



**FACULDADE CAMPO REAL**  
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

MARCUS VINICIUS GUERRA

**PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

GUARAPUAVA

2017

MARCUS VINICIUS GUERRA

**PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Faculdade Campo Real,  
como requisito para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: João Ricardo Ribas Teixeira

GUARAPUAVA

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me iluminado e me proteger em todos os passos da minha vida, a minha mãe por ter me incentivado e por proporcionar a oportunidade de construir todos os meus sonhos, agradeço também a minha família e meus amigos por depositarem suas expectativas e acreditarem em mim.

A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para defendê-lo. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf Von Ilhering.

## RESUMO

O presente trabalho demonstra práticas relacionadas a publicidade com cunho abusivo ou enganoso ao direito do consumidor. A principal discussão é quanto aos efeitos subjetivos das práticas publicitárias ilegais capazes de coagir e induzir a sociedade a se portar de determinada maneira, pois retiram a livre escolha do receptor da mensagem seja ele o consumidor individual ou toda a coletividade. Sobre o tema, foram apontados os princípios que regem a relação jurídica e também os dispositivos jurídicos das abusividades do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente foi apontado quem são os órgãos competentes para a proteção e quais as ferramentas que os mesmos têm em sua disposição. O entendimento jurisprudencial e também doutrinário foi a principal base para este trabalho. E por fim apontamento sobre o Código de Ética e a necessidade de proteção do mais fraco na relação de consumo, quanto aos atos publicitários.

Palavras-Chave: Ética Publicitária. Princípios do Consumidor. Práticas Ilegais

## **ABSTRACT**

The present work demonstrates practices related to advertising that are abusive or misleading to consumer rights. The main discussion is about the subjective effects of illegal advertising practices of coercing and inducing a society to behave in a safe manner for a free choice retreat of the recipient of the message or the individual consumer or an entire collectivity. On the subject, for the methods of solving problems and also for the legal devices of abuse of the Code of Consumer Protection. Subsequently it is pointed out who are the competent authorities for protection and quails as tools. The jurisprudential and also doctrinal understanding was a main basis for this work. And finally pointing out about the Code of Ethics and a need for protection of weaker a consumer relationship, as for the acts of advertising.

Word-Key: Advertising Ethics. Principles of the Consumer. Illegal Practices

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAAA	<i>American Association of Advertising Agencies</i> - Comitê de Definições da Americana de publicitárias
ABP	Associação Brasileira de Propaganda
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CF/88	Constituição Federal de 1988
C.D.C.	Código de Defesa do Consumidor
C.C.	Código Civil
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
JEC	Juizado Especial Cível
M.P.	Ministério Público
M.P.F.	Ministério Público Federal
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organizações das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1-INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 A PUBLICIDADE PARA O BRASIL</b> .....	12
2.1 HISTÓRIA DA PUBLICIDADE.....	12
2.2 QUEM SÃO OS SUJEITOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO .....	14
2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	15
2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	15
2.3.2 Princípio da Liberdade .....	16
2.3.3 Princípio do Acesso a Justiça .....	16
2.3.4 Princípio da Solidariedade .....	18
2.3.5 Princípio da Harmonia nas Relações de Consumo .....	19
2.3.6 Princípio da Interpretação ao Consumidor. ....	19
2.3.7 Princípio da Garantia a Informação .....	20
2.3.8 Princípio da Boa-Fé e a Reparação Objetiva. ....	21
2.4 A DIFERENÇA ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA.....	22
<b>3 AS PRÁTICAS COMERCIAIS PUBLICITÁRIA</b> .....	24
3.1 AS PRÁTICAS PUBLICITÁRIAS.....	26
3.1.1 O Merchandising.....	27
3.1.2 O Chamariz .....	28
3.1.3 O Teaser .....	28
3.2 OS VÍCIOS PUBLICITÁRIOS.....	29
3.2.1 A Publicidade Enganosa .....	31
3.2.2 A Publicidade Abusiva.....	33
3.3 AS RESPONSABILIDADES NOS ABUSOS PUBLICITÁRIOS.....	35
3.3.1 O Responsável Pela Publicidade.....	36
3.3.2. Sanções Administrativas .....	38
3.3.2.1 O Órgão Responsável Pela Atividade Policial na Relação de Consumo.....	40
3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR .....	41
3.4.1 Da Aplicação Conjunta Entre Código De Defesa Do Consumidor e Código Civil	42
3.5 DOS CRIMES RELACIONADOS A PUBLICIDADE .....	46
3.5.1 A Identificação do Responsável Pela Pessoa Jurídica.....	46
3.5.2 A Criminalização da Publicidade Para o CDC.....	48
<b>4. TUTELA JURISDICIONAL DE DEFESA DO CONSUMIO</b> .....	52
4.1 TUTELA INDIVIDUAL.....	53
4.1.1 Dos Juizados Especiais Cíveis.....	54
4.2 TUTELA COLETIVA.....	55
4.3 A CONAR E A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	56
4.3.1 Dos Preceitos Fundamentais.....	56
4.3.2 Das Infrações e Penalidades.....	57
4.4. A ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	58
4.5 TUTELA CONSTITUCIONAL.....	60
4.6 TUTELA ESPECÍFICA DO CDC.....	61
4.7 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	62
4.8 DECISÕES ENVOLVENDO PUBLICIDADE SUBLIMINAR.....	63

4.8.1 Direito Coletivos e Direitos do Consumidor, Requerente Ministério Público, Publicidade Enganosa Veiculada por Canais de Televisão.....	63
4.8.2 Publicidade Enganosa de Telefonia Móvel, Violado o Dever De Informação Gerando Dano Moral.....	65
<b>5.CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre as diversas práticas comerciais se encontra a publicidade, que demonstra no mercado mundial uma grande ferramenta para a comercialização, sendo que no Brasil, esta passou por uma grande evolução histórica, para que pudesse acompanhar o desenvolvimento industrial e também da sociedade.

Dentro da prática comercial existe a relação de consumo, diferenciando o consumidor do fornecedor por teorias doutrinárias bem como do próprio ordenamento jurídico brasileiro, e essa diferenciação é de suma importância para que possam ser aplicados os princípios de defesa desta relação, aja visto sua grande importância para o comércio.

A publicidade utiliza diversas técnicas para o convencimento, tais como *merchandising*, *teaser* e *chamariz*, práticas consideradas legais, sendo barradas apenas quando o conjunto estiver contendo alguma ilicitude, estas ilicitudes publicitárias são aquelas que envolvem enganosidade, omissão ou abusividade, onde o ordenamento jurídico aplica algumas sanções para estes casos.

Os direitos dos consumidores prejudicados na relação de consumo são tutelados tanto de forma individual, quanto coletiva, pois o efeito de uma prática comercial podem atingir bens difusos.

O CONAR agindo como um código de ética para os publicitários, tendo seus preceitos fundamentais, princípios, e inclusive regras de aplicações de sanções, sendo que toda esta preocupação surgiu com algumas imposições feitas pela ONU, que tutelou sobre a importância da defesa do consumidor, surgindo logo em seguida à tutela Constitucional, e as legislações específicas, tais como o Código de Defesa do Consumidor, e logo o Ministério Público agindo como fiscal da lei, para a devida aplicação dos princípios elencados.

O presente trabalho explana algumas decisões jurisprudências que envolvem ilicitudes publicitárias, tanto na esfera individual quanto a reparação em casos de danos a coletividade.

Diante das preocupações descritas o presente trabalho, busca esclarecer o entendimento jurídico para os casos em que envolvem publicidade

abusiva ou enganosa, através da metodologia da revisão bibliográfica contendo uma abordagem dedutiva do tipo descritivo.

O tema tratado no primeiro capítulo faz uma passagem da história da publicidade no Brasil, quando identificar um consumidor e um fornecedor, os princípios que norteiam a relação e as diferenças entre publicidade e propaganda, o segundo capítulo por sua vez aborda a questão das técnicas publicitárias, as ilegalidades, e as sanções, por fim o terceiro capítulo trouxe o entendimento do código de ética, bem como dos meios de aplicação e entendimento jurisprudencial em face da publicidade enganosa ou abusiva.

## 2 A PUBLICIDADE PARA O BRASIL

É de suma importância falar sobre a história da cultura consumerista da propaganda no Brasil, pois entendendo um pouco da história se pode fazer uma análise mais ampla dos seus reflexos, tendo em vista que o tema faz parte da formação econômica do País.

Alguns autores afirmam que o capitalismo se divide em três momentos, sendo eles o Capitalismo Primitivo, Produção em Massa e Sociedade Afluente.

O capitalismo primitivo aconteceu em um período do século XVIII e XIX, onde o principal meio de produção era de produtos artesanais, seus fornecedores tinham como objetivo a obtenção de lucros para mera subsistência.

### 2.1 HISTÓRIA DA PUBLICIDADE

Até o surgimento do jornal no século XIX, a publicidade era feita de maneira direta, ou seja, aquela feita entre atendente e comprador, porém após o início da distribuição de jornais, inicia-se um grande marco rumo à publicidade em massa, mesmo na época poucas pessoas tendo acesso a informação, a propaganda já se direcionava a um novo rumo. Filho (1991, p.28):

A partir de 1808, com a Gazeta do Rio de Janeiro, o Brasil dá a partida para massificar a imprensa, abrindo caminho para o desenvolvimento da propaganda, primeiro em forma de classificados, depois incorporando anúncios, inclusive com certas ilustrações, A medicina começa a ser explorada como negócio, surgindo anúncios de médicos, hospitais e medicamentos por volta de 1860, época dos primeiros cartazes promocionais, como um anunciando, no Rio, a Semana Ilustrada. Surge em 1875 o jornal A província de São Paulo, mais tarde se transformando em O Estado de S. Paulo.

No início do século XX observa-se um movimento ao redor do mundo com uma tendência de produção em massa, mesmo esses avanços demorando um pouco a chegar ao Brasil, aos poucos a preferência da produção com o intuito de obtenção de lucro e não mais de mera sobrevivência familiar surge de maneira intencional. Neste momento no embalo dos movimentos tecnológicos os meios de comunicação também evoluíram, os jornais e as fotografias aprimoraram seu

trabalho e meios de linha de produção, surgindo então uma grande ferramenta: o rádio. Neste ponto Filho (1991, p.30) destaca que:

[...] as revistas trazem uma nova forma jornalística, ou seja, valendo-se mais da mensagem visual e do texto “leve” do que páginas All Type com textos maçantes. Notabilizaram-se revistas como a Revista da Semana (lançada em 1900), o Malho (1902), seguindo-se fon-fon, A carreta, Arara e Vida Paulistana, entre outras. As duas últimas eram publicadas em São Paulo, mantendo-se graças a anunciantes locais. Portanto, surgiram como um novo meio de comunicação que viria a atrair verbas publicitárias, por enquanto o jornal oferecia credibilidade, mas relativos recursos visuais, a revista começava a despertar as atenções do público feminino, ao mesmo tempo em que permitia novas experiências de criação publicitária.

E é logo nesse momento que se dá início a uma nova era da publicidade, pois as empresas começam a investir sem timidez em artigos publicitários, e deixa de lado aquele certo amadorismo da profissão, assim, acompanhando a evolução do mercado em 1937 criou-se a ABP - Associação Brasileira de Propaganda, com o intuito de tentar dar formalidade não só a profissão, mas também aos meios de execução deste ofício.

Neste momento, surgira o Decreto nº 24.507, de 29 de junho de 1934, que diz em seu parágrafo 1º artigo 39:

Art. 39. Constitui ato de concorrência desleal, sujeito às penalidades previstas neste decreto:

§1º. fazer, pela imprensa, mediante distribuição de prospectos, rótulos, invólucros, ou por qualquer outro meio de divulgação, sobre a própria atividade civil, comercial ou industrial, ou sobre a de terceiros, falsas afirmações de fato capazes de criar indevidamente uma situação vantajosa, em detrimento dos concorrentes, ou de induzir outrem a erro; (PLANALTO, 2017).

A sociedade esta afluyente e busca mais do que apenas a subsistência, mas atender seus desejos, período que se iniciou a partir da metade do século XX, principalmente nas grandes cidades, com o implemento dos equipamentos de televisão, os apelos publicitários começaram a se dissipar de uma nova maneira.

Logo o Estado se vê obrigado a legislar de uma forma mais imperativa, criando dentre as diversas normas de regulamentação o CONAR-Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, com foco nas questões éticas da publicidade, e logo em seguida pensando nos interesses dos consumidores surge o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (1990), abraçando questões

relacionadas à qualidade dos produtos ofertados, contratos, a responsabilidade e a publicidade, deste modo criando sanções a aqueles que deixassem de respeitar as normas.

## 2.2 QUEM SÃO OS SUJEITOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

A doutrina amplamente discute quem serão os sujeitos que estarão envolvidos na relação de consumo, e de que forma serão responsabilizados ou se serão beneficiados, o artigo 2º do C.D.C. diz que:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.  
Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (PLANALTO 2017).

O texto citado conceitua consumidor de maneira ampla, não diferenciando pelo tipo de pessoa que estaria consumindo, mas sim a forma com que este pretende usar o produto, assim independente de o agente ser pessoa física ou jurídica, o consumidor basicamente é o destinatário final, ou seja, é aquele que adquire com a intenção de somente utilizá-lo, sem intenção de obter lucro.

Apesar das diversas teorias trazidas pela doutrina, o C.D.C procura analisar a necessidade do consumidor, e ver qual será a forma mais viável de atendê-lo no caso concreto, a regra é a interpretação pela teoria finalista aprofundada de conceito de consumidor.

O fornecedor por sua vez conceituado pelo Artigo 3º do C.D.C também não apresenta diferença para pessoas físicas ou jurídicas, mas somente em relação a finalidade que este pretende dar ao produto:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (PLANALTO 2017).

O entendimento doutrinário é que fornecedor se difere pela atividade realizada, sendo definido por ser aquele que exerce atividade de maneira contínua, ou seja, exerce aquele comércio de forma constante.

## 2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

O C.D.C. usa como norte alguns princípios, que são dispostos em sua própria legislação e também por outros livros, tais como a Constituição Federal e Código Civil, para que as práticas comerciais sejam realizadas da forma mais justa possível, sendo que no entendimento de Filomeno, (2012, p.10):

Por isso mesmo é que o Código de Defesa do Consumidor, como se verá em passo seguinte, muito mais do que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológicos e instrumentais adequados àquela defesa. E, em última análise, cuida-se de um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas a sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa.

O doutrinador vê o CDC como o amparo jurídico para os consumidores, e por isso este deverá ser eficaz e capaz de solucionar os conflitos existentes nas relações consumeristas.

### 2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Dentre os princípios gerais, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentado no inciso III, da Constituição Federal, que diz; “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 fundamento: III - a dignidade da pessoa humana”.

O dispositivo procura preservar os valores morais do indivíduo, demonstrando o valor que o Estado dá à dignidade da pessoa humana, e este sentimento, facilmente seria corrompido nas relações consumeristas, haja visto o consumidor sofrer diversas imposições dos fornecedores.

### 2.3.2 Princípio Da Liberdade

Garantido as duas partes tanto fornecedor quanto consumidor, o princípio da liberdade para ambos agir conforme seus interesses, demonstrado no inciso II do artigo 5º que diz:

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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (PLANALTO, 2017).

A relação do artigo no mercado de consumo, diz sobre a intervenção mínima do Estado, agindo assim somente quando necessário, deixando livres as partes para exercerem suas atividades.

### 2.3.3 Princípio Do Acesso à Justiça

O princípio se divide em dois núcleos, o primeiro é o princípio da inversão do ônus da prova, o entendimento do STJ que a inversão não se refere ao fato de transferir ao fornecedor a obrigação de pagar pelas custas, mas que o consumidor não tem capacidade processual para produzir esta.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor;

[...]

VIII a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (PLANALTO, 2017).

A segunda parte do princípio do acesso à justiça, diz sobre o nexo causal das afirmações de hipossuficiência, onde o consumidor deverá comprovar a necessidade da inversão do ônus de provar como facilitador do acesso à justiça. Neste ponto Filomeno (2012, p. 399) destaca:

Dentre os chamados direitos básicos do consumidor, previsto no art.6º do Código De Defesa Do Consumidor, figura a chamada 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 da experiência. Ora, em geral, como se sabe, a prova de um fato incumbe a quem o alega. No caso do consumidor, contudo, em face de sua reconhecida vulnerabilidade, pode haver inversão do ônus, ou seja, fica a cargo do réu demonstrar a inviabilidade do fato alegado pelo autor.

Como pode se observar a doutrina faz uma ligação entre a responsabilidade objetiva e o ônus de provar, assim analisando a tão citada hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor, o Magistrado terá a faculdade de incumbir ao fornecedor, ora réu, a carga de demonstrar que as afirmações feitas pelo consumidor, aqui requerente, estão incorretas.

A vulnerabilidade se dará tanto a pessoa física como jurídica, haja visto o conceito de consumidor não se prender a definir quais das duas será considerado consumidor, e sim, segundo a teoria finalista, ambos serão consumidores, bastando que não obtenham lucro sobre o bem ou serviço que estejam adquirindo. Filomeno (2012, p. 12):

E, por razões mais do que evidentes dentre as quais se destacam a absoluta falta de controle do consumidor sobre os produtos e serviços que lhe são colocados no mercado, e a absoluta desproporção entre seu poder de barganha e o dos fornecedores daqueles, é que se parte do pressuposto de que o consumidor é a parte vulnerável do mercado de consumo, justificando-se, por isso mesmo, um tratamento desigual por partes naturalmente desiguais, e uma ação governamental no sentido de proteção ao consumidor por iniciativa direta, incentivos ao associativismo, presença do Estado no mercado, garantia de produtos e serviços com padrões de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

A questão é que tanto a pessoa jurídica quando a física são consideradas vulneráveis conforme se observa no inciso I do artigo 4º do C.D.C. “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (PLANALTO, 2017).

A diferença é que a vulnerabilidade da pessoa jurídica deve ser provada, enquanto a pessoa física tem a mesma de maneira presumida, e assim observa-se que esta condição de inferioridade não se direciona a um determinado público, sendo condição intrínseca ao consumidor. Filomeno (2012, p. 13) destaca que:

Por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica. Ora, referidas informações, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou então desentenderem as expectativas dos consumidores, mediante oferta, publicidade ou apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de

uso, cartazes e outros meios visuais), apresentando-se, por conseguinte, na fase chamada pré-contratual. Essa vulnerabilidade ainda está presente na fase de contratação na aquisição da produção e conseqüentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão-somente aceitá-las ou não é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último essa vulnerabilidade se manifesta na fase pós-contratual, em que podem surgir vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados vícios ou defeitos, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos.

A classificação de vulnerabilidade do consumidor se dá por três elementos, a falta de capacidade técnica, pois este não conhece o funcionamento do produto, ao não saber o significado de boa parte das cláusulas dos contratos em que participa, gerando uma disparidade jurídica, fazendo com que o mesmo acabe aderindo sem sequer saber o que está inclusa, o terceiro fato que justifica a vulnerabilidade refere-se à capacidade econômica reduzida, pois o consumidor se apresenta em condições muito inferiores ao da empresa e, por fim, os consumidores nem sempre são adultos, facilitando o trabalho dos fornecedores ao tentar criar uma falsa impressão a uma criança ou um idoso.

#### 2.3.4 Princípio Da Solidariedade

O Princípio da Solidariedade se fundamenta em diversos artigos, tais como arts. 18,19,25, §1º e 34, do C.D.C. que melhor explana e logo o parágrafo único do artigo 7º do mesmo livro; "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". (PLANALTO, 2017).

Deste modo, todos os agentes que estiverem envolvidos na atividade comercial, até colocar o produto no mercado de consumo, serão responsabilizados e não somente aquele que vendeu o produto para o destinatário final.

### 2.3.5 Princípio Da Harmonia Nas Relações De Consumo

Com base na boa-fé e na justa regulação da ordem econômica surge este princípio, que fora fundamentado na Constituição Federal e no artigo 4º, inciso III, do CDC;

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

[...]

Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (PLANALTO, 2017).

O princípio regula as ações do Estado em fomentar o desenvolvimento econômico e tecnológico, investido em determinadas áreas, que atingiram o mercado alvo, buscando a justiça real, onde a boa-fé das partes é que deverá ser valorizada.

### 2.3.6 Princípio Da Interpretação Ao Consumidor.

Trabalhando concomitantemente com diversos outros princípios, tais como o da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor, o artigo 47 do C.D.C. traz o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (PLANALTO, 2017).

De maneira parelha e com efetividade o intérprete do direito que estiver aplicando os direitos inerentes à relação de consumo, deverá tomar a decisão que se comprove nos autos quem é realmente o lesionado na demanda, se é fornecedor ou consumidor, porém, caso haja dúvida, o mesmo deverá interpretar em favor do consumidor.

O inciso VI, do artigo 6º do CDC traz um fundamento muito importante para as ações judiciais que versem sobre o direito do consumidor; “São direitos

básicos do consumidor; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (PLANALTO, 2017).

A doutrina entende que o princípio tem um propósito de universalidade de agentes, como se observa nas palavras de Benjamin (2013, p. 78):

[...] outra tendência importante, seguida pelo CDC, que não faz qualquer discriminação por idade ou condição, deste direito à plena reparação de danos é sua aplicação universal, a todos os grupos de consumidores no Brasil, sejam ricos ou pobres, analfabetos ou cultos, crianças, jovens ou idosos, com necessidades especiais, doentes ou não, o que nos alinha à tendência europeia de combate a discriminação do mercado e de aplicação da norma mais favorável ao consumidor.

O princípio tratado será esmiuçado de maneira mais pontual, posteriormente, no capítulo em que trata das medidas judiciais cabíveis, por ora vale ressaltar que é por este que se garante ao consumidor, a reparação de todos os danos que o mesmo sofra, independente de que forma sejam.

### 2.3.7 Princípio Da Garantia a Informação

Este trabalho tem como foco a publicidade subliminar, e dentre muitos outros fundamentos trazidos até o momento, é logo nos princípios da informação que se encontra a relação entre a prática tipificada no tema e a necessidade de proteção por parte do Estado.

Este princípio está tipificado em diversos artigos do C.D.C, tais como; art. 6º, inciso III e arts. 8º; 9º e 31:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. “ (PLANALTO, 2017).

Assim, tal princípio visa assegurar o consumo de maneira racional, dando a estes a possibilidade de atingir suas expectativas ao adquirirem determinado produto ou serviço, e para isso basta apenas que o fornecedor propicie as informações de forma adequada para aquele. Benjamin (2013, p. 74):

[...] o direito a informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou

serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado como consentimento informado ou vontade qualificada. [...]

O princípio da informação justifica a necessidade da pesquisa deste trabalho, demonstrando a importância da necessidade que o consumidor tem de receber informações claras, e que não venham poluídas por interesses particulares de quem as patrocina.

### 2.3.8 Princípio da Boa-fé e a Reparação Objetiva.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva, talvez o principal princípio do C.D.C. pois o mesmo se vale de norte para muitos outros, haja vista se tratar de uma fundamentação jurídica para atos imorais de qualquer das partes, quando agirem com a intenção de prejudicar ao outro, e assim demonstrando a intenção do legislador em incentivar a lealdade e cooperação entre as partes. Benjamin, (2013, p.75):

[...] como vimos, é possível afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; aqui também o princípio da transparência (art. 4.º, caput) atua como um reflexo de boa-fé exigida aos agentes contratuais. O CDC preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais como com os de formação e execução dos contratos de consumo.

Neste tocante, é o disposto no inciso III, do artigo 4º e inciso IV do artigo 51:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;(PLANALTO, 2017).

O mesmo tem muita relação como o princípio da reparação objetiva fundamentado pela segunda seção do IV capítulo do CDC, nos artigos 12 e 14.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores

por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (PLANALTO, 2017).

O princípio é de grande valia, pois assim o consumidor apenas deverá demonstrar que existe nexos causal e o dano sofrido, independente da demonstração de culpa.

A intenção é preservar as expectativas das partes, fazendo com que a relação jurídica proceda de forma transparente, acontece que o princípio se refere à lealdade criando múltiplas outras obrigações.

## 2.4 A DIFERENÇA ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

A publicidade e a propaganda se diferem na intenção almejada pelas mesmas, sendo que a própria doutrina interpreta ambas de maneira fungível, visto que se admite a confusão dos nomes.

A propaganda é uma ferramenta de convencimento em áreas distintas das apresentadas pela publicidade, trazendo em seu cunho temas científicos, políticos, religiosos ou artísticos, sendo assim que as duas em seu meio de execução não se diferem, pois ambas buscam a difusão da informação.

A publicidade por sua vez busca a comercialização de produtos, Duval (1985 apud ALMEIDA, 2003, p. 113) reconhece que:

[...] tecnicamente, os dois conceitos diferem; enquanto a publicidade representa uma atividade comercial típica, de mediação entre o produtor e o consumidor, no sentido de aproxima-los, já a propaganda significa o emprego de meios tendentes a modificar a opinião alheia, num sentido político, religioso ou artístico.

A maior parte da doutrina difere os dois pelo objetivo do conteúdo que estará sendo exposto, e não pela forma como o mesmo se propaga, e assim a propaganda como se observa apresenta matérias sociais e políticas, e a publicidade busca a relação de consumo direcionada a matérias econômicas.

A longa trajetória das práticas comerciais passou por um período de grande evolução, sendo que ao fim de cada fase a sucessora sempre aproveitava algo daquela que lhe sucedeu para criar novas formas para desenvolver aquilo que era mais apropriado ao público, a publicidade acompanhou essa evolução partindo da premissa direta, onde o vendedor demonstrava ao comprador de maneira isolada, até o momento em que os fornecedores buscaram a massificação da produção e venda dos produtos, e logo a publicidade se generalizou expandido-se de maneira gigantesca através de diversos meios, tais como jornais, rádios e televisão.

Com o passar do tempo o Estado passou a definir consumidor por diversas teorias, e ao encontrar a teoria finalista observou que esta era a que melhor lhe amparava, e assim, pode-se concluir que o C.D.C trata de uma resposta do Estado, apresentando diversos valores Constitucionais a base de sua existência, apontando princípios fundamentais, na relação de consumo, que servirão como norte ao aplicador do direito no caso concreto.

### 3 AS PRÁTICAS COMERCIAIS PUBLICITÁRIAS

Como já explanado de maneira simples no capítulo anterior, a publicidade trata de uma mensagem com intuito comercial na informação, independente da forma como se exponha, ou seja, trata-se de uma apresentação sem uma pessoa direta a ser receptora, mas sim uma forma difusa de disseminar ideias, tendo em seu conteúdo a exposição de bens e serviços, sob os produtos de um determinado patrocinador interessado no anúncio.

O comitê de definições da *American Association of Advertising Agencies (AAAA)* esclarece que “publicidade é uma apresentação paga feita impessoalmente e promovendo ideias, tais como bens ou serviços, de um patrocinador”.

Fica claro o caráter impessoal da forma como se propagará a informação, onde, mesmo que o produto seja destinado a um público específico, não será só a este exibido, mas sim a todos que tiverem acesso àquela informação.

Para o doutrinador Leonardo Roscoe Bessa (2013), dois elementos são indispensáveis para qualquer meio de publicidade que são difusão e informação, onde o primeiro será a forma como a informação se materializará, ou seja, como sairá das ideias dos seus autores e então se exhibirá, enquanto o segundo é a finalidade da publicidade, ou seja, é ele o elemento que está sendo carregado pela difusão. Ainda neste ponto o doutrinador Almeida destaca que;

Fora do campo publicitário, fica então toda a informação científica, política, didática, lúdica ou humanitária, porque alheia à atividade econômica, mesmo quando seja produzida com a intenção de gerar certa convicção nos seus destinatários; simetricamente se excluirá a simples informação descritiva ou estatística relativa à atividade econômica que não surja com uma intenção de promoção em favor de determinados agentes econômicos. Não será, portanto, publicidade (*hoc sensu*) a propaganda (de ideias), porque não se refere atividade econômica, nem a publicidade registral, porque lhe falta o propósito retórico (ALMEIDA, 2003, p. 120).

Objetivamente a publicidade refere-se ao estado do que é público e comercial, pois tende de qualquer forma a divulgação de anúncios de fundamentos econômicos, onde o fornecedor irá demonstrar através desta ferramenta os pontos positivos para angariar compradores ou utilizadores de seus serviços e produtos, conforme disposto no art. 2º, do Decreto n. 57.690/66: “Qualquer forma remunerada

de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado”. (PLANALTO, 2017).

Sendo assim pode-se observar que a publicidade trata de uma atividade comercial, que através de técnicas diferenciadas e criativas compõe comunicações com capacidade de convencimento nos meios de comunicação em massa, com o intuito de aumentar a demanda do produto em que o patrocinador tem interesse, ou construir a imagem de uma empresa, o STJ já decidiu sobre o caso, como se vê na decisão da Tribunal de Contas da União onde o Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, proferiu no Acórdão sobre a definição de publicidade.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE POR PARTE DO CONTRATANTE. INTERMEDIÇÃO DE PATROCÍNIOS, PELA AGÊNCIA DE PUBLICIDADE, SEM CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUBCONTRATAÇÃO EXCESSIVA. FRAUDE EM ORÇAMENTOS PARA SUBCONTRATAÇÃO. CONTAS IRREGULARES.

Análise da unidade técnica  
A cláusula segunda do contrato firmado entre a ECT e a agência estabelece que o seu objeto é a prestação de serviços de publicidade, neles compreendidos: - estudo, concepção, execução e distribuição de campanhas e peças publicitárias; - desenvolvimento e execução de ações promocionais; - elaboração de marcas; - assessoramento e apoio na execução de ações de comunicação - especialmente aquelas destinadas a integrar ou complementar os esforços publicitários - relacionadas à assessoria de imprensa e relações públicas, ao desenvolvimento de pesquisas, ao desenvolvimento de produtos ou serviços, ao planejamento e montagem de stands em feiras e exposições e à organização de eventos. Não há como inserir no objeto contratual serviços que não possam ser classificados como serviços de publicidade ou que não constituam seu desdobramento natural ou lhes sejam complementares. A inclusão de serviços desvinculados desse objeto, por mais abrangente que o objeto contratual possa parecer, representaria a utilização da agência para contratação de serviços sem relação com a sua área de especialização - publicidade, bem como a infringência de preceitos constitucionais e legais, como o da obrigatoriedade de licitação para contratação de bens e serviços. Por conseguinte, para identificar se determinada atividade se enquadra no objeto contratual - serviços de publicidade, cabe conceituar publicidade e estabelecer seus elementos essenciais. As Normas Padrão da Atividade Publicitária (8ª edição - Março de 2004) apresentam, no seu item 1.1, a definição de publicidade constante do art. 2º do Decreto 57.690/66: “1.1 Publicidade ou Propaganda: é, nos termos do art. 2º do Dec. nº 57.690/66, qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado.” Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin traz a definição do jurista português Carlos Ferreira Almeida, que conceitua publicidade como “toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica.”. O mesmo autor traz outro conceito mais concreto e menos utópico que define publicidade como “o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa”. Para uma adequada caracterização como publicidade, é necessária a presença de dois

elementos: difusão e informação. A difusão consiste na propagação, na divulgação da informação, e é o elemento material, o meio de expressão da publicidade. A informação é o elemento finalístico, intencional da atividade publicitária, o conteúdo a ser transmitido. Conclui-se, portanto, que, sem difusão não há publicidade, uma vez que a informação precisa ser transmitida ao seu receptor, bem como não há publicidade sem a presença de um conteúdo mínimo de informação a ser difundida. A publicidade pode ser classificada conforme seu objetivo em publicidade institucional ou promocional. A publicidade institucional divulga a própria empresa, não um produto, visa institucionalizar a marca. Na esfera governamental, a publicidade institucional deve se adequar à classificação e definição legal apresentadas na Instrução Normativa nº 28, de 06 de junho de 2002, da SECOM, (STJ - acórdão 1.874/2005-Plenário, Acórdão nº 204, ano 2008, Colegiado Plenário).

A sociedade de fato, em sua realidade é há anos consumista, onde o indivíduo é visto de maneira objetiva e não de maneira individual, personalíssima, pois a realidade social trata tudo em grandes números, em estatísticas, sempre generalizando, e por isso para o empreendedor é viável a produção em massa, sendo que o mesmo ocorre com a realidade social, onde os indivíduos são vistos como consumidores sem um ente subjetivo, ou seja, sem uma opinião própria. Para Vasconcellos e Benjamin (2011, p. 262):

As práticas comerciais servem e alimentam a sociedade de consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocando a sua disposição. Esse é seu grande papel. E exatamente aí, paradoxalmente, reside o seu grande perigo para os consumidores em geral. Vale dizer: o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa “aproximação” entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo. A quebra do “anonimato” traz riscos para o consumidor.

Por ser a publicidade um dos meios mais importantes na cadeia de comércio, suas ferramentas de argumentação são plenamente compreensíveis que tenha ela merecido maior atenção, tanto é assim que o C.D.C. disciplinou o capítulo V, seção III somente para tratar sobre o tema, além do C.D.C diversos outros dispositivos tratam do tema da publicidade.

### 3.1 AS PRÁTICAS PUBLICITÁRIAS

Dentre as diversas práticas comerciais utilizadas na publicidade, pode-se destacar o *teaser*, o *chamariz* e o *merchandising*, nas palavras de Filomeno (2011) estes se referem a procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas

utilizados pelos fornecedores para, mesmo que indiretamente manter e desenvolver a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final.

### 3.1.1 O *Merchandising*

*Merchandising*, também conhecido como a publicidade clandestina, é aquele que demonstra a publicidade de maneira indireta, sem que o bem o qual busca se expor esteja em evidência, sendo realizado de qualquer forma, para Nunes (2013, p. 544):

O *Merchandising* é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes. Dessa maneira, muitos produtos são veiculados sem que os consumidores se deem conta de que o que eles estão assistindo significa uma prática publicitária mesmo nos casos mais evidentes.

O C.D.C é muito falho com relação a interpretação do que é *merchandising*, pois poucas vezes trata dele como seu próprio objeto, o livro traz as atividades dele no conceito de publicidade, então cabe ao interpretador da norma fazer uma analogia ao caso concreto e encontrar uma melhor forma de aplicar os meios de proteção do consumidor as práticas comerciais. Vasconcellos e Benjamin (2011, p. 270):

As práticas comerciais são o gênero ao qual pertence o marketing, sendo a publicidade uma das atividades deste. Com tal sentido, diz-se que a “publicidade, tal como qualquer técnica da comunicação, está englobada num contexto mais vasto, o do marketing, de que é um dos elementos mais importante”. Não é exagerada a conhecida citação de que “a publicidade é para o marketing o que a máquina é para o fabrico”.

O *merchandising* não é ilegal, desde que não seja aplicado como uma publicidade clandestina, agindo nos limites da boa-fé, e sem prejudicar os interesses dos consumidores.

### 3.1.2 O chamariz

Chamariz trata-se de uma prática muito comum, em estabelecimentos que buscam promover algum produto ou o fornecedor, utilizando da técnica para chamar a atenção do público.

A técnica funciona da seguinte maneira, o fornecedor expõe um determinado produto abaixo do preço comum, chamando a atenção do público, e quando os consumidores se dirigem até seu estabelecimento o mesmo expõe outros produtos, além daquele que anunciou na publicidade.

O chamariz não é visto como uma ferramenta ilegal pela doutrina, porém seu abuso é visto como uma prática enganosa, nas palavras de Nunes (2013) O “chamariz” é uma maneira enganosa de atrair o consumidor, para que ele, uma vez estando no estabelecimento acabe por adquirir algo.

Essa indução que gera lesões se trata de uma legítima prática abusiva, pois apenas induz o consumidor a se dirigir até o estabelecimento, e ao chegar, não encontra aquilo que estava anunciado.

### 3.1.3 O Teaser

*Teaser* é aquele anúncio que gera uma expectativa, que cria uma imagem, porém não revela diretamente qual é o produto. Para Nunes (2013) se trata de mensagens que visa criar expectativa ou curiosidade em torno de algum produto ou serviço a ser lançado.

A doutrina vê essa ferramenta como um meio legal, disciplinado pelo artigo 9º, parágrafo 2º do CONAR:

Art. 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 serviço.

Desde que esta não ultrapasse os limites da abusividade, e nem deixe subliminar alguma informação importante para o consumidor, o *teaser* é considerado uma prática legal.

### 3.2 OS VÍCIOS PUBLICITÁRIOS

A publicidade é uma ferramenta muito útil, e de grande valia, porém, a mesma quando praticada com má-fé, pode causar sérios danos tanto à sociedade e aos consumidores diretos dos produtos, quanto aos que estão envolvidos de maneira indireta.

A legislação brasileira deixa evidente o papel do Estado em proteger o consumidor, seja da prática de ações que de alguma forma possam lesionar seu patrimônio, seja por ser induzido por uma afirmação enganosa ou abusiva, e é no *caput* do artigo 36 do CDC, que se encontra de maneira mais próxima da realidade, vejamos. “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”. (PLANALTO, 2017).

A publicidade é capaz de construir opiniões, formar pensamentos, e induzir a sociedade a pensar de determinada maneira, e então surge o problema, haja visto o grande poder de convencimento, podendo o mesmo ser utilizado em benefício somente daquele que patrocina a mensagem, sem pensar se está a favor dos interesses dos consumidores. O ordenamento jurídico não quer impedir a publicidade, pois este reconhece a sua importância, o objetivo é conter os seus abusos.

Os danos causados pela publicidade não se refere a um resultado concreto, pois a mera indução já é o suficiente para consumir a ilicitude, aqui se observa o perigo de dano à coletividade, e não a um sujeito específico, nas palavras de Filomeno (2011, p. 345):

Nos casos dos dispositivos do código do consumidor, todavia e como se verá a seguir, é despidendo que aja o “induzimento” ou não do consumidor ou usuário em erro, mesmo porque em que se tratando de publicidade abusiva ou enganosa, o que se tem em conta é a potencialidade ou perigo de dano *in abstracto* a uma coletividade de consumidores difusamente considerados.

O artigo 37 do CDC dispõe sobre as duas práticas ilícitas mais comuns na publicidade, que é a informação de conteúdo abusivo ou enganoso. Neste ponto o Art. 37 explica que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva” (PLANALTO, 2017).

Ambas as práticas estão definidas de maneira detalhada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do referido dispositivo. Para Vasconcellos e Benjamin (2011) especialmente na fase em que deixa de ser instrumento de mera informação para se transformar em instrumento de persuasão, a publicidade tem que ser controlada pelo direito.

Os ilícitos da publicidade são vistos como concorrência desleal, pela possibilidade de induzir a sociedade, e diante da necessidade de uma regulamentação da publicidade, quanto aos interesses do consumidor, surgira à seção III, do capítulo V do C.D.C, nos artigos 36, 37 e 38.

Outro dispositivo que pode ser aplicado de maneira analógica é a Lei 1.521/51, em seu inciso IX, do art. 2º, qualificando os atos publicitários como crime contra a economia popular. Vejamos:

Art. 2º São crimes desta natureza: [...]

“X – Obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichadíssimo” e quaisquer outros equivalentes)”. (PLANALTO, 2017)

O dano causado pela publicidade não necessita de uma vítima em específico, ou de um consumidor que adquiriu o produto sob erro de informação, a propagação da publicidade com vícios é o suficiente para tipificar a conduta, é o que diz Filomeno (2011, p. 347):

Fazer afirmação falsa ou enganosa sobre os requisitos elencados pelos dispositivos retrocolacionados, independente do resultado prático que tal afirmação venha a acarretar, já do ensejo à punição do responsável, mesmo porque se trata, apesar de delito que se materializada pela mensagem publicitária ou oferta, de delito instantâneo e de perigo, dada a sua manifesta potencialidade de danos à saúde, vida, segurança e economia de receptores das mensagens veiculadas pelos mais variados meios de comunicação de massa. Igualmente, não se exige um prejuízo efetivo de natureza econômica, como no caso do estelionato ou outras fraudes.

Se observa que o Doutrinador teve a preocupação em demonstrar que o ilícito, não afeta somente o consumidor direto, mas toda a coletividade, aquela informação fornecida de maneira truncada foi capaz de comover o *animus* subjetivo

da sociedade, em outras palavras o legislador garante ao consumidor o direito de não ser enganado, dispondo que a ilicitude surge, com qualquer violação ao direito de livre escolha.

### 3.2.1 A Publicidade Enganosa

A publicidade enganosa pode ser demonstrada de várias formas, e uma delas e possivelmente a mais grave é a falsa publicidade, que é aquela capaz de induzir ao erro o consumidor a respeito da natureza ou características do produto, a gravidade desse delito está na propagação e nos efeitos que o mesmo pode causar na sociedade, onde a mera veiculação da mensagem já qualifica o crime, independente de obtenção de alguma vantagem por seu fornecedor. Este crime possui vítimas com resultado em abstrato, pois atinge um número indeterminado de pessoas, e por isso ocorre à responsabilização a todos que receberam a informação mesmo que indiretamente, e não só aquele que efetivamente adquiriu o produto.

Foi necessária a imposição do Estado de maneira coercitiva, o C.D.C. foi quem orientou sobre as práticas abusivas que ocorrem nas relações comerciais envolvendo publicidade. O parágrafo 1º, do artigo 37 dispõe:

Art. 37 [...] §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falso, 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. (PLANALTO, 2017).

Quando a informação transmitida com cunho comercial tiver em seu contexto mensagens falsas, será considerada enganosa, e essa falsidade citada pelo dispositivo não se dirige tão somente a uma falsidade em toda a informação, o legislador explana a ideia de uma interpretação extensiva, onde qualquer informação falsa dentro daquele anúncio, o torna enganoso.

Outra possibilidade de enganabilidade se dá através da omissão, ou seja, quando a mensagem deixa de expor alguma informação importante sobre alguma das características do produto, e logo a falta dessa informação seja capaz de induzir em erro o consumidor, já que este acredita que aquilo que está sendo

anunciado, é de uma forma diferente que a sua natureza, pois a informação que foi lhe exposta, omitiu aquilo que lhe era necessário, é o que diz o artigo 37: [...] “§3º. “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. (PLANALTO, 2017).

O legislador, ao editar o §1º do artigo 37 do CDC, esclareceu que não se trata de um rol taxativo as hipóteses descritas, mas sim de mero exemplo, uma vez que, a intenção é não induzir em erro o consumidor, seja esse erro, por qualquer forma de publicidade. Nas palavras de Vasconcellos e Benjamin (2011 p. 343):

[...] em linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganabilidade real, bastando à mera enganabilidade potencial (“capacidade de indução ao erro”), é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e repertórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras pode ser enganosas; o silêncio como ausência de informação positiva- pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para enganosa; o standard de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).

Neste sentido, a Lei nº 8.137/90 dispõe sobre o consumidor prejudicado pela publicidade falsa de maneira singular:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária (PLANALTO, 2017).

O dispositivo traz a preocupação em um argumento de reparação para as lesões, porque, quando o ato é cometido contra a coletividade é difícil encontrar soluções diretas aos consumidores prejudicados, apresentando assim um resultado útil a aquele que almeja a reparação de seu patrimônio.

Assim o ordenamento jurídico diz que a publicidade enganosa pode ser feita de duas maneiras omissiva e comissiva, a primeira ocorre quando o fornecedor deixa de prestar informação importante sobre aquele produto, é a intencional ausência em demonstrar alguns dados sobre aquele bem, já a segunda por sua vez acontece pela ação direta, o fornecedor afirma algo que não existe, e esta noção falsa é capaz de induzir os consumidores ao erro.

### 3.2.2 A Publicidade Abusiva

A publicidade abusiva é de difícil conceituação para o direito, pois não atinge um *animus*, objetivo de algum consumidor, mas sim os valores da coletividade, diversas vezes citado por doutrinadores como o que não é ético, ou seja, o que ofende a ordem pública.

A doutrina destaca sérias dificuldades em reconhecer o que é uma publicidade com conteúdo abusivo, já que esta não traz traços simples, nas palavras de Vasconcellos e Benjamin (2011, p. 354).

O direito, não há dúvida, tem muito mais agilidade e facilidade ao lidar com a publicidade enganosa do que com a abusiva. É possível, pelo menos no plano teórico traçar limites mais ou menos objetivos e precisos para aquela. Com esta, pelo menos até o presente momento, tal tarefa tem sido inglória. É por isso que se questiona, conforme nota David Harland, um dos maiores juristas da Austrália, “se o direito deve ir” além e proibir conduta que, embora não necessariamente enganosa, é, de qualquer modo, vista com objeção por ser abusiva contra os consumidores, ao tirar vantagem de sua falta de conhecimento ou poder de barganha, ao inibir, por outras vias, sua capacidade de escolha livre, ao ser, por outra forma, contrária aos valores comunitários.

O problema surge quando a informação fornecida não trata de algo falso ou se quer incorreto, visto que não existe uma prova real de que os produtos ou serviços ofertados não condizem com a realidade, a abusividade surge pela forma como esta é exposta, o C.D.C dispõe no § 2º, do artigo 37:

Art. 37 [...] §2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (PLANALTO, 2017).

O dispositivo traz alguns exemplos onde se observa conteúdo abusivo na publicidade ao incitar à violência, o medo, ou superstições a mensagem estará se valendo de meios que induzem o consumidor a agir de determinada maneira, por ter suas crenças influenciadas, seus anseios estarão sendo provocados, e assim o fornecedor facilmente consegue distorcer a opinião e levar ao consumo de seu produto.

A capacidade de formar ou modificar opiniões da publicidade é muito forte e ao direcionar seus anúncios ao público infantil o fornecedor deve ter muito

cuidado, pois os receptores desta informação ainda estão em fase de desenvolvimento de sua capacidade de decidir o que é melhor.

O artigo 39 do C.D.C complementa o § 2º do artigo 37, ao definir as vedações das práticas abusivas, o mesmo descreve em seu inciso IV, que é proibido qualquer prática que se valha de abusos pela falta de capacidade de discernimento de alguém, seja pelo seu estado físico, quanto pelo seu contexto social.

Art. 39 [...] §2º. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (PLANALTO, 2017).

O dispositivo pode ser aplicado de maneira conjunta a publicidade abusiva, pois quando o fornecedor em seus anúncios utiliza de apelos que atinjam os valores protegidos pelo artigo citado, o consumidor se expõe de maneira vulnerável, e facilmente induzido a agir de alguma maneira, que possa ser lesiva ao seu *animus*, ou sua opinião.

Haja visto a impossibilidade de o legislador conseguir enumerar em um rol taxativo todas as possibilidades de abusividade, é necessário deixar discricionário ao aplicador do direito a melhor interpretação do que é abusivo, considerando ilícito aquilo que não seguem os padrões éticos de mercado julgando pelos costumes e condição de nocividade a liberdade de opção dos consumidores, é o que diz Vasconcellos e Benjamin (2011 p. 377):

[...] três janelas- uma implícita e duas explícitas – foram, então, introduzidas para dar flexibilidade ao preceito. Três sim, porque, já àquela época, pressentimos a possibilidade de que uma das janelas expressas, a mais evidente, exatamente a do art. 39, X<sup>1</sup>, fosse barrada ainda no Congresso Nacional ou mesmo através de veto presidencial. A primeira indicação de que toda e qualquer prática abusiva deve ser coibida vem no art. 39, estava prevista no seu inc. X, vetado. A terceira, implícita, mostrando igualmente que o dispositivo é flexível, está no próprio corpo do preceito, e decorre da utilização de conceitos extremamente fluidos como os estampados no inc. IV e V.

Fica assim evidente que o executor da justiça tem neste dispositivo a possibilidade de prevenir ou reprimir as atividades abusivas, sem estarem listadas

---

<sup>1</sup> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

X. Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

no art. 39, desde que as mesmas desrespeitem os princípios constitucionais de respeito aos consumidores, ou qualquer forma de atentado contra a dignidade da pessoa humana.

De maneira simples a publicidade enganosa se diferencia da publicidade abusiva, a primeira traz informações falsas, ou deixa de informar algo que é relevante, enquanto a segunda é aquela que atinge o *animus* subjetivo, tendo um duplo sentido de interpretação, deixando de ser claro o que deveria ser mostrado, a abusiva não traz uma informação inexistente ou se omite de algo, mas sim tem o escopo de induzir o consumidor, através de apelos que atingem seus sentimentos, fraquezas que atingem os valores da sociedade, formando opiniões, beneficiando quem lhes patrocina.

### 3.3 AS RESPONSABILIDADES NOS ABUSOS PUBLICITÁRIOS.

Os direitos dos consumidores brasileiros são vistos com bons olhos ao redor do mundo, logo pela importância trazida pela legislação na proteção dos direitos da sociedade e a importância dada ao direito de consumir, ensejando penalidades para qualquer forma de lesão demonstrando uma evolução jurídica, segundo Benjamin (2013 Apud FILOMENO, 2007, p. 436):

[...] a preocupação de indicar tipos penais relativos ao mercado de consumo atendeu aos seguintes parâmetros; "(1) especialização, ou seja, a tipificação de condutas que dizem respeito à defesa do consumidor dentro das obrigações fixadas pelo Código de Defesa do Consumidor; (2) harmonização delas com as normas já existentes; (3) punições dos comportamentos considerados de tal forma gravem que seriam insuficientes meras sanções administrativas ou indenizações civis; (4) prevenção de novos delitos contra as relações de consumo (*punitur ut ne pecetur*); 5) efetividade das normas de natureza civil e administrativas do próprio código, bem como de outras normas de proteção/defesa indireta e direta das relações de consumo.

As condutas do fornecedor sofrerão ações do Estado de diversas maneiras, encontrando sanções penais, administrativas e civis de concomitante ou

individuais dependo da abordagem adotada, e da lesão gerada ao mercado de consumo.

O C.D.C. em diversos artigos traz a responsabilização do fornecedor por disparidades entre a realidade do produto ou serviço e o que se anunciou nos meios publicitários, é o que se observa, por exemplo, no artigo 18:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária respeitadas às variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (PLANALTO, 2017).

Quando a relação de consumo causar lesões aos consumidores, é necessário descobrir quem será responsabilizado dentre todos aqueles que estarão envolvidos e de que forma assim serão penalizados, diante disso a legislação brasileira preocupou-se em encontrar meios de responsabilizar aqueles que a utilizam.

### 3.3.1 O Responsável Pela Publicidade

O problema na responsabilização surge quando a ação se difunde em vários atos, e cada ato realizado por uma entidade diferente, por exemplo, aqueles produtos que iniciam sua formação através dos produtores, são anunciados via meios publicitários, e por fim chegam ao acesso dos consumidores através dos fornecedores, seguindo essa cadeia não pode responsabilizar somente aquele que efetivou a publicidade pelos resultados desta, realizou o ato, com a intenção de gerar argumentos capazes de convencer os receptores da imagem, e conseqüentemente, valorizar o bem do produtor, gerando vendas ao fornecedor.

A solução é encontrada no princípio geral dos direitos dos consumidores, que é logo o princípio da solidariedade, o qual afirma que todos serão responsáveis pelos atos e pelos resultados, na medida de sua culpa.

A Constituição Federal bem como o C.D.C. afirmam que poderá haver responsabilização da pessoa jurídica, e este é o caso das sanções que serão exercidas tanto civilmente como administrativamente, como se vê no disposto no artigo 173, §5º da Constituição Federal:

Art. 173. A Lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (Planalto, 2017).

Quando a Constituição Federal no artigo acima citado diz que atos praticados contra a economia popular, facilmente pode-se fazer uma analogia sobre os crimes cometidos em atos de publicidade.

A responsabilidade de uma publicidade com conteúdo abusivo ou enganoso pode ser atribuído à mídia que o disponibiliza, ao fornecedor do bem ou serviço, quanto à agência publicitária que produziu.

A mídia que transmitiu o anúncio também pode ser responsabilizada, ao desrespeitar as Leis nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011 e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que limitam os anúncios de bebidas alcoólicas ou produtos derivados de fumígenos tais como serem transmitidas em horário ou em programação inapropriada para os produtos, outra hipótese de responsabilização da mídia é quando o anúncio vem pronto de outro país, e esta o transmite, mesmo contendo vícios.

A agência publicitária de regra é a responsável, uma vez que é ela quem cria o anúncio, é dela a arte criativa que gera a lesão, porém ela pode afirmar a excludente de ilicitude, quando esta informa ao patrocinador do anúncio sobre as ilegalidades e os riscos, e mesmo assim este assume as consequências.

O fornecedor será responsabilizado quando a agência publicitária lhe informar, e este assumir os riscos da publicidade, quanto quando mero patrocinador

de qualquer publicidade, pois este tem o dever de saber e irá obter lucro sobre a enganosidade ou falsidade daquela informação.

### 3.3.2. Sanções Administrativas

O C.D.C. elencou algumas sanções administrativas, que responsabilizam diretamente a pessoa jurídica que fora reconhecida como responsáveis pelos atos dolosos, as sanções estão dispostas no artigo 56:

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

- I- multa;
- II- apreensão do produto;
- III- inutilização do produto;
- IV- cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V- proibição da fabricação do produto;
- VI- suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
- VII- suspensão temporária da atividade;
- VIII- revogação da permissão da concessão de uso;
- IX- cassação da licença do estabelecimento ou de atividade;
- X- interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de outra ou de atividade;
- XI- intervenção administrativa;
- XII- imposição de contrapropaganda. (PLANALTO, 2017).

A penalização que mais atinge a pessoa jurídica é a de multa, haja vista ser este o ente que obtém maior coercibilidade, visto que este é o bem jurídico de maior valor e esta será aplicada de acordo com a capacidade da parte, conforme esclarece o artigo 57 do C.D.C:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (PLANALTO, 2017).

Além da pena de multa, a doutrina entende que nos casos em que a lesão envolve publicidade, a principal forma de reparação é a da contrapropaganda, do inciso XII do artigo 56 do C.D.C, para o doutrinador Benjamin (2013 Apud MIRAGEM, 2006 p. 415):

Doutrinariamente, mais ainda sem convergência, há preocupação em classificar as sanções administrativas enumeradas no C.D.C, classifica em três espécies; (1) pecuniária; (2) objetivas; (3) subjetivas. As sanções pecuniárias seriam as multas. As sanções objetivas estão previstas nos incisos II, III, IV, V e VI: “são aquelas que consistem em providências concretas quanto ao produto ou serviço objeto da relação de consumo na qual esteja presente a conduta ilícita do consumidor”. Por fim, “as sanções subjetivas previstas pelo C.D.C são aquelas que incidem, em caráter provisório ou definitivo, na atividade do fornecedor. Denominam-se subjetiva porque visam não a proteção do consumidor em relação a produto ou serviço que eventualmente ofereça risco, mas a própria atividade do fornecedor, cuja ilicitude em face das normas do C.D.C são aquelas que incidem, determina a sanção da conduta de modo mais amplo. São subjetivas as sanções estabelecidas nos incisos VII a XII do artigo 56.[...]

Buscando desfazer a lesão causada pelo anúncio com conteúdo enganoso, falso ou com qualquer forma de abuso, aquelas descritas de modo exemplificativo nos artigos 36 a 38 do C.D.C, que o legislador criou a contrapropaganda (*rectius, contrapublicidade*), sendo este o meio correto de retratação formal em que o fornecedor deverá expressar no mesmo molde da propaganda que lhe gerou a sanção, cabendo assim uma ação que leve em seu conteúdo informação capaz de refazer aquilo que havia expostos anteriormente, de maneira tão intensa quanto a inicial, conforme dispõe o artigo 60, da Lei nº 8.078/90:

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 divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. (PLANALTO, 2017).

A contrapropaganda poderá ser exigida tanto pelos órgãos administrativos como pelo poder judiciário, sendo que caso o fornecedor se recuse a fazer, poderá estes executá-la e depois cobrar o reembolso por parte dos condenados.

### 3.3.2.1 O órgão responsável pela atividade policial na relação de consumo

Os doutrinadores tomam muita cautela quando ao definir qual órgão possui atribuição para aplicar as medidas administrativas, haja visto, existirem diversos órgãos com competência para realizar, constituindo assim conflitos verticais e horizontais. O entendimento de Benjamin (2013, p. 428):

Esses conflitos trazem vários problemas: 1) falta de racionalização e, conseqüentemente, menor e inadequada eficácia de defesa do consumidor; 2) possibilidade de apenar duplamente o fornecedor pelo mesmo fato (bis in idem); 3) ausência de punição por ofensa à norma de defesa do consumidor.

No caso citado pelo autor, o conflito ocorre quando há vários órgãos com competência para aplicar as medidas sobre aquela determinada conduta, como exemplo, uma situação em que tanto um órgão municipal quanto o estadual possam postular sobre a matéria, gerando um conflito vertical, Benjamin, (2013, p. 428):

Os conflitos verticais ocorrem quando dois órgãos públicos que atuam diretamente na defesa do consumidor entendem ter atribuições para aplicar a sanção em relação à determinada conduta de um fornecedor [...].

A solução é simples, tendo em vista ser dentro do mesmo ramo da administração pública, procura-se uma forma de mesmo sem ferir o princípio de que não há hierarquia entre órgãos, aquele que abrange o espaço do inicial, normatizar a hipótese, é o caso do PROCON estadual, normatizando sobre aqueles dos municípios e os D.P.D.C<sup>2</sup> sobre os estaduais, o fato é que ambos acabam punindo o mesmo fornecedor, sobre o mesmo fato ou ação, uma vez que é sua a responsabilidade vinculada de agir. Neste ponto, Benjamin (2013 Apud, SODRÉ 2007, p. 428):

Como não existe hierarquia entre órgãos federais, estaduais e municipais quanto a aplicação de sanções administrativas, a solução prevista no art. 5º, parágrafo único, do Decreto 2.181/97, no sentido de que os conflitos verticais devem ser resolvidos pelo DPDC (órgão sucedido pela Secretaria Nacional de Consumo-SENACON) não é a melhor, sendo de duvidosa constitucionalidade [...].

---

<sup>2</sup> D.P.D.C: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

Por vezes temos diversos órgãos competentes e interessados sobre a mesma matéria, e quem determina a lesão em questão é a Anatel e a Vigilância Sanitária, por exemplo, parte legítima para propor os respectivos pedidos, é o caso do conflito horizontal em que cada órgão deverá atuar na medida de sua competência e interesse, caso esse não invada a matéria de outro, não haverá hipótese de *bis in idem*, pois, mesmo que haja múltiplas reclamações sobre o mesmo fato, cada um trará argumentos diferentes e inerentes ao seu interesse, agindo assim de forma lícita cada um dos órgãos. Assim, Benjamin, (2013, p.431): “De outro lado, quando a coincidência em relação ao fato e fundamento da sanção administrativa em face de norma de proteção ao consumidor, devem os órgãos se articular, mediante convênio e delegação”.

Como disposto pelo doutrinador, é evidente que poderá acontecer hipóteses em que mais de um órgão será capaz de atuar sobre determinado fato, porém quando os fundamentos forem cabíveis aos mesmos de maneira concomitante, estes deverão agir de maneira harmônica e decidir qual deles será capaz de propor a ação, na medida em que não ocorram abusos.

O doutrinador reafirma a importância dos órgãos de proteção, e seus reflexos no mundo comercial, em essencial ao consumidor, haja visto que o órgão absorve boa parte das medidas que irão satisfazer as medidas administrativas, agindo de forma ostensiva de proteção do consumidor, de maneira geral o já citado artigo 56 do C.D.C. deixa claro que os órgãos competentes não se pautarão somente aquilo que está disposto no C.D.C. mas será responsável por punir qualquer forma de violação do direito dos consumidores, mesmo que disposto em qualquer livro do ordenamento jurídico pátrio e assim sendo o PROCON.

### 3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

O C.D.C disciplina sobre as relações entre fornecedor e consumidor, para as hipóteses em que houver necessidade de reparar um ato de maneira civil, agindo de maneira repressiva e também preventiva, evitando que novas lesões aconteçam.

A ação de reparação de danos, poderá ser interposta no prazo de até cinco anos, sob pena de prescrição, conforme se desprende no artigo 27 do C.D.C:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço previsto na Seção II deste capítulo, iniciando-se o prazo a partir do conhecimento do conhecimento e de sua autoria (PLANALTO, 2017).

O legislador deixa claro que não se pune o incidente, ou seja, é só quando o consumidor souber que o produto ou serviço apresenta-se com algum defeito e também souber que o dispôs no mercado, momento em que o prazo se iniciará, sendo que esta suspensão ainda poderá estar sujeita as hipóteses de suspensão e interrupção do Código Civil.

### 3.4.1 Da Aplicação Conjunta Entre Código De Defesa Do Consumidor e Código Civil

Os artigos 18 e 19 do C.D.C trazem a responsabilidade civil dos fornecedores, em que ambos são aplicados em conjunto, pois abordam temas de maneira complementar. Vejamos:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária respeitada às variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

O consumidor quando se deparar com um vício no produto que adquiriu poderá requerer no prazo de trinta dias a substituição deste, e caso não o consiga poderá exigir o cumprimento da oferta que recebeu via publicidade, também pode aceitar outro produto para substituir aquele, que tenha o valor da expectativa que lhe foi criada e reincidir exigindo os valores que pagou, conforme esclarece o artigo 19 do C.D.C:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Conforme explicado anteriormente, os fornecedores serão responsabilizados solidariamente, podendo ser atribuído a qualquer um deles as lesões causadas pela publicidade.

Os incisos dos dispositivos supracitados trazem as possibilidades dispostas ao consumidor, que variam entre requerer a diminuição do valor a ser pago, que seja completado até que atinja a quantia que o produto tem de valor.

O consumidor também pode requer outro produto que seja aquele que percebeu na mensagem publicitária ou, por fim, a devolução dos valores pagos, desde que atualizados, podendo ainda ser atribuído a indenização pelos prejuízos.

O Código Civil utiliza a teoria da culpa, nas relações jurídicas, conforme se vê no artigo 159:

Art. 159. Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou seja, por dolo, ou então por negligência, imperícia ou imprudência, causar um prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar os prejuízos causados (PLANALTO, 2017).

Esta teoria é a regra aplicada para as relações civis, porém, ela traz alguns ônus, e talvez o mais grave seja logo o fato de que a vítima deverá comprovar o nexo causal, entre a ação e o resultado, e por isso o C.D.C pensando na falta de recursos por parte do consumidor, bem como na discrepância existente entre a capacidade deste em comparação ao fornecedor, utiliza da teoria da responsabilidade objetiva, como se depara no artigo 12 menciona que:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projetos, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (PLANALTO, 2017).

A responsabilidade civil objetiva é aquela em que não há que se falar em culpa, aquele que fora lesionado deverá somente provar que existe a relação e que houve o prejuízo, independentemente de ter que provar qualquer hipótese de negligência, imperícia ou imprudência, para o doutrinador Filomeno, (2012 p. 201):

A chamada “responsabilidade objetiva”, ou também de “responsabilidade sem culpa”, se deve aos seguintes fatores: a) a produção em massa- a demanda pelos bens de consumo, cada vez maior, fez com que a atividade fabril adotasse a concepção, passando pela execução, e informações a respeito dele), o consumidor desconhece, e apenas espera que o produto que viu anunciado por determinado tipo de publicidade é de maneira pela qual o viu, e que vai desempenhar as atividades, anunciadas, e não causar-lhe prejuízo, não apenas econômicos, mas também à sua saúde e segurança; c) insuficiência de responsabilidade subjetiva- uma vez que, sem o mínimo conhecimento a respeito das características de um produto ou serviço que lhe bastaria demonstrar que os mencionados danos resultaram da utilização de um produto ou prestação e um serviço, mas também o elemento subjetivo do responsável, consiste em dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia); d) o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com sua venda- como de resto já diziam os romanos, *ubi molumentem ibi ônus, ubi commoda, ibi commoda*; ou seja quem lucra com determinada atividade que apresenta um risco a terceiros deve também responder pelos danos que a mesma venha a eventualmente a acarretar. e) em decorrência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades- a responsabilidade objetiva, ou seja, que independe da comprovação de culpa teve sua pioneira introdução no direito brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 2.681/1912 [...].

A teoria da responsabilidade civil tem a função de dar o privilégio a aquele que foi lesionado e não ter que provar quem foi o culpado, o responsável por aquele produto ou serviço, ou a manutenção deste, simplesmente o fornecedor qualificado na relação de consumo, será responsabilizado e este deverá ressarcir os danos, e posteriormente se quiser, poderá promover ação de regresso contra o culpado.

Acontece que existem possibilidades de o fornecedor se desvencilhar da culpa, que é o caso das hipóteses apontadas pelo artigo 14, no seu § 4º: “[...] A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (PLANALTO, 2017).

Nas palavras de Almeida. (2009. p. 89):

Assim, será inútil ao réu alegar em sua defesa a inexistência de culpa ou dolo, porque sua responsabilidade é objetiva e decorre de lei. A defesa do réu, no caso, é restrita a demonstração de que: a) não é responsável pelo ato ou fato lesivo ao consumidor, ou seja, não colocou o produto no mercado, nem prestou o serviço; b) não houve a ocorrência impugnada, isto é, mesmo tendo colocado o produto ou serviço no mercado, o defeito inexistente; c) houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nenhuma das hipóteses apontadas afasta a responsabilidade do fornecedor por seus atos, mas sim excluem a sua responsabilização nos casos em que terceiros agem, e os atos destes criam uma lesão ao consumidor.

A única hipótese em que se afasta a responsabilidade do fornecedor é quando este for profissional liberal, e realizar atividade meio, haja visto as propriedades de sua atividade, o mesmo não poderá garantir o resultado, e assim se aplicará a responsabilidade subjetiva, onde o agente que sofreu um dano, deverá provar onde houve erro do fornecedor, porém, essa exceção não se aplica a todos os profissionais liberais, pois caso o mesmo trabalhe com uma atividade fim, a responsabilidade será objetiva, onde este pode garantir um resultado ao término, e assim novamente se aplicará a teoria de responsabilidade objetiva.

### 3.5 DOS CRIMES RELACIONADOS À PUBLICIDADE

Além das responsabilizações civis e administrativas, a publicidade enganosa ou abusiva, ainda poderá ter efeitos na esfera penal, pois esta é a forma que a doutrina encontrou para responsabilizar aos representantes das pessoas jurídicas, que são os reais interessados na obtenção de lucro com aquela publicidade, é o que descreve Benjamin (2013 Apud CERNICHIARO 1991, p. 446):

[...] após sustentar a possibilidade de o ordenamento jurídico prever sanções penais para as pessoas jurídicas, ressalta a necessidade de instituição e delimitação de princípios e diretrizes próprios para apenas as pessoas jurídicas: “Os princípios da responsabilidade penal e da culpabilidade são restritos à pessoa física”. Somente ela pratica conduta, ou seja, comportamento, o orientado pela vontade, portanto inseparável do elemento subjetivo [...].

Como visto a doutrina se preocupa em identificar não somente a pessoa jurídica, mas também a pessoa física por trás das decisões, para que possam contra essas serem realizadas as devidas sanções penais.

#### 3.5.1 A Identificação Do Responsável Pela Pessoa Jurídica

Após identificar a pessoa jurídica responsável pelo ato abusivo é necessário encontrar a pessoa física que por esta responde, para Silva (2001 p. 237):

O sujeito ativo é o profissional que faz ou promove a publicidade enganosa ou abusiva, e que é crime formal que se consuma a realização da conduta típica, independente da produção de resultado.

Assim, o doutrinador atribui a responsabilidade penal tanto a aquele que produz quanto ao que dissemina a publicidade que contém vícios, deixando ao executor do direito, quando for responsabilizar, entender o que é que aquela pessoa que representa a pessoa jurídica quis dizer com os atos expostos, conforme se demonstra no art. 75 do C.D.C:

Art. 75. Quem, de qualquer forma concorrer para os crimes referidos neste código incide nas penas a esse cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas. (PLANALTO, 2017).

O aludido texto traz um rol exemplificativo de quem irá responder por qualquer ilegalidade cometida pela pessoa jurídica, deixando claro que poderá ser expandido a responsabilização vinculada do diretor ou sócio seria uma incoerente aplicação de penalidade, devendo ser analisado o grau de reponsabilidade sobre o ato, e de conhecimento para que então possa ser reconhecido o responsável.

Evidentemente quem responde pela sanção penal é o responsável pela pessoa jurídica, aquele que responde por esta, diferentemente do direito civil e administrativo, para o direito penal somente a pessoa física é quem pode sofrer os efeitos de uma condenação, nas lições de Benjamin (2013, p. 443):

Em conclusão, os conceitos de “consumidor”, “fornecedor”, “produto”, e “serviço”, embora importantes para delimitação da incidência penal do CDC (crimes de consumo próprio), não são sempre imprescindíveis para a caracterização dos crimes previstos no CDC. São elementares do tipo e a natureza da atividade disciplinada que irão indicar os sujeitos ativos e passivos. Assim, os sujeitos ativos não precisam necessariamente ser fornecedor ou estar vinculados a eles. Os sujeitos passivos são consumidores (coletividade de consumidores), como a extensão do respectivo conceito permitida pelos Artigos 17 e 29

Para a doutrina a qualificação do polo passivo como fornecedor é de suma importância, pois caso o mesmo não seja assim qualificado, e cometa alguma hipótese de ilicitude em suas mensagens, com a intenção de obter lucro sobre estas o mesmo estará incorrendo no crime de estelionato do Art. 171 do Código Penal:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:  
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

O dispositivo do Código Penal demonstra a importância, daquele que está no polo passivo da demanda, ser reconhecido como fornecedor, nos termos do C.D.C, pois caso este provar alguma das hipóteses de mensagem falsa ou abusiva, estará praticando outro ato ilícito. Para Benjamin. (2013, p.455):

Se uma pessoa que não se caracterize como fornecedor (Art. 3º. Caput, do C.D.C) realizar afirmação falsa ou enganosa sobre, por exemplo, o carro próprio que deseja vender, ou ainda omitir informação relevante sobre o estado do motor, como a necessidade de fazer retífica, sua conduta, caso o negócio jurídico não se concretize, não configura qualquer infração penal.

Se houver a venda do carro, com prejuízo do comprador, haverá, em tese, prática de crime de estelionato (art. 171, caput, do CP).

Sendo assim, deverá o aplicador do direito agir com cautela, ao definir a conduta de quem praticou a ilicitude interpretando o caso, fazendo uma análise de culpabilidade, para que se aplique as devidas sanções.

### 3.5.2 A Criminalização da Publicidade para o C.D.C

Levando em consideração o princípio da lesividade, só há crime quando um bem jurídico for violado e a doutrina entende que a publicidade não precisa gerar um prejuízo direto a algum consumidor para lesionar, mas sim a sua mera propagação já é o suficiente para consumir o crime, Benjamin (2013 Apud BENJAMIN 2005, p. 441):

O direito penal do consumidor- assim como o próprio direito do consumidor cumpre, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva. Não corre- ou não deve correr- atrás do dano, a ele se antecipa. Mais do que preventivo, hoje se reconhece a esse direito penal pós-moderno uma função de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexistente certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência. Já não é mais um direito penal baseado no princípio da prevenção, mas um edifício sancionatório fundado no princípio da precaução. É por isso que o direito penal do consumidor busca, como todas as normas jurídicas de consumo, a prevenção das desconformidades mercadológicas. Não se contenta com a mera repressão. Reprimir sim, mas, se possível, a tempo de evitar o dano. O interesse sancionatório manifesta-se em momento anterior ao aparecimento do dano como demonstração do pavor extremado do sistema à ocorrência do resultado

O crime não exige um prejuízo determinado como resultado, conhecido como crime de mera conduta, a simples intenção de enganar do agente já estará tipificado o crime, independente se o mesmo conseguiu obter lucro com esta ou não.

Neste sentido, Benjamin (2013, p. 457) tem como entendimento:

Seguindo, portanto, a definição de publicidade enganosa do art. 37, §1º do C.D.C, percebe-se que ela ocorre tanto quando há afirmação, total ou parcialmente, falsa, ou quando as informações são ambíguas, pouco claras, sutilmente incompletas, induzindo o consumidor a erro sobre as características dos produtos e serviço. Na prática, é mais comum a segunda espécie de publicidade – a que induz (em regra, com muito mais criatividade) a erro - , até porque uma informação diretamente falsa logo é

percebida pelo destinatário e traz, conseqüentemente, efeitos negativos para o anunciante.

O doutrinador demonstra que qualquer forma de indução com o intuito de obter vantagem por parte do fornecedor, será qualificada como publicidade subliminar.

O artigo 66 do C.D.C traz a criminalização da publicidade falsa ou enganosa, da seguinte maneira:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:  
 Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.  
 § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta  
 § 2º Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa.  
 (PLANALTO, 2017).

Agindo de maneira harmônica com outros livros, e é neste ponto que encontramos a legalidade das sanções capazes de restringir a liberdade trazida pelo C.D.C. Nas palavras de Benjamin (2013 Apud BENJAMIN 1992, p. 438):

O direito penal do consumidor como o ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores.

O Código Penal aceita a participação de outras normas, como descrito o art. 12; “as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. (PLANALTO, 2017).

Encontra-se no C.D.C. nos artigos 67, 68 e 60, referências a crimes relacionados à publicidade enganosa, qualificando em cada um dos dispositivos uma determinada conduta do agente causador da lesão,

O artigo. 66 do C.D.C é o primeiro do livro que menciona sobre responsabilização penal referente a atos relacionados à publicidade:

Art. 66 fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, características, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços, pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (PLANALTO, 2017).

A conduta tipificada pelo artigo citado é a consumação do artigo 37 do C.D.C, sendo interpretados em analogia, enquanto este demonstra qual a criminalização, aquele demonstra qual é a conduta enganosa ou abusiva.

O artigo. 67 do C.D.C diz que “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva; pena detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. (PLANALTO, 2017)

Esta é a criminalização do ato praticado pelo publicitário, responsável pela agência que produziu a mensagem, e também ao responsável pela mídia de propagação.

O artigo 68. Esclarece que fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança. Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. (PLANALTO, 2017).

Direcionada a publicidade abusiva, este dispositivo naquele anúncio que dissemina ideias que influenciem no *animus* subjetivo do consumidor, ao agir de maneira antiética ou prejudicial, ao ser induzido por alguma mensagem publicitária, pois a mesma tem grande reprovabilidade, ao ofender a saúde e a segurança do consumidor.

Como observado este é um crime de mera conduta onde não se exigindo um resultado ao fim, o mero perigo abstrato já é capaz de qualificar a ação como ilícita. Nas lições de Benjamin, 2013, p. 459:

Enquanto dados fatídicos se relacionam com informações empíricas, decorrente de observações e pesquisa do mercado (exemplo, produto mais vendido, mais procurado etc.), dados técnicos e científicos devem ser compreendidos como os relativos às qualidades de adequação às finalidades próprias do bem.

O crime tem a maior pena comparado aos dispositivos supracitados, uma vez que se trata da conduta que possui maior gravidade em seu resultado. No dispositivo o legislador se preocupou com a base de informação que o fornecedor utilizou em sua pesquisa para que posteriormente pudesse anunciar como estes resultados costumam influenciar a mente de consumidor, e logo para tanto caso o mesmo deixe de faltar com a verdade, haverá a respectiva aplicação da pena.

Cabe ressaltar que os crimes citados acima dizem em seu texto sobre a pena restritiva de direito e também da imposição de multa, restrições de direitos, o aviso em massa da lesão, e serviços à comunidade, art. 78 do C.D.C:

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos artigos. 44 a 47, do Código Penal:

I - a interdição temporária de direitos;

II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, a expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III - a prestação de serviços à comunidade. (PLANALTO, 2017).

Assim, o aplicador do direito, terá uma vasta opção de penalização para aplicar no caso concreto, observando este qual a medida cabível a lesão.

Em suma a publicidade, é um anúncio com escopo comercial em algo que será disseminado sem que seja direcionado a uma pessoa em específico, mesmo que seja para um determinado público, ela nunca é diretamente apontada a alguém, agindo assim de maneira difusa.

As práticas publicitárias utilizadas pelas agências, a requerimento dos fornecedores, de regra não são ilegais, pois tanto a doutrina como a jurisprudência, entendem que são ferramentas uteis para a comercialização, o problema surge quando estas ferem direitos dos consumidores.

As práticas abusivas na publicidade, tanto na publicidade enganosa pela omissão ou pela falsidade, quanto as abusivas pelo constrangimento social geram efeitos a coletividade, que muitas vezes são irreparáveis, pois seu maior dano é formar uma opinião, tornar a sociedade consumerista, fazer com que os consumidores busquem aquilo que não necessitam, após serem direcionados os seus desejos por interesses daqueles que patrocinam as informações.

Os meios de responsabilização dos fornecedores são amplos no ordenamento jurídico, sendo aplicáveis em todas as esferas sejam ela civis, penais ou administrativas, podendo ser aplicadas de maneira singular ou cumulativas, atribuindo-as ao fornecedor, a mídia que o propagou ou a agência que o produziu.

#### 4. TUTELA JURISDICIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo far-se-á uma análise sobre algumas das ferramentas judiciais a disposição do consumidor tanto em dissídios individuais quanto em ações coletivas, que tem como objetivo o ressarcimento do dano, e no desfazimento da conduta abusiva do fornecedor a paralização da publicidade com alguma abusividade. Filomeno (2012 Apud SMITH, 1986, p. 02):

O consumo é o único fim e propósito de toda a produção; e o interesse do produtor deve ser atendido até o ponto, apenas, em que seja necessário para promover o do consumidor. A máxima é tão perfeitamente evidente por si mesma, que seria absurdo tentar prová-la [...] no sistema mercantilista, o interesse do consumidor é quase que constantemente sacrificado pelo do produtor; e ele parece considerar a produção, e não o consumo, como o fim último e objeto de toda a indústria e comércio.

Nas palavras do doutrinador, o consumo trata-se do ato mais importante da produção, e evidente que havendo relação no sistema mercantil acontecerão conflitos, e por isso caberá à tutela jurisdicional os solucionar.

Caberá à defesa dos interesses de um consumidor em específico, e também a coletividade deles, como dispõe o artigo 81 do C.D.C:

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.

As sanções administrativas que envolvem publicidade em quase todas as hipóteses serão aplicadas pelo PROCON, tanto as ações de caráter individual quanto coletivo, como se observa no Artigo 82 do C.D.C:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único é legitimado concorrentemente;  
[...]

III- as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código. (PLANALTO, 2017).

Assim, a principal função do órgão é logo a aplicação destas medidas aos fornecedores, dispondo de base legal os artigos 55 a 60 da lei 8.078/90 e o Decreto nº 2.181/97, que estabelece as normas gerais de aplicação das medidas administrativas. Filomeno. (2012, p.161):

Ao contrário do que possa parecer a muitos, as entidades de proteção e defesa do consumidor não são órgãos policiais ou de fiscalização; antes são verdadeiras caixas de ressonância das reclamações dos consumidores, individual, coletiva ou difusamente considerados.

A tipificação dada pelo dispositivo é a demonstração dos interesses dos consumidores, ao passo que se pode imaginar uma situação real em que sejam atingidos tanto interesses individuais quanto coletivo, sendo que o entendimento doutrinário é que não há impedimento algum de que haja o ajuizamento de uma Ação Civil Pública quanto uma Ação Civil Coletiva.

#### 4.1 TUTELA INDIVIDUAL

Em um primeiro momento cabe tratar sobre a tutela individual da primeira parte do art. 81 do C.D.C, onde diz que a tutela de direitos individuais dos consumidores, poderá ser levada a juízo de maneira individual por aquele consumidor que sofreu uma lesão, decorrente de um abuso publicitário.

Utilizando-se do poder judiciário o consumidor poderá ter seu ressarcimento, ou a reparação do dano, nas palavras de Almeida, (2009, p. 249):

O C.D.C não apresenta qualquer restrição quanto ao manejo dos vários tipos de ação na tutela individual. Ao contrário, estabelece, com clareza, que são cabíveis todas as espécies de ações para adequada e efetiva tutela.

A afirmação do doutrinador encontra-se no art. 83 do C.D.C:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (PLANALTO, 2017).

Assim, o consumidor utilizará o direito material explanado no C.D.C, através de regras processuais do CPC, se valendo do juizado especial ou da justiça comum, depende do valor da causa.

#### 4.1.1 Dos Juizados Especiais Cíveis

Buscando facilitar o acesso à justiça haja visto não haver a necessidade de um advogado para ingressar com a ação, bem como pela gratuidade do pedido até sede de recurso, e por fim um ataque contra a morosidade dos processos judiciais, em 26 de setembro de 1995 surgiu o Juizado Especial, editado pela Lei nº 9.099, dispondo sobre os Juizados Cíveis e Criminais. Desta maneira, Almeida (2009, p. 65) entende que:

Verifica-se, pela simples leitura dos três primeiros artigos da lei n. 9.099/95, que o Juizado Especial Cível- tal qual o JEPC-é a grande solução para o consumidor no que se refere ao acesso à justiça, constituindo-se num dos mais valiosos instrumentos colocados à sua disposição (C.D.C. art. 5º, IV). Parece ter sido concebido sob medida para a tutela do consumidor. Como se vê do texto da lei, destina-se à potência (cíveis de menor complexidade) (Art. 1º), orientando-se “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2º), desde que o pleito verse sobre direitos patrimoniais e não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (art. 3º, I), excluídas as causas de natureza falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública e também as relativas a acidente do trabalho, a resíduos e ao estado e a capacidade das pessoas (art. 3º, §2º).

E assim, o JEC é uma ferramenta de grande valia para a defesa dos direitos dos consumidores, tendo em vista a competência serem de até quarenta salários mínimos, onde caso o pedido seja de até vinte salários mínimos, o consumidor, poderá ter acesso sem a necessidade da presença de um advogado, como se vê no art. 9º da Lei nº 9.099/95. Vejamos: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

Haja vista a vulnerabilidade do consumidor o JEC é uma ferramenta muito útil para aqueles litígios comuns, do dia-dia, mas sem deixar de ser um instrumento de grande valia para a reparação dos danos. Desta forma, FILOMENO (2012, p.196):

[...] o que se espera é que cada vez mais “Juizados Especiais Cíveis” sejam instalados para uma resolução mais rápida dos conflitos advindos das relações de consumo. O que neste ponto se deve salientar, todavia, é que, no aspecto civil, ainda, da proteção e defesa do consumidor, o que realmente importa é que se lhe dê o leque mais amplo possível de instrumentos de defesa [...].

O doutrinador reporta a importância dos juizados especiais, pois é de suma importância que o Estado ao apresentar a tutela jurisdicional como solução para os conflitos, apresente-se como solução e não como mais um percalço para aqueles que desejam ter reparado os danos que sofreram.

## 4.2 TUTELA COLETIVA

A segunda parte do artigo 81 trata sobre os direitos da coletividade, sendo defendidos em juízo, em via de ação coletiva, disciplinada pelo art. 91 do C.D.C:

Art. 91. Legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (PLANALTO, 2017).

As ações coletivas visam tutelar por interesses gerais da sociedade, onde através de quatro ações poderão os legitimados atuar. Neste tocante, Almeida (2009, p.251) salienta que: “Quatro ações podem ser manejadas na via coletiva: a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e a ação civil coletiva”.

A diferença entre os interesses coletivos, difusos e homogêneos, para o C.D.C é que os primeiros são classificados como transindividuais e indivisíveis, posto que os titulares sejam pessoas incertas, porém, ligadas por circunstância de fato. Em relação aos interesses difusos, estes se diferem dos coletivos pelo seguinte: que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. E por fim, os interesses homogêneos que não são transindividuais e/ou indivisíveis, sendo que neste também não será necessário uma relação jurídica prévia a lesão, tal como nas outras hipóteses.

### 4.3 A CONAR E A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE.

A CONAR trata-se de um importante instrumento para a publicidade, e mesmo não sendo um instituto que diretamente tutele sobre os direitos dos consumidores, os valores instituídos por elas estão ligados intrinsecamente ao direito do consumidor, pois a mesma autorregula a publicidade, trazendo assim valores éticos e morais para esta.

Por diversas formas aplicam-se sanções aos abusos publicitários, assim a CONAR acaba sendo um excelente instrumento para os consumidores, pois a mesma além de agir de maneira preventiva, age como disciplinador da publicidade enganosa ou abusiva.

Nos anos 70, a União tentou criar uma lei que censurasse algumas publicidades de maneira preventiva, e assim todo anúncio antes de ser publicado, deveria passar por um crivo de um órgão público, porém, a medida seria muito onerosa tanto ao Estado, quanto ao mercado de consumo, pois o primeiro teria que criar um departamento específico só para isso, e o segundo acabaria muitas vezes perdendo oportunidades para que aguardasse a sanção do Estado.

Inspirado em um modelo inglês surgiu assim uma solução que não custasse tanto ao Estado ou a liberdade de expressão, o Código de Autorregulamentação publicitária, e em seguida surge uma ONG, com a responsabilidade de executar o presente código, a CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

#### 4.3.1 Dos Preceitos Fundamentais

Como um paradigma de não ser uma instituição quadrada a qual não acompanhasse a evolução da sociedade e ao mesmo tempo não se perde os valores básicos para os quais lhe fora criada, criou alguns preceitos fundamentais da ética publicitária. Neste ponto:

Art. 2º. Todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país, - deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais, - deve ter presente a

responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor, - deve respeitar o princípio da leal concorrência e - deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

A ONG recebe denúncias de autoridades, consumidores, associações e também da diretoria da instituição, esta denúncia será assunto de pauta pelo Conselho de ética, conselho este que se divide em oito câmaras pelo Brasil, sendo composta por 180 (cento e oitenta) conselheiros, que geralmente são publicitários ou membros da sociedade civil que trabalham de forma voluntária, não sendo convocados membros de instituições públicas ou cargos políticos.

O conselho de ética da CONAR é visto como órgão soberano, onde se admite o direito à ampla defesa daquele que está sendo objeto de julgamento, e caso se entenda como correto os objetos da denúncia, o órgão poderá aplicar a suspensão da exibição dos anúncios, gerar a advertência do responsável, ou até pedir a correção do que estiver em contrário.

A CONAR em hipótese alguma agira com a intenção de censura prévia, devendo assim executar as medidas cabíveis somente após a flagrância de publicidade abusiva, através de denúncia, podendo agir de imediato, e aplicar alguma sanção em poucas horas, porém, nunca anterior à publicação.

#### 4.3.2 Das Infrações e Penalidades

A ONG CONAR tipifica diversas condutas que serão passíveis de punições, sujeitas a posterior análise e após respectivo processo, onde será garantido o direito ao contraditório, e como consequência aquele que está sendo objeto de denúncia poderá sofrer algumas sanções.

As condutas dos artigos 24, 25 e 26 da CONAR 2017, são direcionadas a publicidade abusiva:

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.

Art. 26. Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência. (PLANALTO, 2017).

Muito próximo do disposto no artigo 37, §2º do C.D.C, a CONAR tipificou a conduta em seu código, para que pudesse a penalizar na esfera administrativa:

Art. 23. Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade. (PLANALTO, 2017).

Com intuito de não deixar de agir com honestidade, também reafirmando o artigo 37 do C.D.C, o dispositivo citado, busca respeitar os valores éticos, e proteger a capacidade de discernimento de quem está recebendo a mensagem.

#### 4.4. A ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A Organização das Nações Unidas no ano de 1969, através da resolução nº 2.542 deu os primeiros passos reconhecendo os direitos fundamentais e universais do consumidor, mas foi na resolução nº 39/248 de 1985 que se constituíram os direitos básicos do consumidor, medidas estas a serem adotadas pelos países membro. Deste modo, nas palavras de ALMEIDA (2009, p. 74):

[...] trata-se, é bem de ver, de tutela genérica, política e não coercitiva, porém de alta relevância, pelo efeito de despertar consciências e induzir à adoção de normas e mecanismos de proteção ao consumidor. Esses, em dúvida, o grande mérito da tutela da ONU.

O doutrinador afirma que a participação da ONU nos interesses do consumidor é motivo de grande importância, pois, mesmo não sendo uma presença impositiva, é uma revelação política e assim a forma como a ONU se envolve nos interesses consumeristas é apenas um meio de induzir os próprios líderes dos países a tutelar pelos direitos dos consumidores.

Na resolução dada no ano de 1985 considerado por muitos o avanço mais importante na seara internacional de proteção ao consumidor, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas reconheceu de maneira clara que “os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis

educacionais e poder aquisitivo”, os objetivos da resolução nº 39/248 encontram-se no item 1:

- a) Auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora;
- b) Oferecer padrões de produção e distribuição que preencham as necessidades e desejos dos consumidores;
- c) Incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores;
- d) Auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores;
- e) Ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores;
- f) Promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor;
- e
- g) Incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com menores preços.

Segundo Almeida, (2009, p. 06) os objetivos traçados no item supracitado. “servirão de base para o governo legislar sobre as imediatas prioridades;” por fim a resolução 39/248 propõe alguns princípios internacionais do consumidor, que são;

- a) A proteção dos consumidores frente aos riscos para a sua saúde e segurança;
- b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual;
- d) a educação do consumidor, incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e econômica que tem as eleições do consumidor;
- e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor;
- f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem;
- g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo.

Destaca-se maior importância para a segunda parte do item “C”, tema deste trabalho, onde se relata o direito à informação, direito este de grande valia para que o mesmo consiga tomar decisões conscientes sobre o que deseja adquirir, fornecendo assim ao consumidor o direito a escolha, pois é só através do acesso a informação que este saberá que existem outros produtos no mercado, que possam satisfazer a sua necessidade. Aqui Almeida (2009, p. 53) entende que:

[...] por força da lei, o fornecedor está obrigado a dar informações pertinentes, de forma que cheguem com clareza e precisão ao conhecimento do consumidor, seja por impressos apropriados ou anúncios publicitários. (CDC, artigos. 8º, *caput* e parágrafo único, 9º e 10, §§ 1º a 3º). O direito a informação está inscrito no inciso III do art. 6º.

A resolução prioriza a ideologia de um consenso universal sobre a vulnerabilidade do consumidor, porém, as resoluções da ONU não possuem caráter imperativo, cabendo ao governo que faz parte da organização, legislar sobre o assunto.

#### 4.5 TUTELA CONSTITUCIONAL

Pode-se afirmar que foi na Constituição Federal de 1988, que o consumidor teve seus direitos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, e onde fora aplicado as ideologias predispostas pela ONU,

Observa-se desde logo no artigo 5º da C.F/88, onde se fala de direitos e garantias fundamentais, o dever constitucional de zelar pelos direitos dos consumidores.

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 seguintes termos:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (PLANALTO, 2017).

Acontece que trazer o direito do consumidor ao rol de direitos fundamentais da Constituição, é de grande importância quanto a sua defesa e para novos dispositivos que serão legislados, haja vista ser este livro constitucional, superior a qualquer outro, e assim sendo, em caso de dúvida o aplicador do direito, deverá decidir pelo consumidor.

O artigo citado diz que o Estado é quem promoverá a defesa do consumidor, e assim surge a discussão sobre a competência de legislar sobre o tema, eis que o artigo 24 dispõe:

Art.24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (PLANALTO, 2017).

E assim, cabe a União e ao Estado legislarem sobre direito do consumidor. Sendo que o Estado possui competência residual para legislar sobre a referida matéria, nos casos em que a União deixar de tutelar por algum bem necessário.

Outro dispositivo Constitucional de suma importância quando se fala em ordem econômica e financeira é o Artigo. 170:

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; (PLANALTO, 2017).

A partir do referido dispositivo pode-se observar uma possível intervenção do Estado na economia, quando se fizer necessário defender o direito do consumidor perante o mercado de consumo.

A partir da promulgação da CF/88 começaram os trabalhos de legislação complementar, e neste caminho no ano de 1990 surgiu o C.D.C., entrando em vigor em 11 de março de 1991. Nas palavras de Almeida (2009, p. 76):

Pode-se afirmar que hoje, com a nova Constituição, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e a recepção da legislação pretérita, o consumidor brasileiro está satisfatoriamente tutelado em termos legislativo [...].

Os dispositivos citados pela CF/88 tratasse de normas penais em branco, que são aquelas que dependem de outra para que sejam efetivamente aplicadas. Diante disso, surgiu o C.D.C com o objetivo resguardar aqueles direitos aos quais a Constituição garantiu preservar em relação ao consumidor.

#### 4.6 TUTELA ESPECÍFICA DO C.D.C

O C.D.C trata-se de um livro que tutela sobre os direitos do consumidor de forma subsidiária aos princípios trazidos pela Constituição. Neste ponto, Almeida (2009, p. 76) salienta que:

O C.D.C constitui um microssistema de medida em que possui normas que regulam todos os aspectos de proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo uma visão de conjuntos das relações de consumo, sem se

deixar contaminar por regras de outros ramos do direito. Assim, preferiu o legislador tratar no C.D.C do aspecto civil das relações de consumo, sem deixar o seu disciplinamento para uma futura e incerta alteração do código civil. da mesma forma, em relação aos aspectos penal, administrativos e jurisdicional.

Logo se entende que o caráter do C.D.C é de se fazer presente em todas as formas cabíveis sobre as relações de consumo, até o exaurimento das sanções, independente da esfera a qual esteja relacionado.

Assim, os direitos dos consumidores devem ser tutelados por todas as formas de proteção pelo Estado, sendo fundamentado pelo artigo 83 do C.D.C, já citado anteriormente.

Deste modo, o C.D.C pode ser considerado o livro que traz o conteúdo material da proteção do consumidor, aplicando o mesmo de maneira concomitante a outros códigos, tais como o Civil e o Penal, dependendo da situação no caso concreto.

#### 4.7 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Alguns doutrinadores afirmam que a participação do Ministério Público está fundamentada no artigo 127 combinado com o art. 129 II e III, da Constituição Federal de 1988.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (PLANALTO, 2017).

Além dos demais legitimados o Ministério Público é sem dúvida o órgão com maior capacidade para propor a defesa do consumidor em uma via jurídica, como se vê nas palavras de Almeida, (2009, p. 283):

Além de promover a persecução pena contra aqueles que praticam as condutas típicas descritas no Código do Consumidor e demais leis, o Ministério Público pode ainda mover ação para obter a declaração (C.D.C

art. 51, §4º). Esta também autorizada a instaurar e presidir o inquérito civil, requisitando de qualquer órgão publicou ou particular documentos, certidões informações e perícias para instruir o próprio inquérito civil ou ação judicial, incidindo em desobediência aquele que recusar ou retardar o atendimento da requisição.

O citado inquérito civil pelo autor, bem como no inciso III do artigo supracitado é de cunho administrativo e extrajudicial, onde somente o Ministério Público. poderá dar iniciativa, acontece que o inquérito é somente uma ferramenta disponível onde for necessário capturar ou solucionar dúvidas sobre qualquer elemento que sirva para um possível convencimento durante o tramite da ação judicial.

O MP não é mais o órgão que somente agirá quando for provocado, então sempre que observar por si próprio que em alguma situação, está evidente o cabimento de ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais de interesse sociais e inclusive aquelas destinadas a interesses individuais homogêneos, resultado de um litígio comum, o Ministério público poderá prover ação que satisfará o interesse de todos os lesados.

#### 4.8 DECISÕES ENVOLVENDO PUBLICIDADE SUBLIMINAR.

Por diversas vezes as ferramentas apontadas neste trabalho foram utilizadas pelo Estado para solucionar conflitos na relação de consumo, onde se discutiu tanto quanto as entidades competentes a reclamar sobre o tema, quanto a matéria que estava a ser discutida em juízo, se realmente era situação cabível de algumas das sanções.

##### 4.8.1 Direitos Coletivos e Direito do Consumidor - Requerente Ministério Público - Publicidade Enganosa Veiculada por Canais de Televisão

Neste primeiro momento será apresentada uma ação em que o Ministério Público Federal ajuizou ação em face da empresa Sul América Capitalização S.A. Sulacap, pois conforme inúmeras reclamações nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, após a compra, descobria-se que os corretores

vendiam títulos sem cumprir as promessas e vantagens apresentadas na publicidade gerando prejuízo aos consumidores.

O magistrado do juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos de veiculação de anúncios ilegais e prática abusiva na venda dos títulos, decisão que condenou a requerida a restituir os consumidores, bem como veicular a decisão nos mesmos canais de comunicação que fora feita a publicidade que gerou o engano, posteriormente o Ministério Público Federal protocolou embargos declaratório para que fosse fixado uma indenização aos consumidores lesados.

O requerido interpôs Apelação, a qual fora recebida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde o órgão decidiu que o MPF é parte legítima para propor a ação, entendendo que a sentença ora que protegia a decisão dos consumidores eram razoáveis, bem como a forma com que esta condenou a ré, não reconhecendo o recurso adesivo, rejeitando a preliminar de Apelação.

A requerida interpôs Recurso Especial, em que após decisão colegiado decidiu-se o que segue:

DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA VEICULADA POR CANAIS DE TELEVISÃO, JORNAIS E, PESSOALMENTE, POR CORRETORES. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. 1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles compradores de título de capitalização em razão da publicidade tida por enganosa; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da propaganda em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do título de capitalização; (c) há direitos difusos, relacionados ao número de pessoas indeterminadas e indetermináveis atingidas pela publicidade, inclusive no que tange aos consumidores futuros. 3. Na hipótese, a ação coletiva foi proposta visando cessar a transmissão de publicidade enganosa atinente aos produtos denominados Super Fácil Carro e Super Fácil Casa, veiculada por canais de televisão, jornais, além da abordagem pessoal, por meio de corretores, prepostos da empresa ré, atingindo número indeterminado de consumidores. 4. Mesmo que se considere que na situação em concreto não há direitos difusos, é de notar que, no tocante ao interesse individual homogêneo, o Ministério Público também preencheu o critério para a sua atuação na defesa desse interesse transindividual, qual seja: o interesse social relevante. 5. O STF e o STJ reconhecem que o evidente relevo social

da situação em concreto atrai a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, em razão de sua vocação constitucional para defesa dos direitos fundamentais ou dos objetivos fundamentais da República, tais como: a dignidade da pessoa humana, meio ambiente, saúde, educação, consumidor, previdência, criança e adolescente, idoso, moradia, salário mínimo, serviço público, dentre outros. No caso, verifica-se que há interesse social relevante do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, notadamente por tratar de relação de consumo em que atingido um número indeterminado de pessoas e, ainda, pela massificação do conflito em si considerado, estando em conformidade com os ditames dos artigos. 127 e 129, III, da Constituição Federal, artigos. 81 e 82 do CDC e artigos. 1º e 5º da Lei n. 7.347/1985. 6. No tocante à responsabilização pela corretagem há incidência da Súmula. 283 do STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". 7. Além disso, o Código do Consumidor estabelece expressamente no art. 34 que "o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos", ou seja, há responsabilidade solidária independentemente de vínculo trabalhista ou de subordinação, responsabilizando-se qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que venha dela se beneficiar, pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança. 8. Ademais, pelas próprias alegações da recorrente, os corretores em questão agiram de forma parcial, atendendo aos interesses do dono do negócio, inclusive recebendo treinamento deste. Em razão disso, ambos, intermediador e fornecedor, atraíram a responsabilização solidária pelo negócio. 9. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1209633 RS 2010/0146309-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/04/2015, T4 -Data de Publicação: DJe 04/05/2015)

O MPF ajuizou a citada demanda com o intuito de defender os direitos coletivos da sociedade ao ser atingidas por mensagens com cunho enganoso ou abusivo, demonstrando que mesmo sem uma vítima específica apresentar uma lesão, a mera propagação de uma informação com cunho prejudicial ao consumidor é o suficiente para caracterizar a lesão.

#### 4.8.2 Publicidade Enganosa de Telefonia Móvel, Violando o Dever de Informação Gerando Dano Moral.

Após ser submetida a um constrangimento por ter que devolver não só um celular, mas também o financiamento que havia feito para adquirir o produto, uma determinada consumidora ajuizou ação no Juizado Especial Cível reclamando pelos danos que sofreu.

Acontece que a consumidora tentou realizar a referida compra após uma ação arbitrária da recorrida em oferecer informações inadequadas, onde o

fornecedor afirmava que sua cliente deveria se dirigir a uma loja da sua rede e escolher um aparelho telefônico que tivesse interesse, sem comentar que para que a compra fosse efetivada era necessário ter determinada pontuação junto ao programa de fidelidade da operadora, ficando evidente assim a propaganda enganosa.

A sentença proferida pelo juízo *a quo* arbitrou uma indenização no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de indenização pelos danos morais sofridos pela consumidora.

A requerida interpôs recurso de apelação, o qual não foi recebido pela terceira turma de Recurso Cível da Câmara de Canoas.

A decisão proferida pelo juízo *ad quen* se apresenta em resumo a seguir:

CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. TELEFONIA MÓVEL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL OCORRENTE. 1. Tendo em vista que a consumidora foi induzida em erro ao ser informado de que poderia comparecer a uma loja da Vivo e lá selecionar o aparelho telefônico que desejasse, quando, em realidade, era necessário ter determinada pontuação junto ao programa de fidelidade da operadora, ficou comprovada a publicidade enganosa. 2. Comprovando, a autora, ter sido submetida a constrangimento, tendo de devolver o aparelho e cancelar o financiamento destinado à sua aquisição, configurado está o dano. (TJ-RS - Recurso Cível: 71003643129 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann Data de Julgamento: 09/07/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/07/2012)

O direito do consumidor está amparado por diversas leis esparsas no ordenamento jurídico brasileiro e também internacional, tendo bases vindas da ONU, passando pela Constituição Federal e por fim, os Códigos Civis, Penais e Do Consumidor.

A preocupação com os direitos individuais e coletivos dos consumidores é tão grande que cada uma das leis citadas, admitem a aplicação mesmo que em conjunta de outra, reafirmando a necessidade de o Estado criar o maior número de proteções.

## 5 CONCLUSÃO

A publicidade são aqueles anúncios que buscam a comercialização de produtos passou por grandes avanços com o passar dos anos, muitas vezes acompanhando a evolução da indústria e os apelos publicitários sempre foram grandes influenciadores da economia.

A doutrina aplica a teoria finalista de definição de consumidor, ou seja, o consumidor poderá ser tanto pessoa jurídica quanto física, desde que este adquira o produto sem a intenção de comercialização do produto, e assim podendo aplicar ao direito do consumidor os seus princípios que buscam igualar a diferença em relação a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor, respeitando assim a dignidade humana da sociedade.

Os apelos utilizados nas publicidades de regra são considerados legais, sendo vedados pela doutrina quando contiverem abusos e falsidades que gerem danos ao consumidor, tanto uma lesão direta a um consumidor, quanto àquela lesão a coletividade, ao propagar uma mensagem com ilicitude.

As vedações surgem com a publicidade enganosa que é aquela que apresenta uma falsidade ou omissão, e a publicidade abusiva, que é aquela que utiliza de apelos emocionais ilegais, definidos pela doutrina e também no Código de Defesa do Consumidor.

A prática tanto abusiva quanto enganosa poderão ser sancionadas de maneira civil ao ter que ressarcir os danos, administrativamente quando o PROCON e o CONAR, lhe aplicarem sanções tais como o da contrapropaganda, e por fim, a responsabilização penal dos responsáveis pelas pessoas jurídicas envolvidas na relação.

O Código de Defesa do Consumidor é quem tutela pelos direitos dos consumidores, dando fundamento material para que este possa ajuizar a ação de reparação de seus danos de maneira individual tanto no juizado especial quanto na justiça comum, dependendo do valor da ação, e para aqueles danos de maneira difusa que geraram um dano à coletividade, sendo que a parte autora da demanda será os órgãos de proteção poderão tutelar de maneira coletiva aos danos propagados.

A publicidade proporcionada com o intuito de apenas comercializar os produtos, sem que gere lesões ao livre direito de opção, sem tentar induzir o consumidor é lícita.

A atual pesquisa não buscou exaurir o tema, porém, demonstrou que a publicidade é uma grande ferramenta para a comercialização de produtos ou serviços, sendo que seu uso é lícito sendo vedado apenas quando ferir os direitos dos consumidores, o trabalho enfatizou a preocupação com os riscos da publicidade enganosa ou abusiva, pois estas podem gerar prejuízos ao interesses pessoais do consumidor individualmente, bem como corromper o *animus* subjetivo de toda sociedade, ao induzir o coletivo a agir de uma determinada maneira, ou admitir algum comportamento que lhe cause prejuízo.

O trabalho demonstrou o controle jurídico para as práticas publicitárias que contem vícios, e as formas de desfazimento destes atos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor** – 7. Ed. rev. Atual. – São Paulo. Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** 5 ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. V. et al. **Manual de direito do consumidor** – 5. Ed. rev. Atual. – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. - Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. – Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)> Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. **exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira**, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D20931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm)> acesso em maio de 2017.

BRASIL. Lei Nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Crimes Contra a Economia Popular**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm)> acesso em maio de 2017.

BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. **Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)> acesso em maio de 2017.

BRASIL. lei Nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000. **Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm)> acesso em maio de 2017.

BRASIL. Lei Nº 9.294, de 15 de julho de 1996. **Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9294.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm)> acesso em maio de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 24.507, de 29 de junho de 1934. **Regulamento para concessão de patente**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24507-29-junho-1934-498477-publicacaooriginal-1-pe.html>> acesso em maio de 2017.

BRASIL. Decreto Nº 57.690, de 1 de fevereiro de 1966. **Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm)> acesso em maio de 2017.

COMITÊ. Definições da Americana de publicitárias. **Association of Advertising Agencies**. Disponível em <https://www.aaaa.org/>> acesso em maio de 2017

CONAR: **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em maio de 2017.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de direito do consumidor** – 11. ed. - São Paulo. Atlas, 2012.

GIACOMINI, Gino Filho. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo. Summus, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor** – 8. ed rev. Modif. E atualizada – São Paulo. Saraiva, 2013.

ONU, Resolução n. 2.475/75, **Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiências**, disponível em: <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=306>> acesso em maio de 2017

ONU, Resolução n. 39/248; **A Proteção Internacional do Consumidor**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AAs>> acesso em maio de 2017.

SILVA. Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado**. São Paulo. Saraiva. 2001.

STJ: Resp 436135/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, de 17.6.2003, **Recurso Especial**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231107/recurso-especial-resp-436135-sp-2002-0059214-1>> acesso em maio de 2017.

STJ: REsp 1209633 RS 2010/0146309-0, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, **Recurso Especial**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185362826/recurso-especial-resp-1209633-rs-2010-0146309-0>> acesso em maio de 2017.

TCU: Acórdão 204/2008, Plenário Rel. Min. Luciano Brandão Alves de Souza, Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d3338353435&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1> acesso em maio de 2017.

TJ-RS. 71003643129, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Torres Hermann, **Recurso Cível**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21941867/recurso-civel-71003643129-rs-tjrs?ref=juris-tabs>>. acesso em maio de 2017.