código de Defesa do Consumidor, o qual transcreve-se, *in verbis*:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁷⁰

Cabe desde logo frisar, que o termo fornecedor é o gênero dos quais são espécies, o fabricante, o produtor, o prestador de serviços etc., já que “quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo ‘fornecedor’. Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc.”⁷¹

Percebe-se uma extensão máxima do conceito de fornecedor pelo Código de Defesa do Consumidor, podendo este ser uma pessoa física ou jurídica, e inclusive, ser ente despersonalizado, como ocorre na massa falida, ou até mesmo, conforme os ensinamentos do professor Rizzatto Nunes as chamadas “pessoas jurídicas de fato”:

Aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. A figura do ‘camelô’, está aí inserida. O CDC não poderia deixar de incluir tais ‘pessoas’ pelo simples fato de que elas formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo.⁷²

Não importa também a finalidade lucrativa do fornecedor. A este respeito já pronunciou Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos,

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013

⁷¹ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.139.

⁷² Idem.

hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do código de defesa do consumidor.

- Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.

Recurso especial conhecido e provido.⁷³

No entanto, a problematização do tema, é pertinente à espécie de atividade desenvolvida pelo fornecedor para a caracterização ou não da relação jurídica de consumo. Sobre o assunto, se trabalhará com as ideias do professor Tartuce e do professor Rizzatto Nunes.

Para Flávio Tartuce, a atividade que o Código de Defesa do Consumidor buscou definir, é aquela de finalidade específica. Segundo o renomado autor, citando Antônio Junqueira de Azevedo, atividade seria conceituada como:

'Atividade', noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim **conjunto de atos**. 'Atividade' foi definida por Túlio Ascarelli como 'série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum' (*Corso di diritto commerciale. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1992.p.147*). Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma **pluralidade de atos**; (ii) de uma **finalidade comum** que dirige e coordena atos; (iii) de uma **dimensão temporal**, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige **ad incertam personam** (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem.⁷⁴ (Grifos do autor)

Enfatizando as ideias de Antônio Junqueira de Azevedo, afirma Flávio Tartuce que “a par dessa construção, se alguém atuar de forma isolada, em um ato único, não poderá se enquadrar como fornecedor ou prestador, como na hipótese de quem vende bens pela primeira vez, ou esporadicamente, com ou sem intuito de lucro.”⁷⁵

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 519310/SP**. Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 20/04/2004. Publicado em: 24/05/2004, p. 262. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=519310&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#>. Acesso em: 05.nov.2013.

⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *apud* TARTUCE, Flávio; Neves, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. vol. Único. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.68.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio; Neves, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. vol. Único. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.68.

Para tanto, segundo respeitável posicionamento do autor, se alguém, por exemplo, vende esporadicamente uma casa com fito de adquirir uma nova, não se enquadra no conceito de fornecedor empregado pelo Código de Defesa do Consumidor.⁷⁶

Com posicionamento similar, o qual o professor Rizzatto Nunes considera que o uso do termo “atividade” está ligado ao seu sentido tradicional:

Têm-se então, a atividade típica, e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce a atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo exerça atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira atípica ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria.⁷⁷

Adverte o autor sobre a importância do conceito de atividade, pois, esta que determinará se está diante de uma relação jurídica de consumo, já que “será possível que a relação de venda de um produto, ainda que por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC.”⁷⁸ E exemplificada:

Se uma loja de roupas vende seu computador usado para adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um ‘destinatário final’, não tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora’. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.

De forma contrária, define-se como relação jurídica de consumo, no exemplo anterior “a venda de computador pela loja e roupas, se tal estabelecimento imprimir uma regularidade a esse tipo de venda, visando a obtenção de lucro.”⁷⁹

Por fim, resta ainda mencionar a Teoria do Fornecedor Equiparado, criada por Leonardo Bessa, segundo, que visa uma ampliação do conceito de fornecedor, Cláudia Lima Marques, copilando as ideias do citado autor, denomina fornecedor equiparado como:

⁷⁶ TARTUCE, Flávio; Neves, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. vol. Único. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.68.

⁷⁷ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.135.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Idem*.

Aquele terceiro na relação jurídica de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor(aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou se quer uma compra) ou a um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse(comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguros de vida em grupo etc.).⁸⁰

Sobre a recente teoria, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, equiparando uma empresa de previdência privada a fornecedor, e portanto regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. FORNECEDOR. EQUIPARAÇÃO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DO CDC. FORO COMPETENTE. DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. **A entidade fechada de previdência privada enquadra-se na definição de fornecedor por ser pessoa jurídica nacional que desenvolve prestação de serviços, os quais têm natureza securitária, expressamente previstos no § 2º do referido art. 3º do CDC.** As entidades de previdência privada se equiparam às instituições financeiras, por força do art. 29 da Lei 8.177/91, **e, por consequência, o CDC é aplicável a elas**, conforme Súmulas 297 e 321, ambas do STJ. Assim sendo, o foro competente para a ação será o do domicílio do consumidor, em detrimento da regra geral estabelecida no art. 100, IV, a, do CPC. (Grifos nossos)⁸¹

Superada a questão, e relatado todos os elementos subjetivos da relação jurídica de consumo, se passará agora a analisar os elementos objetivos, os quais se transcrevem no tópico abaixo.

⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p.112.

⁸¹MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1.0317.07.078914-2/001**.17ª Câmara Cível. Relator Des. Irmar Ferreira Campos. Julgado em 17/09/2009. Publicado em 06/10/2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0317.07.078914-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 05. nov.2013.

2.1.2 Os Elementos Objetivos da Relação de Consumo.

2.1.2.1 Produto.

Sem mais delongas, apenas a título de conhecimento, pode-se abordar o conceito de produto, por aquele empregado pelo Código e Defesa do Consumidor, que no artigo 3º, §1º, dispõe: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”⁸²

O referido conceito não polemizou a divergência existente na seara civil a respeito do conceito de bens e coisas. Preferindo utilizar-se do termo produto, segundo Rizzatto Nunes:

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estritamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agente dos mercado (econômico, financeiro e de comunicações etc.).⁸³

Conforme o disposto no artigo 3º, §1ª do Código de Defesa do Consumidor, o produto pode ser um bem móvel ou imóvel, sendo móvel “aquele que pode ser transportado sem prejuízo de sua integridade”⁸⁴ e imóvel “aquele cujo transporte ou remoção implica a destruição ou deterioração considerável”⁸⁵

Outra classificação de produto, diz respeito a sua materialidade, o produto pode ser material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Segundo Rizzatto Nunes, tal conceituação é genérica, já que “a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada”.⁸⁶

⁸² BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013.

⁸³ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.138.

⁸⁴ TARTUCE, Flávio; Neves, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. vol. Único. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.92.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.140.

Ante o exposto, se passará ao próximo elemento objetivo da relação jurídica de consumo, e de suma importância para o presente estudo monográfico, os serviços, já que a publicidade é uma espécie de serviço, conforme se demonstrará a seguir.

2.1.2.2 Serviço.

De forma exemplificativa, define o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, §2º, como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁸⁷

Preliminarmente, deixou-se claro ao conceituar o tema, que o conceito de serviço empregado pelo Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo, fato este que pode se notar da expressão “qualquer”, que designa a possibilidade de outros serviços prestados pelo fornecedor, como por exemplo, o serviço publicitário, que pode ser abarcado pela citada codificação de leis.

Segundo Rizzatto Nunes serviço “é tipicamente uma atividade. Esta é uma ação humana que tem em vista uma finalidade.” Tal atividade pode ser durável ou não durável. Preleciona o autor que serviços não duráveis serão “aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transportes, de diversões públicas, de hospedagem”. E há também os serviços duráveis, como aqueles que:

- a) tiveram continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual.
- b) embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixara como resultado um produto.⁸⁸

Chama a atenção a modalidade de serviço durável, eis que é típico do serviço publicitário, uma vez que este normalmente é prestado sobre a vinculação de um

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013.

⁸⁸TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.92.

contrato de prestação de serviços publicitários, e que normalmente possui um prazo determinado de exposição comercial.

Adverte ainda, Rizzatto Nunes, ao trabalhar a temática sobre a conceituação de serviço, pela importância da publicidade neste caso, como meio de promoção da venda de um produto, em curiosa análise menciona o autor que: “qualquer venda de produto, implica simultaneidade de um serviço. O inverso não é verdadeiro. Há serviços sem produtos.”⁸⁹ É o caso, por exemplo, da publicidade, em que seu serviço não necessariamente implica na transferência de um produto para determinado consumidor, mais promove tal somente a imagem deste produto, para uma possível e posterior venda.

Há de se ressaltar, que os serviços também podem ser públicos, já que o Código de Defesa do Consumidor inclui no rol do artigo 3º, como fornecedores as pessoas jurídicas de direito público. Muito embora, as pessoas jurídicas de direito público geralmente utilizem-se da propaganda (capítulo 1) e não da publicidade, a Lei nº. 12.232/10, que dispõe sobre as normas gerais de licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade, traz importante conceito sobre serviço publicitário, o qual se transcreve abaixo:

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.⁹⁰

Caso comum de publicidade realizado por entes da administração pública indireta⁹¹, ocorre, por exemplo, nos anúncios publicitário praticados por empresas

⁸⁹ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.150.

⁹⁰BRASIL. **Lei n.º 12.323 de 23 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em 05.nov.2013.

⁹¹ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2012, p.489) “Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administradas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada.”

públicas⁹² e sociedades de economia mista⁹³, como a Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, Petrobras, e CORREIOS.

Por fim, ainda sobre o que consta do artigo 3º, §2º⁹⁴, observa-se o caráter remuneratório da prestação de serviço, como descrito no capítulo 1, da presente monografia, a publicidade é atividade remunerada por outrem. Ainda sobre esse aspecto Herman Benjamin menciona que o comitê de definições da *American Association of Advertising Agencies (AAAA)*, oferece a seguinte noção “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”.⁹⁵ E Conclui que: “Em tal sentido, a publicidade não é uma técnica pessoal cara a cara entre consumidor e fornecedor”⁹⁶

Destarte, pelo conjunto exposto, finaliza-se aqui o segundo critério objetivo da relação de consumo. Desta forma, podemos agora analisar a proteção jurídica aplicado a relação de consumo, em especial a relação consumerista, primordial da presente monografia, que é a publicitária.

⁹² Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p.490).

⁹³ As Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertence ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p.490).

⁹⁴ Artigo 3º, §2º como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁹⁵ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.242.

⁹⁶ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.242.

CAPÍTULO 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme será visto adiante nesta monografia, o Código de Defesa do Consumidor, por si só é capaz de fornecer um arcabouço de normas-princípios, interdependentes, que deverão ser respeitados pelo interprete e pelo aplicador do direito. Mais em hipótese algum, deve se analisar qualquer instituto jurídico longe do leito constitucional.

3.1 Análise Preliminar da Publicidade em Face da Constituição Federal

Não por acaso, a Constituição Federal é conhecida como lei maior, já que toda ordenamento jurídico, inclusive o Código de Defesa do Consumidor, se submete a sua aplicação. Segundo Canotilho:

O direito constitucional caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente aos outros ramos do direito. Esta superioridade hierárquico-normativa concretiza-se e revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são *normas de normas* (*norma normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição (cfr. art. 3.713 da CRP).⁹⁷

Portanto, faz-se necessário que antes de analisar as garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor, que sejam analisadas as garantias constitucionais, que aliás, servem de base para interpretação dos princípios de proteção ao consumidor.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 160.

3.1.1 Os Princípios Constitucionais de Proteção ao Consumidor

De suma importância para compreensão do tema desta monografia, a publicidade em face do sistema de proteção e defesa do consumidor, estão os princípios constitucionais. Quando se estuda qualquer tema jurídico, indispensável se faz que se observe os princípios relacionados ao tema em que se perfaz o estudo, os princípios são as diretrizes que irão guiar o estudioso pelo árduo caminho que se pretende perfazer ao analisar determinada ciência.

Neste sentido, segundo José Cretella Júnior “Princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência.”⁹⁸

Partindo para ordem constitucional, Paulo Bonavides assevera pela importância da constitucionalização dos princípios. Segundo o autor:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo, positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, normas das normas⁹⁹

Os princípios constitucionais, além de ser o guia pelos caminhos obscuros do direito, também servem de vetor para o seu interprete. De acordo com Rizzato Nunes, “o jurista na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que este possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam”¹⁰⁰.

Assim, diante breve exposição sobre a importância do estudo dos princípios constitucionais, se passará a abordar individualmente os princípios que se

⁹⁸CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Cânones do direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, v.25, nº 97, p. 5-52, jan./mar. de 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181819/000435101.pdf?sequence=1>> Acesso em 28. Out. 2010.

⁹⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.289.

¹⁰⁰NUNES, Luís Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.50.

relacionam com a proteção do consumidor de uma forma geral, bem como os específicos na proteção do consumidor perante a publicidade.

3.1.1.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, possui previsão legal no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o qual se transcreve:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana¹⁰¹

Não há que se falar em qualquer direito sem antes mencionar a dignidade da pessoa humana. Não se pode falar em consumidor, se esse antes não tiver o mínimo de preservação de seus direitos essenciais à condição humana preservados, como bem diz Filomeno: "o ser humano é a pedra de toque do Direito, ou seja, à medida que dele necessita para sua própria preservação, sendo não apenas seu criador, mas seu único destinatário"¹⁰²

É a partir deste importante princípio constitucional, que surge o chamado "último arcabouço da guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo direito constitucional"¹⁰³. Todos os direitos e garantias fundamentais constantes no rol do artigo 5º da Constituição Federal, bem como os demais espalhados pelo texto constitucional, possuem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É deste princípio mor, por exemplo, que o constituinte evocou a proteção do consumidor no artigo 5º XXXII, ao afirmar que "o Estado promoverá, na forma da lei,

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em: 28.out.2013.

¹⁰² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.p.212.

¹⁰³ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.64

a defesa do consumidor;” e ainda temendo a enorme desigualdade a ser enfrentada entre consumidor e fornecedor, repetiu o constituinte que a defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica.¹⁰⁴

Nestes termos, bem colocado é o pensamento de Antônio Carlos Efiging ao dizer que:

Numa sociedade em que se almeja o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao cidadão deve ser proporcionado o alcance dos bens de consumo, sem contudo autorizar-se que esse consumo se transforme em consumismo, no qual a vontade do cidadão é manipulada e a justificação econômica supera a dimensão humanitária;¹⁰⁵

E é desta singela exposição, que se passará a trabalhar os demais princípios constitucionais, voltando-se sempre para a dignidade da pessoa humana, como acima citado, baseando-se também na autonomia da vontade do consumidor, e em uma concorrência econômica voltada para dimensão humanitária do consumidor.

3.1.1.3 Princípio da Liberdade

Inicialmente, cumpre ressaltar que aqui o princípio da liberdade será trabalhado de forma estrita, com características voltadas para a liberdade do consumidor, de escolher e adquirir produtos e serviços, e da liberdade do fornecedor de empreender, divulgar etc.

Com efeito, dispõe os artigos 1º, IV e 3º da Constituição Federal, que:

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

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;¹⁰⁶(Grifos nosso)

¹⁰⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

¹⁰⁵ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2.ed. rev. atual. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p.15.

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em: 28.out.2013.

(...)

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

I - **construir uma sociedade livre**, justa e solidária;¹⁰⁷(grifo nosso)

A livre iniciativa, remete a mencionar mais um vez o artigo 170 da Constituição Federal, que tem como, dentre outros fundamentos da ordem econômica a livre concorrência de um lado e a proteção ao consumidor, que como em uma balança, devem ser equilibrados.

A livre concorrência, no sistema capitalista formado no meio social, se baseia fortemente no mercado de consumo. Segundo Rizzatto Nunes, mercado, seria uma ficção econômica, e ao mesmo tempo uma realidade concreta. O mercado não é algo delimitado fisicamente que possa vir a ser propriedade de algum sujeito, mais sua existência é comprovada por sua exploração diária e histórica¹⁰⁸.

Neste mercado, como se sabe além de fornecedores girando a atividade econômica, também existem consumidores de outro lado. O mercado não se perfaz sem a existência de consumidores, afinal o que seria dos sistemas de produção em massa hodiernos sem a presença maciça de consumidores?

Ciente desta bipolarização no mercado consumerista, Rizzatto Nunes, adverte que:

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão consagrados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designando que o empreendedor tem que oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem que oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido de livre concorrência.¹⁰⁹

Neste sentido, não pode o empreendedor do mercado consumerista explorar este mercado de forma desordenada e sem obediência a qualquer regramento constitucional, ou infraconstitucional. O fornecedor deve entrar no mercado sabendo

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em: 28.out.2013.

¹⁰⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.103.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.103/104.

que do outro lado está uma parte vulnerável, e que deverá tomar todas cautelas necessárias a salvaguardar os direitos consagrados de proteção ao consumidor.

Tal reconhecimento da vulnerabilidade do polo passivo da relação jurídica de consumo, segundo Rizzatto Nunes:

(...) está ligada a hipossuficiência técnica: ele não participa do ciclo de produção e, na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo como controlar aquilo que compra de produtos ou serviços; não tem como fazê-lo e, na medida em que não tem como fazê-lo, precisa da proteção. É por isso que quando chegamos ao CDC há uma ampla proteção ao consumidor com o reconhecimento de sua vulnerabilidade.¹¹⁰

Da mesma forma, interpreta-se brilhante raciocínio em razão da publicidade utilizada em campanhas para promoção ou venda de produtos e serviços, o consumidor não está a par de todo processo de elaboração de uma mensagem publicitária, e tampouco sabe o que se passar por detrás deste processo, sem ter ciência de quais métodos estão sendo utilizados, sem saber com clareza o que está sendo anunciado, tanto é, que conforme se verá adiante, tanto o constituinte quanto o codificador infraconstitucional, buscou adotar mecanismos que limitassem esta liberdade de se expressar através da publicidade.

De forma brilhante, ainda atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o que deve ser feito a todo instante, Rizzatto Nunes, adverte:

(...) mesmo atingindo esse nível de excelência constitucional o empreendedor ainda remanesce com uma imputabilidade ética: seu lucro, ainda que legítimo nos termos que apresentamos, deve contribuir para a construção de uma sociedade fundada na dignidade da pessoa humana. Todo explorador tem responsabilidade social para com todos os indivíduos, mesmo para com aqueles que não são seus clientes.¹¹¹

O que pretende o renomado autor com estas ideias é chamar a atenção de que o fornecedor é responsável por suas atividades, incluindo-se aí os riscos que possam advir de seus negócios. Aquele que, por exemplo, vincula em publicidade o benefício de determinado medicamento, deve, também, de forma clara e compreensível fornecer informações sobre os efeitos colaterais deste medicamento, sob pena de ser responsabilizado por sua conduta omissiva.

¹¹⁰ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.104.

¹¹¹ *Ibidem*.p.105.

Do mesmo modo, aquele que mesmo de forma subliminar, utiliza-se de mensagens com conteúdo de cunho sexual, deve ater-se às consequências de que tal mensagem poderá gerar, ainda mais que esta atinge uma coletividade indeterminada de pessoas, incluindo-se aí crianças e adolescentes.

De outro lado, está a determinação fundamental do artigo 3º, I, da Constituição, que preza pela sociedade livre. Aqui na seara consumerista aponta-se o consumidor livre, com sábia determinação de Rizzatto Nunes, consumidor de “Ação Livre”, que acontece sempre quando o consumidor aciona duas virtudes: querer + poder, “quando uma pessoa quer e pode, diz-se, ela é livre; sua ação é livre.”¹¹²

E tal conceito de liberdade para consumir, não deve ser confundido com necessidade de consumir:

Nesta não se pode ser livre: ninguém tem ação livre para não comer, não beber, para voar, etc. Aplicando o conceito à realidade social, o que se tem é o fato de que o objeto constitucional de construção de uma sociedade livre significa que, sendo a situação real de necessidade, o Estado pode e deve intervir para garantir a dignidade da pessoa humana.¹¹³

E é o que de fato tem que acontecer quanto ao aumentado desordenado dos preços de produtos e serviços necessários ao mínimo de sobrevivência humana, que são os casos de alimentos, medicamentos, serviços hospitalares e de transporte públicos etc.

Diante do exposto, desde já se questiona, até qual ponto o consumidor é livre para escolher o produto ou serviço, em um mercado onde os preços são controlados, onde a qualidade dos produtos são descontroladas, onde as informações são alteradas e manipuladas?

¹¹² NUNES, Luís Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.57.

¹¹³ *Ibidem*. p.67

3.1.1.4 O Princípio de Proteção do Consumidor e a Isonomia Constitucional.

Um dos objetivos primordiais da criação do Código de Defesa do consumidor advém do reconhecimento que na relação jurídica de consumo há um polo mais fraco, o consumidor.

Partindo do Princípio da Isonomia previsto no *caput* do artigo 5º¹¹⁴ da Constituição Federal, busca o Estado reequilibrar a relação de consumo, que é desequilibrada por natureza, eis que de um lado grandes multinacionais fornecendo seus produtos e serviços, e de outro, na maioria das vezes pessoas físicas, assalariadas, consumindo os produtos e serviços ofertados.

Parte daí a ideia de encarar o princípio da isonomia sobre seu aspecto material, ou como já bem definido do brocardo jurídico sobre a igualdade, do qual de bela e suma importância, se transcreve integralmente abaixo:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou às desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.¹¹⁵

Assim, conclui-se que para a realização da real igualdade, é necessário a intervenção do Estado, ou como bem diz Claudia Lima Marques:

para realizar a igualdade, como o ideal do justo, o direito privado necessita de um *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos (...) Em outras palavras (...) Era necessário valorizar os sujeitos do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa fé e a função social da propriedade e dos contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como a de consumo.¹¹⁶

¹¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)

¹¹⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p.26.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.40.

É de tal ordem principiológica que decorre direitos básicos de proteção ao consumidor, emergindo daí a vulnerabilidade, e direitos como a inversão do ônus probatório, e a contrapropaganda.

3.1.1.5 O Controle Constitucional da Publicidade.

Como o observado no início desta monografia (Item 1.3 A Distinção entre Publicidade e Propaganda), existe enorme diferença entre o emprego dos termos “publicidade” e “propaganda”, que erroneamente são usados como sinônimos. Por isso inicialmente, cabe aqui advertir, que neste tópico não se fará distinção dos termos, já que a Constituição Federal não faz esta distinção.

Inicialmente aponta-se como controle constitucional da publicidade, a verdade e a lealdade das informações publicitárias divulgadas. A Constituição, no capítulo que aborda sobre a Comunicação Social, dispõe que:

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

(...)

§ 3º - Compete à lei federal:

(...)

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

(...)

§ 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.

Art. 221 - 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 família¹¹⁷ (grifo nosso)

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em: 28.out.2013.

Sobre a verdade e a lealdade dos anúncios publicitários, conclui o professor Rizzatto Nunes que:

O anuncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons, imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anuncio.¹¹⁸

Outro limitador constitucional, que neste caso aparece como garantia constitucional, em se tratando, por exemplo, de publicidade realizada pela administração pública indireta, está o direito de ser informado, de onde também se extrai o dever da publicidade pela administração pública.

Segundo praza o artigo 5º XXXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º(...)

XXXII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Por seu turno, o artigo 37¹¹⁹ do texto constitucional adota como princípio orientador da administração pública a publicidade. Da leitura dos dois artigos, conclui-se que todo órgão público tem o dever de prestar informações, aqui não se atrelando apenas ao consumidor, devendo ainda praticar todos seus atos de forma pública, ressalvando-se, é claro, as hipóteses que envolvam, por exemplo, assunto de segurança pública.

Por fim, ainda, em tempo, vale remeter o pensamento à já citada ordem econômica, que também é uma forma de controle da publicidade. Como visto a publicidade nada mais é do que uma prestação de serviço que visa conquistar o mercado de consumo, promovendo a venda de um produto ou a prestação de um serviço.

Partilhando deste pensamento, Vidal Serrano Nunes Junior, esclarece que:

(...) a publicidade constitui, sem dúvida, um fenômeno econômico, cujo lastro legitimador está assentado basicamente na ordenação constitucional

¹¹⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.502.

¹¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...).

da economia, em especial a livre concorrência, cujo exercício pelos competidores implica a faculdade de conquistar a clientela, podendo, valer-se, ao lado de outros instrumentos de *marketing*, da publicidade comercial.¹²⁰

Sobre o tema, Fabiano Del Masso exemplifica que:

Pode-se atribuir as consequências da atividade publicitária ilícita a dois destinatários em específico. Em primeiro plano, a publicidade ilícita pode ser uma prática de desleal concorrencial, tendo como sujeito passivo o concorrente do empresário que divulga anúncios ilícitos. Em segundo plano, os consumidores destinatários das mensagens veiculadas na mídia e, de forma geral, toda a sociedade, em razão da influência que pode exercer a publicidade na criação de valores, preconceitos etc.¹²¹

Por fim, ao se falar em controle de publicidade pela Constituição Federal, não é análogo dizer em censura dos meios publicitários, em momento algum está se censurando, o que se realiza de fato é o controle da atividade empresarial publicitária, evitando assim práticas desleais com outras empresas, e o abuso aos direitos do consumidor. Sobre o tema, Herman Benjamin, bem diz que:

(...) Controle da publicidade, então, nada mais é que controle de empresa. Por conseguinte, sem qualquer fundamento constitucional a tese de que controlar a publicidade é instaurar a censura, mais ainda quando esteja ela causando ou prestes a causar danos materiais e morais, aos consumidores e aos valores primários da sociedade. (...) Incorporar a publicidade no mesmo arcabouço de proteção da liberdade de opinião, é sem dúvida, lher, diferentemente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica tem. É trazer o consumo de bens, objetivo final de qualquer publicidade, e o próprio mercado ao patamar de mais elevado da civilização e dos valores humanos.¹²²

Agora, diante de toda exposição, fruto do ordenamento jurídico, se passará à análise das normas que dispõe sobre a defesa do consumidor no plano infraconstitucional, em especial o código de Defesa do Consumidor.

¹²⁰ NUNES JÚNIOR. Vidal Serrano. **Publicidade e Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.40.

¹²¹ MASSO, Fabiano Del. **Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina: Uma Análise Jurídica da Linguagem Publicitária**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009.p.166.

¹²² BENJAMN, Antônio Herman V.O **Controle Jurídico da Publicidade**. Revista de Direito do Consumidor – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. p, 25-57, jan/mar. 1994. p.55/56.

3.2 Análise Jurídica da Publicidade em Face do Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor

Em uma análise menos aprofundada do assunto, de pronto, atrela-se a imagem do consumidor tão somente ao Código de Defesa do Consumidor, como geralmente se faz, devido à uma ausência de aprofundamento nos estudos. Conforme se verá, mais do que uma codificação de leis que tutelam os consumidores, existe a conjunção de um sistema normativo, que conforme já demonstrado anteriormente, advém do texto constitucional, que visa proteger a parte vulnerável da relação jurídica de consumo: o Consumidor.

No entanto, é certo que todo sistema protetivo do consumidor, surgiu com o advento da Carta Magna de 1988 e com a edição da Lei 8.078/90, que dispôs sobre o Código de Defesa do Consumidor, mas não se atêm apenas a estes, vai além, alcançando as esferas administrativas, civil, penal e processual. Neste sentido, Carlos Alberto Bittar, assevera que:

O sistema de proteção instituído compõe-se de um complexo normativo especial em que: é definido regime próprio para a defesa do consumidor, com a fixação de princípios básicos de estruturação de entidades próprias de controle; são vedadas condutas e disposições contratuais consideradas abusivas; são limitadas certas práticas, inclusive contratuais, lesivas a interesses dos consumidores; são sancionadas, nos níveis administrativo, penal e civil, as condutas condenáveis; e são instituídos mecanismos próprios, no campo processual, para a satisfação dos direitos em causa.¹²³

Não se deve, portanto, buscar aquilo que tão facilmente se tenta enxergar no meio jurídico, um possível conflito de normas, mais sim uma coesão de normas, uma harmonia na aplicação das normas dos diversos ramos do direito, formando assim um sistema de proteção e defesa do consumidor.

Daí decorre, por exemplo, a chamada Teoria do Diálogo das Fontes, de origem alemã, e criada por Erick Jayme. Segundo Claudia Lima Marques:

Erick Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo

¹²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed.rev. atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

(Identilé culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne, *Recueil des Cours*, II, p.60 e 251 e ss).¹²⁴

Explicando a teoria ora mencionada, em simples e brilhante apanhado de ideias, Claudia Lima Marques esclarece que:

‘Diálogo’ porque há influencia recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente do diferentes).¹²⁵

Tal teoria é aplicada massivamente pelos tribunais superiores, a par deste exemplo, destaca-se o voto relatório da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, ao analisar ação de indenização por danos materiais e morais, onde o autor reclamava o direito da indenização em virtude dos males decorrentes do tabagismo, alegando que o mesmo teria sido induzido por meios publicitários ao consumo, aplicou a brilhantemente a teoria do diálogo das fontes ao analisar o prazo prescricional, nos termos que se transcreve da ementa a seguir:

CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

- O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC.

- Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, por ser mais favorável ao consumidor.

- Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora.

Recursos especiais providos.¹²⁶

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** .4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.117.

¹²⁵ *Ibidem*. p.118.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1009591/RS**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 13/04/2010. Publicado em 23/08/2010. Disponível

É por isso, que não querendo fugir do tema ou sair da seara monográfica, que é uma análise jurídica dos meios publicitários como uma relação de consumo, mas, buscando de forma completa a análise do assunto, adotou-se esta linha de pesquisa e raciocínio, analisando a matéria em face de todo sistema de proteção ao consumidor, o que se fará de forma conjunta, a seguir.

3.2.1 Princípios de Proteção do Consumidor e suas Aplicações na Publicidade

Como já trabalhado no corpo desta monografia, é de suma relevância os princípios que norteiam determinada ciência, não diferente aqui, iniciar-se-á a abordagem da proteção jurídica do consumidor em face da publicidade, a partir de uma visão de princípios gerais que guiam as aplicações das normas jurídicas e efetivam a tutela jurisdicional de proteção ao consumidor.

3.2.1.1 O Princípio da Identificação da Publicidade.

Talvez aqui, a pedra de toque desta monografia, sem dúvidas quando se falar em proteção do consumidor em face da publicidade, se estará diante de um dos mais importantes, se não o mais importante princípio de proteção e controle dos meios publicitários.

Dispõe de expressamente o Código de Defesa do Consumidor, no *caput* do seu artigo 36 que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”¹²⁷

Tal princípio serve como um alerta ao consumidor deve ser adotado por toda espécie de publicidade, de modo que o consumidor sem qualquer ocultação, seja

em<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1009591&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em:05.nov.2013.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em:28.out.2013.

advertido de que está diante de uma publicidade, e possa identificar imediatamente como tal, bem como quais são os seus objetivos.

Neste rumo, Cláudia Lima Marques, bem destaca que:

A ideia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm por finalidade específica que é promover a venda de um produto ou utilização de um serviço.¹²⁸

Diante deste princípio, observa-se com clareza, que espécies publicitárias como a publicidade subliminar e o *merchandising*, que conforme demonstrado, não são identificados fácil e imediatamente pelos consumidores, já que aparecem em situações onde o consumidor está desatento, como no caso de novelas e filmes, e sem perceber que está diante de alguma forma publicitária acaba sendo atraído a adquirir determinado bem ou usufruir de determinado serviço, sem antes empregar qualquer meio defensivo. “O objetivo é coibir a publicidade clandestina, inclusive a subliminar”¹²⁹

Tais práticas ainda podem ser encaradas sobre o enfoque das concorrências desleais. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em sede de apelação, onde determinada panificadora usava o slogan publicitário “aqui não usamos bromato”, referente ao uso de bromato de potássio que é proibido pela lei 10.273/01¹³⁰, e utilizados clandestinamente na fabricação de pão.

Entendeu o Tribunal de Justiça neste caso, que tal publicidade foi desleal à livre concorrência do mercado, e atingiu seus consumidores de forma subliminar, levando os a acreditar que todas as demais panificadoras utilizavam-se do produto. Do julgado, extrai-se a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PUBLICIDADE. DESQUALIFICAÇÃO DO PRODUTO VENDIDO PELAS PANIFICADORAS RECORRENTES. INSINUAÇÃO DE USO DE BROMATO DE POTÁSSIO. CONFUSÃO DO PÚBLICO CONSUMIDOR DEMONSTRADA. CONCORRÊNCIA DESLEAL CONFIGURADA. TUTELA INIBITÓRIA E REPARATÓRIA. CABIMENTO. PESSOAS JURÍDICAS. HONRA OBJETIVA

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed.rev.,atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais,2004.p.90.

¹²⁹ ALMEIA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva,2003. p.87.

¹³⁰ Art. 1º É proibido o emprego de bromato de potássio, em qualquer quantidade, nas farinhas, no preparo de massas e nos produtos de panificação.

MACULADA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

III. Se durante a divulgação de uma campanha publicitária houver violação da honra e imagem de pessoas, será assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente da ofensa (art. 5º, X, da CF/88).

IV. **Nenhuma forma de mensagem - informação, apresentação escrita, falada, imagem etc. - direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, pode levar o consumidor a engano quanto ao produto ou serviço anunciado, quanto ao anunciante ou seu concorrente, tampouco quanto à natureza do produto (se natural ou artificial), sua procedência (se nacional ou estrangeira), sua composição e finalidade.**

(...)

VII. **Se de forma sutil e subliminar a propaganda veiculada pela Recorrida foi capaz de confundir os consumidores no tocante aos componentes usados na massa do pão das Recorrentes, induzindo-os a erro quanto à idoneidade do produto oferecido por estas, tal conduta se enquadra na moldura da concorrência desleal, e, como ato ilícito que é, dá margem à concessão das tutelas inibitória e reparatória.**

Recurso parcialmente provido. (grifo nosso).¹³¹

Assim, qualquer meio publicitário que impossibilite o consumidor de identificar sem dificuldades que está diante de uma publicidade, ou ainda que dificulte no entendimento do inteiro teor desta mensagem publicitária, estará em afronta ao princípio da identificação da publicidade.

3.2.1.2 O Princípio da Veiculação Contratual da Publicidade

O princípio citado é compreendido da análise conjunta de dois dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor, os quais transcrevem se, *in verbis*:

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

(...)

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

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

¹³¹ ESPIRÍTO SANTO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 30070038010**. Quarta Câmara Cível. Relator: Catharina Maria Novaes Barcellos. Data de Julgamento: 16/06/2009. Data de Publicação: 28/07/2009. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=30070038010&CFID=4114946&CFTOKEN=64243451> Acesso em: 06. nov. 2013.

- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Em suma, tal princípio pretende assegurar ao consumidor o direito de ver cumprida a obrigação exposta em meios publicitários pelo fornecedor. Desta feita, este está obrigado a cumprir toda informação vinculada em um futuro contrato que possa avir a ser pactuado.

Claudia Lima Marques, afirma que “O CDC visa modificar as práticas comerciais no mercado brasileiro, aumentando o respeito devido ao consumidor como parceiro contratual, que não deverá ser tirado de casa para aproveitar uma ‘falsa’ oferta a preços reduzidos”.¹³²

Tal prática, aliás, é costumeiramente utilizada, quando o fornecedor lança publicidade oferecendo um número reduzido de produtos à baixo custo, e o consumidor é atraído a comprar o produto oferecido. No entanto, devido ao escasso número de produtos ofertados, o consumidor resolve levar outros produtos, ou similares, de forma que não torne sua ida ao estabelecimento do fornecedor infrutífera.

É o que Rizzatto Nunes, chama de “chamariz”, “maneira enganosa de atrair o consumidor, para que ele, uma vez estando no estabelecimento (ou telefonando) acabe comprando algo, muitas vezes constrangido.”¹³³

O princípio da veiculação contratual da publicidade protege ainda o consumidor contra possíveis erros quanto o que está sendo divulgado na publicidade. Desta forma, uma vez divulgado no anúncio publicitário, o fornecedor tem o dever de cumprir a obrigação exposta ao público. Como Assevera Antônio Herman Benjamim:

O princípio da vinculação não é afastado ou mitigado por informações contraditórias ou divulgadas *a latere* do anúncio, ou, ainda colocadas à disposição dos consumidores pelo fornecedor em documento complementar ao anúncio.

(...)

Uma vez veiculado o anúncio, incabível qualquer discussão sobre eventual consentimento do anunciante. O consentimento deste manifesta-se e passa a operar no instante em que decide usar a via publicitária¹³⁴

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed.rev.,atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.p.603.

¹³³ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.551.

Observa-se que a atividade publicitária deve ser encarada como atividade de risco, pois, deve o anunciante ter respaldo com aquilo que anuncia, devendo a seu encargo correr o cumprimento de tudo aquilo que por ele for ofertado, neste sentido Cláudia Lima Marques adverte que:

O fornecedor brasileiro deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda de rádio, jornais e televisão, porque estas já criaram para ele um vínculo que no sistema do CDC será o de uma obrigação pré contratual, obrigação de manter a sua oferta nos termos em que foi veiculada e cumprir com seus deveres anexos de lealdade, informação e cuidado.¹³⁵

Portanto, aqui não há que se falar em irretratabilidade da publicidade, uma vez veiculada, passa a produzir efeitos no meio jurídico, gerando direitos e obrigações para os polos desta relação jurídica que se instaura, detendo o consumidor o direito de adquirir o que foi ofertado, e o do anunciante-fornecedor a obrigação de dar aquilo que foi divulgado.

3.2.1.3 O Princípio da Transparência da Fundamentação Publicitária

Este princípio se relaciona diretamente com o princípio da inversão do ônus probatório, que será abordado no próximo tópico, por questão de melhor compreensão temática analisaremos o princípio da transparência da fundamentação publicitária em primeira ordem, para depois analisarmos o princípio da inversão do ônus probatório.

O princípio em comento encontra previsão legal no parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do consumidor, e dispõe que: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos

¹³⁴ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8.ed.São Paulo: Forense Universitária.2004. p.285,287.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed.rev.,atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.p.623.

legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”¹³⁶.

É de origem norte americana e representa um aperfeiçoamento da teoria *ad substantion*¹³⁷. O Juiz da Segunda Vara da Fazenda Pública de Guarulhos, Rafael Tocantins Maltez, relata que tal teoria é aplicada pela FTC (Federal Trade Commission), órgão responsável pela proteção dos consumidores nos Estados Unidos da América, devendo os anunciantes provarem tudo aquilo que anunciam:

O programa de comprovação da publicidade exige que os anunciantes tenham documentação (resultado de testes, laudos ou outros dados) comprovando que têm uma base racional e científica para fazer a alegação antes que a publicidade seja veiculada.¹³⁸

No caso de descumprimento deste preceito pelo fornecedor, pode resultar no enquadramento do tipo penal preconizado no artigo 69 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê pena de detenção de seis meses, ou pagamento de multa para aquele que deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.¹³⁹

Assim a publicidade só poderá ser realizada se fundada em dados fáticos, científicos em quais possam ter uma sustentação probatória, caso seja alegado alguma posterior irregularidade, devendo manter tais documentos probatórios em sua posse, pois, caso haja tal alegação de irregularidade, o ônus de probatório ficará a seu encargo, podendo inclusive vir a ser responsabilizado criminalmente.

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em:28.out.2013.

¹³⁷ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.248.

¹³⁸ MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.p.328.

¹³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em:01.nov.2013.

3.2.1.3 O Princípio da Inversão do Ônus da Prova Publicitária

Curioso princípio que pode gerar conclusões precipitadas, primeiro por ser uma norma processual específica para as relações de consumo, diferente, portanto, das regras sobre o ônus da prova previstas no Código de Processo Civil, e segundo porque é mais específica do que a tradicional inversão do ônus da prova prevista no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII¹⁴⁰.

Adentrando apenas ao aspecto das relações jurídicas de consumo, deve-se atentar pelas duas espécies de inversão de ônus da prova, primeiro uma geral, do citado artigo 6º, VIII, e outro, específica, exclusiva das relações publicitárias de consumo, com previsão no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira é conhecida como Inversão Judicial do Ônus probatório, que pode ser definida como aquela onde:

(...) caberá ao juiz analisar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos legais, como ocorre no art. 6º, VIII, do CDC, que prevê a possibilidade do juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que este for hipossuficiente ou suas alegações forem verossímeis, sendo aplicável, inclusive, nas ações coletivas consumeristas.¹⁴¹

Neste sentido, segundo esta espécie de inversão de ônus da prova, não basta apenas que se esteja diante de uma relação jurídica de consumo, far-se-á necessário também, que no caso concreto o juiz analise os requisitos da vulnerabilidade ou dá verossimilhança das alegações.

De outro lado, e com mais importância para compreensão do estudo desta monografia, está a Inversão Legal do Ônus da Prova:

A Inversão legal vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento dos requisitos legais no caso concreto. Significa dizer que para a sua aplicação do caso concreto basta a tipificação legal, não sendo, portanto, exigível qualquer decisão judicial determinando tal inversão.¹⁴²

¹⁴⁰ Art. 6º(...)

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

¹⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense,2013. p.541.

¹⁴² *Ibidem*. p.539.

É o caso, por exemplo, da inversão do ônus da prova da veracidade da informação publicitária, prevista no Artigo 38 do Código de Defesa do consumidor, dispondo que: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”¹⁴³.

Trata-se, portanto, de inversão legal do ônus da prova, ou seja, aquela em que não há a necessidade de intervenção do juiz, nem atendimento dos requisitos da verossimilhança das alegações ou da vulnerabilidade.

Tal inversão, é agasalhada por nossa jurisprudência, a título de exemplo, destaca-se o Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul:

Ação ordinária visando ao cancelamento da negativação e a desconstituição do débito. Propaganda enganosa. Ônus da prova. Crédito de bônus promocionais. Caso em que, a teor dos arts. do CDC, inverte-se o ônus da prova em favor da parte autora. Trata-se de típica relação de consumo, fazendo com que ocorra a inversão do ônus da prova, cabendo às demandadas derrubar a alegação da autora no que pertine à propaganda enganosa, bem como de que não teria recebido os créditos prometidos na promoção veiculada, o que não fizeram. Exegese dos arts. 2º, 6º, iv e viii, e 38 do CDC. Apelação provida.¹⁴⁴

Insta salientar, que há entendimento, que tal inversão do ônus da prova, cabe tão somente ao fornecedor do produto ou serviço, não devendo ser extensivo ao veículo de comunicação que divulgou a publicidade, nestes termos pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelação Cível. Veiculação de propaganda enganosa pelo primeiro apelado. Responsabilidade do fornecedor-anunciante pelos danos causados e não da empresa de comunicação. Inteligência do disposto nos artigos 3º e 38 do CDC. Instituição financeira que também não pode ser responsabilizada na hipótese vertente, por ser mera depositária da verba mantida na conta corrente de titularidade do 1º réu. DESPROVIMENTO DO RECURSO.¹⁴⁵

¹⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 01. nov.2013.

¹⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70027908441**, Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 29/01/2009. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=A%E7%E3o+ordin%E1ria+visando+ao+cancelamento+da+negativa%E7%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivil&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 06.nov.2013.

¹⁴⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 2009.001.10250**. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos. Data do Julgamento. 06./07/2013. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CDB153FBF44F66976BD C56F6F10E00430C4021F083D>>>. Acesso em 06. nov.2013.

Destarte, em decorrência do princípio da vulnerabilidade e do princípio da transparência da fundamentação publicitária, fez bem o legislador em permitir a inversão legal do ônus da prova da veracidade da informação publicitária, protegendo o consumidor contra os abusos publicitários, o qual, sem tal garantia seria quase impossível efetivar a tutela do consumidor em relação a sua falta de conhecimento técnico.

3.2.1.4 O Princípio da Correção do Desvio Publicitário

O princípio da correção do desvio publicitário, visa a correção de um malefício que tenha sido gerado por determinada publicidade, tem o fito de diminuir os danos causados ao consumidor, ou a uma coletividade de consumidores.

Segundo Antônio Herman Benjamin “uma vez que o desvio publicitário ocorra, ao lado da reparação civil, e repressão administrativa e penal, impõe-se igualmente, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.”¹⁴⁶.

O instrumento que busca viabilizar esta redução do dano oriundo de um desvio publicitário é a chamada contrapropaganda, ou, como deveria ser corretamente chamada de contrapublicidade, já que é o meio protetivo contra a publicidade e não da propaganda, que conforme já demonstrado não é objeto de proteção do código de Defesa do Consumidor. Porém, para evitar possíveis embaraços, adotaremos aqui o termo utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor, qual seja, contrapropaganda.

A contrapropaganda encontra previsão no Código de Defesa do Consumidor, e de suma importância que é, possui diversas passagens no referido código, podendo ser aplicado sobre o viés judicial, e, também, sobre o prisma administrativo, senão vejamos:

¹⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.249.

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:

(...)

XII - imposição de contrapropaganda

(...)

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre 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.¹⁴⁷

Na contrapropaganda, para que possa reparar o dano causado, é indispensável que em seu conteúdo contenha o emprego de outra mensagem publicitária, capaz de desmentir, corrigir ou diminuir os efeitos da publicidade enganosa ou abusiva.

Deve ainda, atingir o máximo de amplitude possível, obedecendo assim o §1º do artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo Rizzatto Nunes:

Para atingir a meta pretendida de, ao menos, aliviar os danos causados pelo anúncio enganoso, a contrapropaganda tem de ser implementada, no mínimo, de igual forma e com a mesma frequência e dimensão que a publicidade enganosa, nos mesmos veículos, locais, espaços e horários.¹⁴⁸

Neste diapasão, o fito da contrapropaganda, é no mínimo, assim, atingir os mesmos sujeitos que tenham sido afetados pela publicidade irregular, tentando desfazer nestes os efeitos do anúncio enganoso ou abusivo.

3.2.2 Análise Jurídica do Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor

É mister que aqui, de forma individual, se analise o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. Eis que de seu texto legal extrai-se importantíssimos conceitos para o estudo da publicidade. De outra banda, é deste mesmo dispositivo legal, que encontra-se também, as principais violações pelo meio publicitário em

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 01. nov.2013.

¹⁴⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.569.

relação aos direitos do consumidor, que são a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.¹⁴⁹

3.2.2.1 A Publicidade Enganosa

Percebe-se desta espécie “negativa” de publicidade, um dos maiores repúdios que o legislador teve ao dispor sobre a proteção do consumidor em face da publicidade. Adentrando ao mérito, busca-se os conceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Inicialmente o §1º do Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

§ 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.

Com igual redação, encontra-se o artigo 14 do Decreto nº. 2.181 de 20 de março de 1977:

Art. 14. 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 a erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e de quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços.¹⁵⁰

Da simples leitura dos artigos, observa-se que o legislador deu um conceito amplo de enganabilidade, incluindo várias hipóteses de acontecimentos que poderiam caracterizar uma publicidade como enganosa.

Previu o codificador neste aspecto, que o fornecedor, utilizaria deste meio publicitário em grande escala, e é o que acontece quando o fornecedor, por exemplo, ao lançar uma campanha de *shampoo*, figura uma atriz com cabelos secos

¹⁴⁹ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁵⁰ BRASIL. **Decreto nº. 2.181 de 20 de Março de 1977**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 01.nov.2013.

e após o uso do citado produto seus cabelos ficam sedosos, macios, levando o consumidor a acreditar que o uso do mesmo produto fará com que seus cabelos fiquem iguais aos da atriz no comercial.

Diante da amplitude que o conceito pode chegar, se trabalhará cada espécie de publicidade enganosa individualizada, buscando atender cada minuciosa expressão ou palavra que utilizou-se o legislador para conceituar a publicidade enganosa.

3.2.2.1.a A Publicidade Enganosa Por Omissão

A primeira modalidade de publicidade enganosa aqui abordada é aquela que utiliza-se de um ato omissivo para ludibriar o consumidor. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, (§3.º do Artigo 37) a publicidade é enganosa por omissão quando o fornecedor deixa de informar algum dado essencial sobre o produto ou serviço.¹⁵¹

De antemão, é claro que o que o código de defesa do consumidor visa proteger a ausência de informações, sobre a natureza, quantidade, características etc., de um produto ou serviço. Chama atenção, que esta parcela de informação omitida pelo fornecedor tenha o condão de influenciar na escolha do consumidor, é o que o legislador chamou de “dado essencial”.

Daí decorre a maior polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre este específico assunto, o que viria a ser essa informação essencial capaz de induzir ou não na escolha definitiva do consumidor? Por óbvio, quando o legislador usou o termo essencial, não quis que, por exemplo, que um fornecedor de pirulitos fornecesse individualmente junto de cada pirulito, uma bula ou manual detalhado de toda composição, contraindicações, benefícios etc.

O dicionário Aurélio define essencial como “Absolutamente necessário; indispensável:”¹⁵². Assim, pode-se apontar que dado essencial, é aquela informação

¹⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em:02.nov.2013.

¹⁵² REDE DE ENSINO DOCTUM. **Portal do Aluno: Dicionário Aurélio**. Disponível em:< <http://universitario.educacional.com.br/dicionarioaurelio/>>. Acesso em: 03. Nov.2013.

indispensável para aquele produto específico. Sem está informação não se saberia como utilizar o produto, qual a melhor forma de utilizar, sua durabilidade etc.

Em brilhantíssimo exemplo, de forma inequívoca para compreensão do termo dado essencial, Rizzatto Nunes exemplifica que não é dado essencial:

Por exemplo, não é dado essencial deixar de informar que um automóvel tem direção; que os pneus são de borracha, e que para pará-lo é preciso piar 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.¹⁵³

De outro lado, aponta o renomado autor a título de exemplo do que seria um dado essencial, indispensável para o consumidor:

Mas seria omissão, 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 tenham vaga de garagem. Se aquele não tem, é um dado essencial que precisa ser vinculado.¹⁵⁴

Em julgado sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, analisou o caso de uma empresa de refrigerantes que lançou campanha publicitária, onde haveria aquisição com produtos de tampinhas premiadas, ensejando direito à premiação. No presente caso, algumas tampinhas possuíam defeitos na fabricação, e segundo pronunciamento do STJ, a ausência de prévia informação sobre os defeitos citados, restaria configurada a publicidade enganosa por omissão, conforme se observa da ementa do julgado:

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório.

(...)

Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵³ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.564.

¹⁵⁴ *Idem*.

(...)
Recursos Especiais conhecidos parcialmente e não providos. (grifo
nosso)¹⁵⁵

Por fim, resta mencionar que há casos de publicidade enganosa omissiva que decorre da vontade da Lei, como, por exemplo, no caso da venda de cigarros, onde a Lei 9.294/96¹⁵⁶, proibida a venda de cigarros sem ausência de informações sobre os malefícios do cigarro.

3.2.2.1.b A Publicidade Enganosa Por Comissão

A publicidade enganosa por Comissão não vem expressamente mencionada no Código de Defesa do Consumidor, como fez o legislador com a publicidade enganosa por Omissão. Talvez pela dificuldade em se ver a omissão em uma publicidade enganosa, quis o legislador conceitua-la de forma expressa.

Citado problema, não se averigua da hipótese agora em comento, que representa em um ato comissivo do agente, em uma afirmação sobre o produto, que na verdade não é. Ocorre por exemplo, quando na venda de um carro anuncia que este virá com direção hidráulica, e na verdade na aquisição do veículo verifica-se que a direção era comum.

Diante da rotineira utilização deste meio publicitário, e da fácil visualização do conceito, ao qual se adestrai da leitura do mencionado *caput*, do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e jurisprudência não polemizam tão conceituação.

No entanto, a título de esclarecimento e complementação do tema, destaca-se o brilhante julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde analisou-se de forma clara a publicidade como um todo, utilizando, inclusive,

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 327257/SP -2001/0057239-4**. Terceira Turma. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 21/06/2004. Data de Publicação: DJ 16.11.2004 p. 272. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=327257&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 01.nov.2013.

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei nº. 9.294, de 15 de Julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 02.nov.2013.

diversos conceitos empregados nesta monografia. O referido Tribunal analisou o caso de venda de produtos de emagrecimento pela internet, no qual o resultado não foi o esperado pelo consumidor, conforme se descreve no julgado:

(...) 1 - a publicidade enganosa autoriza a rescisão do contrato quando impossível sua execução na forma divulgada (arts. 30, 35, III e 37, do CDC), previsto o direito à restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, mais perdas e danos face aos efeitos vinculantes da proposta (oferta). 2 - A publicidade, como espécie de oferta, é tratada de modo especial no código de defesa do consumidor dada sua evidente importância no mercado consumidor, definindo-se nas modalidades enganosa e abusiva, igualmente suscetíveis de consequências bastante severas quer no âmbito civil como no administrativo. 3 - **tudo que se diga a respeito de um determinado produto ou serviço deverá corresponder, exatamente, à expectativa despertada no público consumidor, com as consequências elencadas na seção II do capítulo V, das práticas comerciais**

(...)

5 - **constitui publicidade enganosa (art. 37, §1º, do CDC), o anúncio de empresa que oferta produto para emagrecer na internet, desconsiderando proibição da ANVISA (suspensão determinada), fazendo promessas de perda de dois quilos por semana. Resultado proclamado não obtido após cumprimento das orientações previstas. Angústia, constrangimento, frustração e indignação anormais, que excedem o que se entende como naturais, regulares por força da vida em coletividade.**

(...)

7 - a responsabilidade do fornecedor é objetiva pelos danos que causar ao consumidor, independentemente da existência ou não de culpa, na forma dos arts. 14 e 22 do CDC, bastando para tanto a existência de nexo de causalidade entre o evidente defeito do serviço prestado, e dano causado. (dignidade) com evidente indução ao erro para satisfação dos padrões de beleza proclamados e prometidos.

(...)

9 - sentença reformada. Unânime.¹⁵⁷(Grifos nosso)

O anúncio exagerado também deve ser analisado com cautela, o caso do *puffing*, por exemplo, costumeiramente é utilizado de forma correta, como já citado em tópico específico, porém, se este for analisado objetivamente, e não corresponder ao que de fato foi ofertado, se está diante de uma enganosidade.

Até mesmo por uma questão de homenagem ao princípio da transparência da fundamentação publicitária e o princípio da inversão do ônus publicitário, aquilo que foi ofertado deve ser cumprido. Neste caso, Rizzato Nunes, cita como exemplo de publicidade enganosa com exagero: “o anúncio que diz ‘é a pilha que mais dura’,

¹⁵⁷ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n.20070710030024**. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: ALFEU MACHADO. Data de Julgamento: 04/09/2007. Data da Publicação: DJU SECAO 3: 24/09/2007. Pág.: 114. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 02.nov.2013.

tem de poder provar. Se é o ‘isqueiro que acende mais vezes’, também. Se é o ‘carro mais econômico da categoria’ da mesma forma etc.”¹⁵⁸

Por fim, verifica-se que quando a publicidade menciona que será ofertado certa quantidade, qualidade, características etc., possui forma vinculativa, estando o fornecedor obrigado a cumprir tudo aquilo que ofertou-se na publicidade.

3.2.2.1.c O Elemento Subjetivo na Publicidade Enganosa

Importante frisar, até por discussão em capítulo posterior, que aqui não se discute dolo ou culpa do fornecedor pela informação prestada na publicidade, ou seja, não se discute a intenção de enganar do fornecedor. Para Rizzatto Nunes:

Para que fique caracterizada a infração, basta que o anúncio em si seja enganoso ou que na sua relação real com o produto ou o serviço anunciado o seja. Não há que fazer a pergunta a respeito de dolo ou culpa, porque, mesmo que estes elementos não se verifiquem, ainda assim o anúncio será tido como enganoso.¹⁵⁹

Desta forma, segundo Antônio Herman:

Tudo que se exige é a prova de que o anúncio possui tendência ou capacidade de enganar, mesmo que seja uma minoria insignificante de consumidores. A essência do desvio (a enganabilidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar.¹⁶⁰

Importa por fim, salientar que para que haja a publicidade enganosa, não importa que do outro lado, no polo passivo esteja um consumidor real, individualizado, podendo ser o abstrato, já que mesmo antes mesmo do consumidor ser afetado pela publicidade, está já era enganosa, bastando está ser divulgada.

¹⁵⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p555.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** .4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 250.

3.2.2.2 A Publicidade Abusiva

Diferente da enganosidade, que se relaciona mais diretamente com o produto ou serviço, a publicidade abusiva se relaciona mais diretamente com o consumidor, o abuso nem sempre está no produto ou serviço, mais sim na mensagem que se passa em seu anúncio.

A publicidade abusiva possui um caráter mais negativo que a publicidade enganosa, pois se relaciona diretamente com abuso de direitos pertencentes à pessoa humana, e também valores sociais, como por exemplo, intimidade, dignidade, saúde, meio ambiente, entre outros.

O Código Defesa do Consumidor, no artigo 37, §2º, dispõe sobre a publicidade abusiva, considerando esta como:

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.¹⁶¹

Observa-se que o a referida norma, estabelece um rol com exemplo do que pode ser considerado abusivo, lembrando é claro que em caráter exemplificativo, já que pode ocorrer a publicidade abusiva além dos citados exemplos do texto normativo.

Primeiramente a publicidade deve atender ao que Rizzatto Nunes chama de respeitabilidade: “A atividade publicitária e, claro, seu resultado – o anúncio – devem respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e símbolos nacionais, as autoridades instituídas e o núcleo familiar.”¹⁶²

Assim a publicidade não pode conter atos de:

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02. nov.. 2013

¹⁶² NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.512.

3.2.2.2.a Discriminação:

É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, por sua raça, religião, cor, sexo, nacionalidade, condição financeira, suas orientações políticas ou filosóficas, etc.

O Código de Autorregulamentação Publicitária, aliás, adverte que é a publicidade que contenha discriminação, conforme se verifica de seu artigo 20: “Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade.”¹⁶³

Ainda em tempo, abre se parêntese para a utilização do Código de Autorregulamentação Publicitária, este é indispensável para compreensão do tema, aliás, como já mencionado no decorrer desta monografia, a proteção do consumidor é composta por um sistema protetivo, e não apenas por um Código de Defesa do Consumidor.

Embora não tenha eficácia de lei, não se pode deixar de mencionar suas disposições, Rizzatto Nunes, de suma importância que considera a norma autorregulamentadora, lembra que:

É a própria Autorregulamentação 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”¹⁶⁴

Embora, caso confronte o Código de Defesa do Consumidor sua aplicabilidade será afastada, já que o Código de Defesa do Consumidor é hierarquicamente superior ao Código de Autorregulamentação Publicitária, podendo ser aplicado apenas de forma subsidiária, auxiliando o julgador nos casos em que envolvam publicidade.

¹⁶³ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Código e Anexos. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 03 nov.2013

¹⁶⁴ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.508.

3.2.2.2.b Atividades Legais e Incitação à Violência

Não pode o anúncio publicitário induzir a atividades ilegais ou criminosas, ou por consequência que incite a violência, ou que de forma autônoma, sem relação com as atividades criminosas e ilegais incite a violência.

Antônio Herman Benjamim adverte que a violência da qual se refere o Código de Defesa do Consumidor “é sinônimo de agressividade, de utilização de força bruta. Muitas vezes aparece como mensagens relacionadas com agressões, com lutas físicas, com a morte e com a guerra. É simplesmente abusiva, e por isso mesmo, proibida.”¹⁶⁵

Aqui cabe lembrar que a incitação à violência ou as atividades ilegais ou criminosas, não dizem respeito tão somente aos seres humanos, mais também contra animais, coisas, bens particulares ou públicos.

O Código Autorregulamentador, também coíbe o uso dessas espécies de publicidade:

Art. 21. Os anúncios não devem conter nada que possa induzir a atividades criminosas ou ilegais - ou que pareça favorecer, enaltecer ou estimular tais atividades.

(...)

Art. 26. Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência¹⁶⁶.

Por fim, deve-se tomar cuidado com tal emprego de publicidade, até porque, como se sabe, a mensagem publicitária atinge um número indeterminado de pessoas, dentre estas, crianças, idosos, a família como um todo.

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.259.

¹⁶⁶ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Código e Anexos. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 03 nov.2013

3.2.2.2.c Medo ou Superstição

Também não podem ser utilizados para atrair os consumidores à aquisição de produtos ou serviços pelos meios publicitários o medo ou a superstição. Nestes termos, Antônio Herman benjamim esclarece que:

A publicidade que se utiliza do medo ou superstição para persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço é abusiva. Para receber tal qualificação não se exige que a mensagem aterrorize, realmente, os consumidores. Basta que o anúncio faça o uso desses recursos para que seja considerado ilegal.¹⁶⁷

Já Rizzatto Nunes por sua vez, considera apenas que a superstição não pode ser utilizado em nenhuma hipótese sob pena de ser considerada abusiva à publicidade. Já no que tange ao medo, faz a ressalva que o medo pode ser utilizado pela publicidade: “O medo somente pode ser tema do anúncio se houver socialmente relevante ou for plausível a razão que justifique seu uso.”¹⁶⁸

É o que também revela o Código de Autorregulamentação Publicitária:

Art. 24 Os anúncios não devem apoiar-se no medo sem que haja motivo socialmente relevante ou razão plausível.

Art. 25 Os anúncios não devem explorar qualquer espécie de superstição.¹⁶⁹

Entendo aqui que o medo pode influenciar na autonomia da vontade de consumidor, que pode sentir-se coagido de alguma forma. Tal aspecto é ainda mais relevante quando o público alvo da publicidade for infantil, portanto, o medo não deve ser utilizado em qualquer hipótese pelos meios publicitários.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 259.

¹⁶⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.575.

¹⁶⁹ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Código e Anexos. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 03 nov.2013

3.2.2.2.d Segurança e Acidentes

A publicidade também não pode representar risco ao consumidor, e de sua vinculação resultar em acidentes. A título de exemplo, cita-se a publicidade de cigarros, onde é proibido associar a imagem do cigarro a um atleta, por exemplo, conforme dispõe a Lei 9.294/96, em seu artigo 3º, §1º, IV, que proíbe tal prática “não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais”.¹⁷⁰

Por sua vez, o professor Rizzatto Nunes faz uma relação de hipóteses que a publicidade não deverá deixar de observar, segundo o renomado autor, o anúncio não pode:

- a) manifestar descaso pela segurança, sobretudo, quando nele figurem jovens e crianças ou quando especialmente a estes for endereçada a mensagem;
- b) estimular o uso perigoso de produto ou serviço oferecido;
- c) deixar de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, se tais cuidados forem especiais ao uso do produto ou do serviço;
- d) deixar de especificar cuidados especiais no tocante ao uso de produto ou do serviço por crianças, idosos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.¹⁷¹

A doutrina ainda costuma dizer que desta disposição legal surge o princípio da inofensividade da publicidade¹⁷². A publicidade não pode induzir o consumidor a comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei nº. 9.294, de 15 de Julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 02.nov.2013.

¹⁷¹ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.575

¹⁷² BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** .4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012. p. 259.

3.2.2.2.e Meio ambiente

Chega-se enfim, ao último item a ser analisado: o meio ambiente. Toma-se por base o que prevê o Código de Autorregulamentação Publicitária:

Art. 36 A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem:

- 1-a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais;
- 2-a poluição do meio ambiente urbano;
- 3-a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais;
- 4-a poluição visual dos campos e das cidades;
- 5-a poluição sonora;
- 6-o desperdício de recursos naturais.¹⁷³

Exemplificando, não pode em um comercial publicitário de motosserras o fornecedor testar esta em uma área de preservação ambiental. Deve também relacionar-se este tipo publicitário com a abusividade cometida com violência, em uma publicidade que estimule os maus tratos de animais por exemplo.

Resta somente observar que foram aqui analisados apenas os termos empregados pelo Código de Defesa do Consumidor, que conforme apontado de início é meramente exemplificativo, podendo surgir inúmeras hipóteses em que o consumidor seja vítima de publicidade abusiva.

¹⁷³ CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Código e Anexos. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 03 nov.2013

CAPÍTULO 4- A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO.

4.1 Noções Introdutórias Sobre a Responsabilidade Civil.

Em caráter final, alcançamos o último capítulo desta monografia, em um tecer de ideias onde costuramos raciocínios, pensamentos e conhecimentos adquiridos em todo o estudo. Todo tema deve se mostrar em perfeita simetria, e é por isso que trataremos da responsabilidade civil, como forma de conclusão do raciocínio jurídico. É falho falar sobre a publicidade e suas espécies, sobre os ilícitos publicitários cometidos, se não abordamos a consequência destas condutas *contra legem*, que se perfazem na responsabilidade civil.

A ideia de responsabilidade civil está relacionada diretamente com o nosso senso de justiça, aquela ideia de que cada um deve ser responsável por seus atos, e de alguma forma satisfazer a lesão causada a outrem. É uma espécie de conforto social, já que a reparação de um dano visa garantir os prejuízos do descumprimento de determinada obrigação, seja ela contratual ou extracontratual, e desta forma proporcionar uma harmonia social.

Existem diversas formas de responsabilidade, como a responsabilidade criminal, ambiental, no entanto, trabalhara-se aqui tão somente com a responsabilidade civil. A palavra responsabilidade origina do latim *respondere*, que passa a ideia de segurança, garantia, da obrigação de restituir, compensar ou ressarcir algum dano causado.¹⁷⁴

De forma geral, a responsabilidade pode decorrer de um contrato, ou seja, da vontade entre as partes, ou, de um ato ilícito extracontratual, e, portanto, decorrente da lei. São as chamadas responsabilidade contratual e a extracontratual.

A primeira, a responsabilidade contratual, decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, é por isso que Sergio Cavalieri Filho afirma que “Daí se conclui que, na responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, já

¹⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.p.41.

existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes(...)"¹⁷⁵. Aqui cabe lembrar do princípio da vinculação publicitária, que aparece na fase contratual, como também na pré-contratual:

A vinculação atua de duas maneiras: primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar; segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.¹⁷⁶

De outro lado, está a responsabilidade extracontratual, que pode ser exemplificada nas ideias de Sergio Cavalieri Filho:

Na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima (eles são estranhos) até que o ato ilícito ponha em ação os princípios geradores da obrigação de indenizar. É o ato ilícito por si só que é a relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano o dever de indenizar a vítima.¹⁷⁷

Neste contexto, podemos exemplificar com a publicidade abusiva, deixando claro que esta possui como primeiro objetivo seu lado contratual, já que seu escopo é a oferta do produto ou serviço. No entanto, esta pode vir a ensejar a responsabilidade extracontratual, quando, por exemplo, utiliza-se da exposição constrangedora da imagem de determinada pessoa sem possuir qualquer vínculo contratual.

Outros dois aspectos importantes da responsabilidade civil acontecem quando se considera ou não a culpa como elemento daquela. Neste sentido, estamos falando da responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

A primeira, a responsabilidade subjetiva, não se insere com destaque para compreensão do tema monográfico, mais de forma breve e para conhecimento geral, definiremos aqui da seguinte forma:

Diz-se, pois 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do

¹⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed.rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p.278.

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 259.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed.rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p.278.

dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se figura se agiu com dolo ou culpa.¹⁷⁸

Já a segunda espécie, a responsabilidade civil objetiva, é o grande desafio para compreensão do tema, já que o Código de Defesa do Consumidor adota esta modalidade de responsabilidade civil como regra, conforme veremos adiante. Porém, sucintamente definiremos a responsabilidade civil nas lições de Carlos Roberto Gonçalves, segundo o autor, em casos específicos, a lei determina que mesmo sem a presença de culpa, haverá indenização pelo dano causado, e assevera:

Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde culpa e se satisfaz com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.¹⁷⁹

Atingindo a meta de tecer breves comentários sobre a responsabilidade civil, partindo da ideia da responsabilidade objetiva, passaremos a analisar a responsabilidade civil nas relações jurídicas de consumo, em especial aquelas que envolvam publicidade.

4.2 A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.

Como já demonstrado desde as primeiras linhas desta monografia, o grande objetivo do sistema formado para a defesa do consumidor, é a busca pelo reequilíbrio da relação entre consumidores e fornecedores. E é por isso, que o legislador consagrou como base deste sistema a vulnerabilidade do consumidor, de forma que todo ordenamento aja em sintonia para tornar eficaz todas as medidas protetivas consumeristas.

Partindo desta base, não poderia ser diferente com a responsabilidade civil, aqui, vista como uma segurança aos abusos cometidos contra frágeis consumidores.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.p.48.

¹⁷⁹ *Idem*.

A responsabilização dos fornecedores pelos descumprimentos contratuais ou legais é uma das garantias que previu o legislador ao tutelar os direitos dos consumidores, o consumidor estaria seguro ao ver aquilo que pactuou cumprido, ou ainda, o dano oriundo desta relação, seja ela contratual ou extracontratual, reparado ou minimizado.

Quis o legislador, portanto, até por uma forma lógica, que o Código de Defesa do Consumidor adotasse como regra a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, mais justo não seria, já que caso o consumidor houvesse de provar a culpa dos fornecedores, restaria frustrado os seus direitos e garantias.

Entretanto, é claro que o Código de Defesa do Consumidor não excluiu a responsabilidade subjetiva, esta que não é o mérito deste estudo, é adotada como uma exceção pelo referido código, podendo ser empregada nos casos de responsabilização dos profissionais liberais.¹⁸⁰

Trabalhando apenas com a regra, aprendemos desde o início deste estudo, que o Código de Defesa do Consumidor visa uma aplicação de suas normas voltadas para o fito social, vimos que a propriedade, sobretudo a dos fornecedores, devem atender a uma finalidade social, e que a divulgação de produtos e serviços pelos meios publicitários, deverão ocorrer através de um sistema econômico pautado pela livre e justa concorrência, tudo visando a diminuir a desigualdade escancarada entre consumidor e fornecedor.

É deste conjunto de ideias que sabiamente adotou o Código de Defesa do Consumidor, adotou a responsabilidade civil objetiva como regra, neste sentido José Joaquim Calmon de Passos, partilhando deste raciocínio, afirma que:

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibra-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa.¹⁸¹

¹⁸⁰ Art. 14 (...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁸¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O imoral nas indenizações por Dano Moral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2989>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

Da citada teoria do risco, também conhecida como teoria do risco do empreendimento, pode ser definida conforme os ensinamentos de Sergio Cavaliere Filho, que ao abordar a responsabilidade civil na seara consumerista, apresenta o seguinte conceito sobre a teoria:

Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelo seus eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas.¹⁸²

Continuando a linha de raciocínio, Cavaliere relata sobre a partilha do risco:

O consumidor não pode assumir sozinho os riscos da relação de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos.¹⁸³

Assim, verifica-se que o grande objetivo da teoria da responsabilidade objetiva, cujo embasamento está no risco do empreendimento, é responsabilizar os agentes econômicos pelos danos causados pelo simples exercícios de sua atividade econômica, além, de viabilizar um sistema eficaz, em que o consumidor seja tutelado sem a necessidade de provar dolo ou culpa, bastando apenas que este demonstre o nexo causal entre o dano e a conduta humana, para ver recompensado o dano sofrido, sob pena de obstaculizar a percepção deste consagrado direito.

O Código de Defesa do Consumidor, em relação a responsabilidade civil objetiva, costume dividir esta pelo vício do produto ou serviço e pelo fato do produto do produto ou serviço.

O primeiro, o vício do produto ou do serviço, está relacionado mais diretamente com o produto ou serviço. Segundo Rizzatto Nunes:

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também lhe diminuam o valor. Da mesma forma são

¹⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed.rev. e atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. P.475

¹⁸³ *Idem*.

considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes no recipientes, embalagens, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.¹⁸⁴

O segundo, fato do produto e do serviço, está relacionado com os chamados acidentes de consumo, nas palavras de Antônio Herman Benjamin: “‘Fato do produto’ ou ‘fato do serviço quer significar o dano causado por um produto ou serviço, ou seja, dano provocado(fato) por um produto ou serviço.’”¹⁸⁵

Nesses situações, o fato do produto ou serviço vai além do mero defeito, não sendo um evento danoso que atinge apenas o produto ou serviço, mais um dano maior, que atinge diretamente o consumidor. Assim o fato do produto ou serviço pode decorrer do vício de produto ou serviço, já que se este vício cause um dano externo que atinja o consumidor, será considerado como fato do produto ou serviço.

4.3 A Responsabilidade Civil dos Meios Publicitários.

Por todo exposto nesta monografia, de todas ilegalidades cometidas pelos meios publicitários diante da vulnerabilidade do consumidor, seria inviável a realização de todo aparato legal na proteção do consumidor se isso não resultasse em um objetivo lógico, a reparação do dano sofrido através da publicidade.

Seguindo a linha geral adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, na publicidade também é adotada a responsabilidade civil objetiva, dada a vulnerabilidade do polo passivo representado pelo consumidor, e por ter o Código de Defesa do Consumidor adotado os princípios da veiculação contratual da publicidade, da inversão do ônus da prova na publicidade, e da transparência da fundamentação publicitária, todos já mencionados no corpo deste estudo.

Assim, abordaremos de uma forma geral todas as espécies de dano, bem como os responsáveis por este, os direitos que detêm os consumidores em face do dano publicitário.

¹⁸⁴ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p229.

¹⁸⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.147.

4.3.1 O sujeito passivo da responsabilidade pela publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor, além da responsabilidade civil objetiva, adota como regra a solidariedade entre toda cadeia de fornecedores. Tal medida é adotada diversas vezes pelo Código de Defesa do Consumidor, em especial pelo artigo 7º, parágrafo único¹⁸⁶, e pelo artigo 34¹⁸⁷, ambos preveem a responsabilidade solidária.

No entanto, temos uma polêmica divergência tanto na doutrina, quanto jurisprudência. Há aqueles que afirmam haver a responsabilidade solidária entre o fornecedor, agência de publicidade e veículo de comunicação, outros no entanto, entendem que como regra, somente o fornecedor é o responsável, e que apenas em alguns casos específicos é possível a ocorrência da responsabilidade solidária com a agência de publicidade e o veículo de comunicação.

A primeira corrente é defendida por Rizzatto Nunes e Flávio Tartuce, este último entende que limitar a responsabilidade apenas ao fornecedor, é contrariar todo o sistema de proteção e responsabilização objetiva adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo o autor:

A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma declinação da boa-fé objetiva e da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990.¹⁸⁸

Defendendo a sua tese, o autor cita ainda a teoria do fornecedor equiparado, já mencionada neste estudo, e afirma que a publicidade entra no chamado risco do empreendimento, tanto da agência, quanto do veículo de comunicação devendo haver a solidariedade entre todos.¹⁸⁹ Por fim, o autor lembra da súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, a qual transcreve, *in verbis*:

¹⁸⁶ Art. 7º (...)

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

¹⁸⁷ Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio; Neves, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. vol. Único. 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.344.

¹⁸⁹ *Idem*.

STJ Súmula nº 221 - 12/05/1999 - DJ 26.05.1999. Responsabilidade Civil - Publicação pela Imprensa - Ressarcimento de Dano. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.¹⁹⁰

Entende o autor, que tal entendimento jurisprudencial deve ser aplicado por analogia nas relações de consumo afetadas por algum dano causado pelo meio publicitário.

Partilhando desta ideia, está Rizzatto Nunes, que também posiciona-se pela solidariedade entre anunciante, agência de publicidade e veículo de comunicação. O autor defende neste caso a aplicação do Código de Autorregulamentação Publicitária, que prevê a responsabilidade entre os entes da cadeia publicitária¹⁹¹, tendo como base o artigo 3º do referido código, o qual dispõe: “Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.”¹⁹²

Em caso similar. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, decidiu haver solidariedade entre montadora e concessionária pela publicidade enganosa, senão vejamos:

Processo civil. Propaganda enganosa. Concessionária (revenda). Montadora (fabricante). Responsabilidade solidária. Reconhecimento da legitimidade passiva. Direito do consumidor. Descumprimento da oferta veiculada em revista de âmbito nacional. Consequências estabelecidas no código de defesa do consumidor. Dano moral não configurado. Nos termos do artigo 30, do código de defesa do consumidor, a concessionária de veículos é responsável solidária pela publicidade veiculada pela respectiva montadora em revista com circulação nacional, daí porque rejeita-se a alegação de ilegitimidade passiva. Tendo em vista que as partes debateram sobre a questão de mérito e a prova resume-se a análise dos documentos juntados pelas partes e sua subsunção às normas legais, rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva é possível avançar e decidir o próprio mérito da demanda nos termos do § 3º, do artigo 515, do código de processo civil. A publicidade enganosa, consistente em eventual discrepância entre as características do veículo anunciado e aquele que foi adquirido, não enseja a compensação por dano moral, a menos que se comprove a exposição a alguma situação capaz de atingir a integridade física e psíquica do consumidor, haja vista que o código de defesa do consumidor, em seu artigo 35, estabelece as consequências próprias desse

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=221&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> acesso em: 09.nov.2013.

¹⁹¹ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.521.

¹⁹² CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Código e Anexos. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso 09.nov.2013.

inadimplemento, qual seja o cumprimento forçado da oferta, a entrega de outro produto equivalente, ou rescisão do contrato, com as consequências financeiras daí advindas, a critério do consumidor. Recurso conhecido e provido para reconhecer a legitimidade passiva da ré, mas, no mérito, julgar improcedente o pedido contido na inicial. (Grifos nosso).¹⁹³

De outro lado, está a corrente doutrinária defendida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin, segundo o autor, devido ao princípio da vinculação publicitária, somente o anunciante pode ser responsabilizado:

Ora, se tal limitação da legitimidade passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais, a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de eximir sua responsabilidade a pretexto que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o prejuízo.¹⁹⁴

Entende o autor que somente o anunciante tem o direito de acionar a agência e o veículo de comunicação, caso o erro publicitário tenha sido cometido por estes, já que foi o anunciante que contratou tais serviços.¹⁹⁵

Esse também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que entende não haver solidariedade na cadeia publicitária, conforme observa-se do julgado abaixo:

Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula 282/STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da súmula 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propaganda ou anúncio enganoso ou abusivo. Ausência de responsabilidade. CDC, art. 38. Fundamentos constitucionais. I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III - **As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).** IV - **O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de**

¹⁹³ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n.20070111239894**. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: Cesar Laboissiere Loyala. Data de Julgamento: 04/09/2007. Data da Publicação: DJU SECAO 3: 24/09/2007. Pág.: 114. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09.nov.2013.

¹⁹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.233.

¹⁹⁵ *Idem*.

comunicação (Art. 3º, CDC). V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial.¹⁹⁶(Grifos nosso)

Respeitando este último entendimento, a primeira corrente citada e defendida pelos professores Flávio Tartuce e Rizzatto Nunes, parece adequar-se melhor ao que preza o Código de Defesa do Consumidor, pelo dever de adotar todos os meios capazes de efetivar a tutela jurisdicional, e a solidariedade é a regra adotada pelo referido código, representando um eficaz meio de efetivação dos direitos do consumidor.

4.3.2 A Responsabilidade pelo vício e pelo do produto e pelo vício do serviço na publicidade.

Para tratar deste tema, evocamos mais uma vez o princípio da veiculação publicitária, trazemos à baila o disposto no artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.¹⁹⁷

Portanto, cabe lembrar que devido ao caráter vinculativo da publicidade, que conforme já mencionado nesta monografia, possui um caráter pré-contratual no momento em que se anuncia o produto ou serviço, e que será mantido no momento da aquisição deste produto ou serviço.

Desta feita, tudo aquilo que for anunciado pelo fornecedor deverá ser cumprido posteriormente. Assim se em um anúncio publicitário promete um remédio que promova a perda de até dois quilos por semana, ao adquirir o produto, o

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 604.172/SP**. Terceira Turma. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 27/03/2007. Publicado em 21/05/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3004625&sReg=200301986658&sData=20070521&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09.nov.2013.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em:10.nov.2013.

consumidor deverá obter neste, todas as características e efeitos prometidos na publicidade, sobre pena de responsabilização pela publicidade enganosa.

Tudo aquilo que estiver sendo noticiado na publicidade, em relação a quantidade, características, qualidade do produto e do serviço deverá ser cumprido. Neste sentido, o Tribunal de Santa Catarina, proferiu importante julgado sobre o vício do produto advindo de publicidade enganosa:

Apelações cíveis. Ação de indenização por danos materiais e morais. Aquisição de aparelho celular. Bateria que não possuía a durabilidade indicada na mensagem publicitária. Vício na propaganda do produto. Legitimidade passiva do fornecedor caracterizada. Exegese do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Redistribuição dos autos do juizado especial cível à justiça comum. Admissibilidade. Interpretação analógica e sistemática da Lei n. 9.099/1995 com o Código de Processo Civil. Cerceamento de defesa não configurado. Aplicação do prazo decadencial legal de 90 dias. art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor. Existência de causa obstativa da decadência. Propaganda enganosa. Ilícito configurado. Abalo moral inexistente. Mero aborrecimento. Dever de compensar pecuniariamente afastado. Recurso das rés parcialmente provido. Apelo do autor prejudicado. I - Tratando a ação de responsabilidade por vício na propaganda do produto, aplica-se o disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual tanto o fornecedor quanto o fabricante possuem responsabilidade solidária pelos danos decorrentes de mensagem publicitária que não condiz com as características da mercadoria. (...) ¹⁹⁸

A doutrina, costumeiramente chama esta modalidade de vício de “vício de informação”. Segundo Marcelo Kokke Gomes

Os vícios de informação possuem um sentido amplo e outro restrito. Em sentido Amplo, o vício de informação engloba toda e qualquer imperfeição originada de disparidade entre o produto e serviço anunciado, submetido a publicidade, e as características reais apresentadas pelo bem colocado à disposição do consumidor. Neste sentido, os vícios de qualidade e quantidade seriam absorvidos pelo vício de informação. ¹⁹⁹

Os vícios de informação em sentido restrito, não tem relação direta com este estudo, mais seriam aqueles vícios relacionados com a informações na embalagem do produto, por exemplo.

¹⁹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.059179-1**. Relator. Des. Joel Figueira Júnior. Julgado em 14/06/2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%20Tratando%20a%20a%E7%E3o%20de%20responsabilidade%20por%20v%E7%EDcio%20na%20propaganda%20do%20produto&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAF+qzAAB&categoria=acordao.>. Acesso em: 10. nov.2013.

¹⁹⁹ GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.178.

Cabe lembrar, que devido a força vinculativa da publicidade, se o vício do produto ou do serviço for identificado antes da aquisição destes, o consumidor tem o direito de exigir aquilo que foi vinculado na publicidade. Se por exemplo, o fornecedor anuncia que determinado modelo de veículo automotor será vendido pelo preço de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), contento ar condicionar, direção hidráulica, vidros e travas elétricas, e o consumidor ao se dirigir ao local de venda, é surpreendido com a informação de que o veículo não possui os citados itens de conforto, tem o consumidor o direito de exigir o que foi anunciado pela publicidade.

De outro lado, o fato do produto e do serviço são merecedores do mesmo raciocínio apresentado acima, no mais, a publicidade por si só é uma prestação de serviços, e os riscos advindo desta, devem ser arcados pela cadeia de fornecedores envolvidos na publicidade. Em um exemplo hipotético, se em uma publicidade incentiva o consumo de bebidas alcoólicas por crianças, fato este que representa um risco a saúde das crianças, o fornecedor-anunciante, empresa publicitária e o veículo de informação serão responsáveis pelo dano causado, seja ele material ou imaterial.

4.3.3 As formas de reparação e compensação do dano nas relações de consumo.

Em se tratando de dano material, são diversas as formas de reparação dos danos causados aos consumidores pela publicidade. Citaremos aqui um por um, até chegarmos nos danos imateriais.

Primeiramente, podemos mencionar como uma primeira alternativa de reparação do dano material, em se tratando de produto, a substituição deste, conforme previsto no artigo 18, I, do Código de Defesa do Consumidor. Tal espécie seria mais comum em produtos que depois da compra possuíssem algum vício, detendo o consumidor o direito pela troca por outro de mesma espécie, marca e modelo.

A segunda alternativa, seria a restituição da quantia paga, que poderá vir a ser cumulada com pernas e danos, conforme disposição leal do artigo 18, II. Aqui caso a publicidade prometa determinado produto ou serviço, e estes são entregues

ou cumpridos parcialmente ou de forma diversa da vinculada na publicidade, o consumidor pode exigir a devolução da quantia paga. Caso, por exemplo, tal publicidade acarrete em perdas e danos, o consumidor tem o direito de exigir a indenização pelo prejuízo sofrido.

Por fim, a terceira alternativa seria o abatimento proporcional do preço, prevista no III, do §1^a do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, segundo Rizzatto Nunes:

Pode se tratar de mero vício estético e o consumidor conforme-se em ficar com o produto mediante a devolução de parte do preço pago ou pode o ser vício que impeça o funcionamento, mais que o consumidor tenha como concertar com terceiro – nessa hipótese o valor do abatimento será o valor cobrado pelo terceiro para o conserto.²⁰⁰

Aqui também, segundo a vontade de consumidor, pode se exigir ao invés do abatimento do preço, a complementação do serviço, ou a complementação da qualidade ou quantidade do produto.

De outro lado, está o dano imaterial, conhecido como dano moral, aqui a dificuldade é maior, enquanto o dano material visa reparar o prejuízo, torna-se impossível tal reparação quando se atinge o subjetivo do consumidor, neste sentido Rizzatto Nunes afirma:

Ora, como se viu, no dano moral não há prejuízo material. Então, a indenização nesse campo possui outro significado. Seu objetivo é duplo: satisfativo-punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação, uma sensação de compensação capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como punição ao ofensor, causador do dano, incutindo-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado.²⁰¹

O dano moral, advém de disposição Constitucional, segundo previsão do artigo 5^o, V e X da Constituição Federal:

Art. 5^o(...)

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

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

²⁰⁰ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.255.

²⁰¹ *Ibidem*.375.

Assim, o dano moral se relaciona com direitos intrínsecos a pessoa humana, como a saúde, a privacidade a liberdade, a honra e a imagem, e quando violados acarretem algum dano, poderão ser compensados por uma indenização.

Nas relações de consumo não é diferente, como já citado em diversos julgados acima, como por exemplo, no celebre caso da MTV que usou de imagens subliminares com conteúdo pornográfico, impróprio para crianças, ferindo direitos inestimáveis, bem como a honra de toda família.

Não é diferente também nos casos em que a publicidade denigre a imagem de determinada pessoa, ou utilizam da imagem desta sem sua permissão, ensejando também a indenização por dano moral.

E por fim, o mais corriqueiro dano moral nas relações de consumo atingidas pela publicidade, é pertinente a publicidade enganosa. É comum julgados em que a configuração da publicidade enganosa ou abusiva gere dano moral. Porém, chama nos atenção o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que além de reconhecer a existência de dano moral na publicidade enganosa, entendeu que este dano é presumido, conforme se observa da ementa do acórdão deste julgado:

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL - AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - OFERTA DE SOFTWARE OFFICE NA VERSÃO DE TESTE - FUNCIONAMENTO POR TEMPO LIMITADO - AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES CLARAS E PRECISAS - PROPAGANDA ENGANOSA - DANO MORAL PRESUMIDO - VALOR - CRITÉRIOS - MAJORAÇÃO. 1. Em relação ao abalo sofrido já se posicionaram doutrina e jurisprudência no sentido de que se presume o prejuízo nos casos de reparação civil a título de dano moral, não necessitando restar do processado a comprovação das repercussões do ato ilícito ou culposo no âmbito individual. 2. Nesse cenário, é presumido o dano moral do consumidor que é vítima de propaganda enganosa do fornecedor de produtos e serviços. 3. O quantum indenizatório de dano moral deve ser fixado em termos razoáveis, para não ensejar a ideia de enriquecimento indevido da vítima e nem empobrecimento injusto do agente, devendo dar-se com moderação, proporcional ao grau de culpa, às circunstâncias em que se encontra o ofendido e a capacidade econômica do ofensor.²⁰²

²⁰² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0701.11.011261-5/001**. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza. Julgamento em 08/07/2013. Publicado em: 19/07/2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=58&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=CIVIL%20-%20INDENIZA%C7%C3O%20-%20DANO%20MORAL%20-%20PROPAGANDA%20ENGANOSA%20-&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 10.nov.2013.

Finalizando o estudo, não podemos esquecer do caráter “coletivo” das relações de consumo, provindo da responsabilidade civil daquilo que a doutrina costuma chamar de “dano coletivo”. Sobre o assunto, na seara consumerista, encontramos importante dispositivo legal que apresenta diversos conceitos sobre o tema, e está disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.²⁰³

Assim, observamos de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, os interesses coletivos podem ser divididos em três espécies: interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos e os interesses e direitos individuais homogêneos.

Os dois primeiros são os que mais se confundem, é comum usar como sinônimos direitos difusos e coletivos, mais há uma clara diferença entre os dois institutos, segundo Pablo Stolze:

A diferença, porém, estará na titularidade, em que os primeiros, se confundem com ‘pessoas indeterminadas’ ligadas pelas circunstâncias de fato, enquanto, no segundo, se refere a ‘grupo, categoria, ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’.²⁰⁴

Portanto, sobre esses dois institutos podemos destacar como diferença básica, que em um, no caso dos direitos difusos, os sujeitos afetados são indeterminados, enquanto no segundo, direitos coletivos, é possível determinação dos sujeitos afetados.

²⁰³ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10.nov.2013.

²⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. III. 4.ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.p.48.

Exemplificando o estudo, quando se promove um *recall*, previsto no §1º do artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁵, em caso de venda de carros que apresentam defeitos em determinada peça, tal atitude preventiva e reparadora pelo fornecedor será empregada apenas a uma coletividade específica de consumidores que compraram os veículos com defeito.

No segundo caso, sobre direitos difusos, usaremos o exemplo de Rizzatto Nunes:

Por exemplo, se um fornecedor vincula uma publicidade enganosa na televisão, é o caso típico de direito difuso, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso²⁰⁶

E o último, os direitos individuais e homogêneos, sem polêmicas e de fácil compreensão, ressalvando apenas, que, embora receba o nome de direitos individuais, não quer dizer que seja um único consumidor, já que se trata de um interesse ou direito coletivo. Neste caso, sempre haverá mais de um sujeito passivo, os quais sempre serão determinados, e apresentaram uma origem comum.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes afirma que:

O estabelecimento do nexos entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica – fato, ato, contrato etc. – que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado. Ou seja, o liame que une os titulares do direito violado há de ser comum a todos.²⁰⁷

Apesar de uma origem comum, não é necessário que o dano sofrido seja igual para todos, até mesmo porque, isso é quase impossível, como por exemplo em um naufrago de barco onde alguns podem perder bens materiais, e outros podem perder a vida.

Assim, diante de todo exposto, encerramos o presente estudo, após árdua compreensão de todos os temas que compreendem a publicidade nas relações jurídicas de consumo, desde a conceituação dos institutos da publicidade, a sua

²⁰⁵ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

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

²⁰⁶ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.800.

²⁰⁷ *Ibidem*.p.806.

aplicação e proteção e regulamentação pelo ordenamento jurídicos, bem como a responsabilização daqueles que violarem tais direitos e garantias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o legislador prudentemente buscou proteger o consumidor contra um dos meios mais utilizados no mercado de consumo: a publicidade.

Em rigor, o que pretende a legislação, partindo de uma ordem constitucional, passando pelo Código de Defesa do Consumidor, até chegar a leis esparsas, não é a proibição da publicidade, mais sim o controle desta, buscando extirpar toda publicidade que seja considerada clandestina, subliminar, enganosa ou abusiva.

Daí, constatou-se no presente estudo, de forma irrefutável, que toda publicidade deve estar voltada para um fim social, não visando apenas o seu caráter comercial, de apenas produzir e vender, sem se preocupar com os meios que são utilizados para chegar a tal resultado.

Como visto, o fornecedor deve atender a uma concorrência legal, baseada na manutenção da ordem econômica, lembrando sempre que do outro lado está a parte vulnerável da relação de consumo: o consumidor. Aqui, deve ainda ser ressaltada a intervenção do Estado, que deverá adotar todos os meios e políticas capazes de promover o equilíbrio entre esta relação de consumo.

Foi demonstrado ainda, e com clareza, que toda atividade publicitária merece um controle jurisdicional e administrativo, devendo ser responsável todo aquele que de forma direta ou indireta patrocine publicidade clandestina, abusiva ou enganosa.

Assim, conclui-se pelo presente estudo, que tais meios publicitários analisados, representam uma afronta ao sistema de proteção e defesa do consumidor, devendo ser banido pelo Estado, que deverá sempre defender a coletividade de consumidores expostos à publicidade, bem como desenvolver meios capazes de reduzir os danos por esta causada, e consagrar meios que evitem novos acontecimentos voltados pela publicidade ilegal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette S. D. N, Teixeira de. **A publicidade Enganosa e o Controle Estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14/41.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual De Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva,2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BENJAMN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8.ed.São Paulo: Forense Universitária.2004.

BENJAMIM. Antônio Herman de Vasconcelos. *et al.* **O controle jurídico da publicidade**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<
http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8981/O_Control_Jur%EDdico_da_Publicidade.pdf.txt;jsessionid=3EFB50F0263B83E6971E27C934708E6F?sequence=3> acessado em 06 out.2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**.6.ed.rev. atual. e ampl. Po Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária,2003.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 1840/11**. Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão e Altera a Lei nº 4.117, de 1962. Autora: Erika Kokay. Apresentação13/07/2011. Brasília, DF. Disponível em<
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512431>
> Acesso em:25.out.2013.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL. 4825/08**. Modifica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências", proibindo a veiculação de propaganda contendo mensagem

subliminar. Autor: João Hermann. Apresentação 10/03/2009. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=426046>
> Acesso em: 25.out.2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf220a224.htm>. Acesso em: 28.out.2013

BRASIL. **Decreto nº. 2.181 de 20 de Março de 1977.** Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm >. Acesso em: 01.nov.2013.

BRASIL. **Lei 4.117 de 27 de Agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasil, Brasília, DF. 17. dez. 1962. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm> Acesso em 18. out. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 4680 de junho de 1965.** Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em 19. out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28. out. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 9.294, de 15 de Julho de 1996.** Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm >. Acesso em: 02.nov.2013.

BRASIL. **Lei n.º 12.323 de 23 de abril de 2010.** Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em 05.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **AgRg no AInt. 316667, RO ,2010/0105201-5**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Data de Julgamento: 15/02/2011, Data de Publicação: DJe 11/03/2011 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13865553&num_registro=201001052015&data=20110311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 5 .nov.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 519310/SP**. Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 20/04/2004. Publicado em: 24/05/2004, p. 262. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=519310&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#>. Acesso em:05.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 604.172/SP**. Terceira Turma. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 27/03/2007. Publicado em 21/05/2007. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3004625&sReg=200301986658&sData=20070521&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 327257/SP - 2001/0057239-4**. Terceira Turma. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 21/06/2004. Data de Publicação: DJ 16.11.2004 p. 272. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=327257&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 01.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1016458/RS**. Quarta Turma. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 09/02/2010. Publicado em 08/03/2010. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7439103&sReg=200703011856&sData=20100308&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28.out.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1009591/RS**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 13/04/2010. Publicado em 23/08/2010. Disponível em<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1009591&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em:05.nov.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=221&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> acesso em: 09.nov.2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. **Aspectos jurídicos da publicidade**. João Pessoa, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/artigo_8.pdf>. Acesso em: 24set. 2013.

CALAZANS, Flávio Mario de Alcântara. **Propaganda Subliminar Multimídia**. 7.ed. São Paulo: Summus, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Nely de. **Publicidade – A Linguagem da Sedução**. 3.ed. 7. Impressão. São Paulo: Ática, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONAR-CONSELHO NACIONAL DE AUTOREGULAMENTÇÃO PUBLICITÁRIA. **Sobre o CONAR, Missão**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 06 out.2013

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Cânones do direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, v.25, nº 97, p. 5-52, jan./mar. de 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181819/000435101.pdf?sequence=1>> Acesso em 28. Out. 2010.

DA SILVEIRA, Reynaldo Andrade. **Praticas Mercantis no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá , 1999.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Inominado n.20070111239894**. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: Cesar Laboissiere Loyala. Data de Julgamento: 04/09/2007. Data da Publicação: DJU SECAO 3: 24/09/2007. Pág.: 114. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> >.Acesso em: 09.nov.2013.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n.20070710030024**. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: ALFEU MACHADO. Data de Julgamento: 04/09/2007. Data da Publicação: DJU SECAO 3: 24/09/2007. Pág.: 114. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj> >.Acesso em: 02.nov.2013.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 2.ed. rev. atual. 2. tir. Curitiba: Juruá,2006.

ESPIRÍTO SANTO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 30070038010**. Quarta Câmara Cível. Relator: Catharina Maria Novaes Barcellos. Data de Julgamento: 16/06/2009. Data de Publicação: 28/07/2009. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=30070038010&CFID=4114946&CFTOKEN=64243451> Acesso em:06. nov.2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** . vol. III. 4.ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006;

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. 4. ed. São Paulo:Summus,1991.

GUIDO ALPA *apud* DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor –Aspectos Práticos – Perguntas e respostas**. 2, ed. rev. e ampl. Bauru: Edipro,2000.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed.rev.,atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais,2004.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do Consumidor e Publicidade Clandestina: Uma Análise Jurídica da Linguagem Publicitária**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1.0317.07.078914-2/001**.17ª Câmara Cível. Relator Des. Irmair Ferreira Campos. Julgado em 17/09/2009. Publicado em 06/10/2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0317.07.078914-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 05. nov.2013.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0701.11.011261-5/001**. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza. Julgamento em 08/07/2013. Publicado em: 19/07/2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=3&totalLinhas=58&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=CIVIL%20-%20INDENIZA%C7%C3O%20-%20DANO%20MORAL%20-%20PROPAGANDA%20ENGANOSA%20-&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 10.nov.2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO-MP/SP. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor**. Disponível em

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_serv_geral/acpmp_sg_emissora_tv/02-570.htm> Acesso em 25 out. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. N.3/44, p.44-77,1992.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O imoral nas Indenizações por Dano Moral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2989>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

REDE DE ENSINO DOCTUM. **Portal do Aluno: Dicionário Aurélio**. Disponível em:< <http://universitario.educacional.com.br/dicionarioaurelio/>>. Acesso em: 03. Nov.2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 2009.001.10250**. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos. Data do Julgamento. 06./07/2013. Disponível: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036CDB153FBF44F66976BDC56F6F10E00430C4021F083D>>>. Acesso em 06. nov.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70027908441**, Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 29/01/2009. Disponível em:<[RODYCZ, Wilson Carlos. **O Controle da publicidade**. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, n.8/58, p.58/68, 1993.](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=A%E7%E3o+ordin%E1ria+visando+ao+cancelamento+da+negativa%E7%E3o&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 06.nov.2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.059179-1**. Relator. Des. Joel Figueira Júnior. Julgado em 14/06/2011.Disponível em:<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%20Tratando%20a%20a%E7%E>

3o%20de%20responsabilidade%20por%20v%EDcio%20na%20propaganda%20do%20produto&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAF+qzAAB&categoria=acordao .>. Acesso em: 10. nov.2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº. 0201689-24.2002.8.26.0100**. MP x MTV. 12ª Vara Cível. Julgador: Paulo Alcides Amaral Salles. Julgado em: 04/11/2002. São Paulo. Disponível em:<<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2SZX424PL0000>>. Acesso em 25 out. 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANEXOS



208

²⁰⁸ Imagens do comercial publicitária vinculado a emissora MTV. As imagens utilizam de técnicas subliminares, com *flashs* rápidos de imagens, porém quando desacelerados aparecem imagens de conteúdo pornográfico, com mulheres em posições de sadomasoquismo. A citada publicidade, foi alvo de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público de São Paulo, perante a 12ª Vara Cível de São Paulo. O processo foi tombado sobre o número 000.02.201689-9. Com a decisão de procedência, a emissora foi condenada a retirar imediatamente a publicidade do ar.