

INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA
CURSO DE DIREITO

ELIZABETH DE PAULA FARIA MACHADO

A PUBLICIDADE ENGANOSA FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Itumbiara-GO, Junho de 2012

ELIZABETH DE PAULA FARIA MACHADO

A PUBLICIDADE ENGANOSA FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho apresentado à Coordenação do curso de Direito, do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, como requisito para elaboração da monografia de conclusão de curso, sob a orientação do Prof. Rui Denizard Novais.

Itumbiara-GO, Junho de 2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M149p Machado, Elizabeth de Paula Faria

A publicidade enganosa frente ao Código de Defesa do Consumidor. / Elizabeth de Paula Faria Machado ; orientador Professor Rui Denizard Alves Novais. Itumbiara, 2012.

70f.

Monografia (Conclusão do Curso de Direito) – Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, 2012.

Inclui anexos e bibliografia

1. Direitos do Consumidor 2. Relação de Consumo 3. Publicidade e Propaganda 4. Ilícitude

CDU :347.451.031

A PUBLICIDADE ENGANOSA FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ELIZABETH DE PAULA FARIA MACHADO

Monografia defendida e aprovada no dia 28 de junho de 2012, sendo a banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Thiago Paluma
Professor do curso de Direito

Professor Jean Carlos Barcelos Martins
Professor do curso de Direito

Professora Mario Lúcio Tavares Fonseca
Professor do curso de Direito

Dedico...

Ao meu amado esposo Elismárcio e minha filha Carolina, minha razão de vida.

Agradeço...

A cada vitória o reconhecimento devido ao meu Deus, pois só Ele é digno de toda honra, glória e louvor,

Aos meus mestres com carinho, Thiago Paluma, Cristiane Cotrim, Jean Carlos, Maria Carolina Carvalho Motta, Luciano Severino, Rui Denizard, meu orientador, estes com os quais eu mais convivi, muito obrigada pelo conhecimento, pelo apoio, e pelo respeito. Vocês são os profissionais que me inspiram, e que me ajudaram a adquirir conhecimentos no longo desta jornada acadêmica, permeada de alegrias e tristezas.

À minha grande família, pelo amor e apoio de sempre. Meus pais, Edson e Selma, pelo colo nos momentos difíceis, e meus irmãos.

Aos amigos queridos, de perto e de longe, a minha eterna gratidão.

E por ultimo, a família, que construí sob as bênçãos de Deus, Elismárcio e Carolina. Sem vocês nada disso seria possível.

RESUMO

A presente monografia, requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior (ILES) de Itumbiara-Goiás, revela significativos elementos em destaque da publicidade em nosso ordenamento jurídico que norteia as relações de consumo em nosso país, com ênfase a análise da publicidade ilícita, em suas classes enganosa e abusiva, principalmente, aquelas que visam elidir, em seu contexto mesmo que ocultamente seus intentos de enganação ao consumidor, analisados dentro de nossa legislação consumeirista a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A problemática que embasou o estudo são as conseqüências que as novas modalidades de enganabilidade e abusividade publicitária podem causar ao consumidor. O desenvolvimento deste estudo justifica-se devido a inúmeras controvérsias que surgiram e surgirão em torno do assunto já que trata-se de tema que sofre constante mutação de acordo com as novidades do mercado de consumo. A pesquisa realizada faz uma crítica da importância da publicidade na moderna ocorrência do mercado de consumo, a maneira de controle adotada pelo ordenamento jurídico pátrio para o tema, também os princípios orientadores do direito do consumidor quanto a estes elementos, analisando as características da ilicitude da publicidade sendo em sua forma enganosa de propagar a publicidade a partir dos regulamentos existentes no referido Código. O principal objetivo desta pesquisa é esclarecer que existem limites para os diversos tipos de propaganda e barreiras jurídicas que regulamentam a conduta destas mensagens publicitárias. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e o método adotado foi o dedutivo.

Palavras-chaves: relação de consumo, publicidade e propaganda, ilicitude.

ABSTRACT

This monograph requirement for obtaining the title of Bachelor of Laws by the Institute of Lutheran Higher Education (ILES) Itumbiara, Goiás, reveals significant elements highlighted in advertising in our legal system that guides the consumer relations in our country, with emphasis on the analysis of illegal advertising in their classes misleading and unfair, especially those that aim to circumvent, in context even if their attempts to covertly misleading the consumer, analyzed within our legislation consumerista from the consumer Defense Code (Law 8.078/90). The issue that guided the fellowship study are the consequences that the new forms of advertising abusividade deceitfulness and may cause the consumer. The development of this study is justified because of the numerous controversies which have arisen and will arise around the subject as it is subject that undergoes constant change according to the news of the consumer market. The survey is a review of the importance of advertising in modern occurrence of the consumer market, the way of control adopted by the legal parental rights to the theme, also the guiding principles of consumer law as to these elements by analyzing the characteristics of the wrongfulness of advertising is misleading in its way of spreading advertising from existing regulations in the Code. The main objective of this research is to clarify that there are limits for the various types of propaganda and legal barriers that regulate the conduct of these advertisements. The methodology used was literature research and the method was deductive.

Keywords: consumer relations, advertising, unlawful.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I.....	12
DIREITO DO CONSUMIDOR.....	12
1.1 Direito do Consumidor: uma breve reflexão histórica	12
1.2 Conceito de Consumidor	14
1.3 Os Órgãos de Defesa do Consumidor	15
1.4 Apontamentos de Princípios Constitucionais	17
1.5 Consumo Sustentável	18
CAPÍTULO II.....	20
PUBLICIDADE	20
2.1. Reflexos Históricos	20
2.2. Conceito, Finalidade e Importância da Publicidade	21
2.3 Distinção entre Publicidade e Propaganda	23
2.4 Princípios Informativos da Publicidade.....	25
2.4.1. Princípio da identificação da publicidade.....	26
2.4.2. Princípio da veracidade da publicidade	26
2.5 Os Diversos Tipos de Propaganda Enganosa e Abusiva	30
2.5.1 O Exagero nas Propagandas	30
2.5.2 Alguns Exemplos Concretos	31
CAPÍTULO III	32
PUBLICIDADE ILÍCITA	32
3.1.- A Publicidade Enganosa.....	33
3.2 Publicidades Abusivas.....	35
3.3 - Efeitos Jurídicos da Publicidade Enganosa.....	40
3.3.1 Efeito Cível.....	40
3.3.2 Efeitos Administrativos	41
3.3.2.1 - Contrapropaganda	42
3.3.3 Efeito Penal	43
3.4. - Ônus da Prova e sua Inversão	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	50
ANEXOS	52

INTRODUÇÃO

A publicidade há algum tempo, vem influenciando a sociedade no consumo de produtos, que no início era apenas informativa e tinha como finalidade a função de informar sobre produtos e serviços, a diferença e as vantagens de um produto para outro aliado à capacidade que ela possui de convencer o consumidor, fez com que fossem criadas variadas formas de regulamentação da atividade publicitária.

No Brasil, desde o seu início, com os anúncios referentes à venda de escravos, imóveis e leilões por meio de jornais e folhetos, até os dias de hoje com a utilização da internet, a sua finalidade é atingir o consumidor. Já naquela época, como nos dias atuais, o fornecedor já tinha a necessidade de expor a sua mercadoria.

O consumidor vive hoje em uma sociedade dominada pela publicidade e, infelizmente, não pode ser dito que isso trouxe somente benefícios para as relações de consumo. Muitas vezes ele é influenciado a adquirir um produto, devido as suas necessidades ou, às vezes, por impulsos emocionais provocados pelo anunciante.

A interferência do Estado nas relações de consumo é fundamental, pois o consumidor, devido a sua vulnerabilidade e, em alguns casos, hipossuficiência, está desprotegido da publicidade enganosa e abusiva.

A questão primordial desta problemática é o que estas publicidades e propagandas enganosas e abusivas podem causar no consumidor, delas advêm quais problemas e conseqüências para seus ofendidos.

Tem como objetivo principal esclarecer que existem limites para os diversos tipos de propagandas e barreiras jurídicas que regulamentam a conduta das empresas que estão dispostas a enganar simplesmente e a convencer o consumidor a adquirir determinado produto apenas pela marca ou mesmo veiculando a imagem deste a um artista ou padrão social. Sendo que desta imposição advêm vários problemas sociais, financeiros, psicológicos,

entre os tantos que afetam a grande maioria da população que é mesmo que imperceptivelmente afetada por esta.

Para que a devida publicidade chegue até consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (Lei N.º 8.078/90), oferece princípios norteadores e sanções administrativas, civis e penais. O Código de Defesa do Consumidor regula a matéria da publicidade no Capítulo III que trata dos direitos básicos do consumidor e na Seção III do Capítulo V, dedicado exclusivamente à publicidade; além disso, o sistema de controle da publicidade brasileiro conta ainda com a valiosa contribuição da auto-regulamentação existente sobre o tema.

Esta monografia tem como objeto o estudo sobre elementos relevantes da publicidade nas relações de consumo, destacando a sua regulamentação e proteção dos Tutelados no Código de Defesa do Consumidor, bem como os padrões e regras destes órgãos de proteção através de seus princípios, como também aspectos caracterizadores da ilicitude da publicidade, esclarecendo os atos de enganabilidade e abusividade cometidos tanto pelas empresas de publicidades quanto aos fornecedores e fabricantes do objeto desta, bem como a possibilidade de responsabilização civil daqueles que nela estão envolvidos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e o método adotado foi o dedutivo.

As hipóteses levantadas ao decorrer deste trabalho visam elucidar essas diferentes questões a cerca desta publicidade, esclarecendo o consumidor enganado e iludido afim de que este não tenha prejuízos financeiros, pouco menos passe por constrangimentos ao ver que o fim almejado ao invés de satisfação lhe trouxe diversos aborrecimentos.

O primeiro capítulo faz uma explanação sobre o direito do consumidor. Inicialmente tem-se um estudo acerca dos aspectos históricos do direito do consumidor. Após, vem uma definição sobre o que é o consumidor perante o direito e a sociedade, seguido da análise de que o Código de Defesa do Consumidor possui uma “alma”, estando contida nela os princípios que regem todo esse direito tutelado e sua influência na Constituição Federal de 88, sendo também imprescindível mencionar os órgãos de defesa do consumidor, para que estes possam conhecer melhor seu funcionamento e sua importância em relação aos seus direitos defendidos por essas instituições.

O segundo capítulo define publicidade, além de salientar sua importância para todas as pessoas da sociedade. Em uma breve análise da história da publicidade, onde busca-se salientar suas bases e fundamentos; uma breve distinção entre publicidade e propaganda, demonstra os princípios que norteiam a mola propulsora da publicidade ressaltando a verdade

e não o excesso, destaque para os da não abusividade e veracidade, por serem o guia do realce para a caracterização das anormalidades a que ela está sujeita.

O terceiro e último capítulo inicia com uma abordagem das diversificadas modalidades da publicidade ilícita, com enfoque particular à enganosa a partir da publicidade comprovadamente inventiva até o excesso nas mensagens publicitárias, e à propaganda abusiva que ofende valores caros à coletividade. Aborda, também, as formas e pressupostos da responsabilidade civil no Código Civil e da responsabilidade solidária dos produtores ou participantes de publicidade ilícita prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC). E, comentários sobre o ônus da prova e as condições para sua inversão.

CAPÍTULO I

DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Direito do Consumidor: uma breve reflexão histórica

A proteção do consumidor é uma preocupação antiga. A literatura indica que já na Babilônia antiga, existia um código denominado de Hamurabi, (século XVIII A.C.), na Índia, o código de Massú (séc.XII, A.C.). Porém, foi no final do século XIX, que o movimento de defesa do consumidor, surge nos Estados Unidos por conta do avanço do capitalismo e da produção intensiva e variada de produtos.

Pode se dizer que o cerne do Direito do Consumidor se encontra já no início da Revolução Industrial. Com a evolução da sociedade surge a necessidade de uma legislação específica que normatize e solucione as disparidades entre o produtor e o consumidor, que até então se encontravam nas mesmas condições, já que a produção era executada manualmente e limitada, o que permitia que ao produtor distribuísse e comercializar o produto. Com o avanço tecnológico, o que antes era produzido ou feito artesanalmente um a um, passa a ser produzido em larga escala alterando e abrangendo mais campos além do simples comércio.

A relação comercial entre esse simples fornecedor e consumidor ganha um parâmetro maior, as produções em série ou em larga escala industrial, passam a ter finalidade de produzir não mais para um simples consumidor mais para toda uma sociedade consumista, altera e abrange além de todo um sistema comercial e capitalista também as relações jurídicas entre esses.

Toda essa alteração do comércio culminou nesse rompimento de barreiras e a necessidade de maior proteção a um consumidor vulnerável, que compra e consome produtos

e serviços que não mais são feitos sob medida ou especificamente para ele, que se vê automaticamente também obrigado a consumir em “escalas”.

Outro marco desta evolução histórica do direito do consumidor foi a “era da globalização e informatização”, onde as conseqüências desta alteração dos meios de produção ficam mais evidentes, a relação consumidor e fornecedor deixam de ser um relacionamento mais estreito e pessoal, motivo pelo qual para estas relações de consumo da época era aplicado o código civil de 1916, *pacta sunt servanda* obrigatoriedade de cumprir o que foi pactuado de maneira que este não era mais compatível com esta nova sociedade e com os novos meios de produção.

A produção não era única, mais de uma cópia se faziam várias, começam a não mais dar importância à qualidade mais a quantidade, surgem os vícios, os defeitos, e a necessidade desta legislação específica que regulamente essas ações e proteja esse consumidor que se viu desamparado juridicamente.

No Brasil, antes da criação do Código do Consumidor não havia leis específicas para o consumidor, essas leis estavam esparsas no Código Comercial de 1840, que estabeleceu os direitos e obrigações dos passageiros em embarcações, para atender o intenso movimento mercantil da época e no Código Civil, que determinava e estabelecia as normas de responsabilidade dos fornecedores; na Lei nº 4, de 1962, que vigorou até 1993 assegurava a livre distribuição de produtos. Muito se fala em relação ao processo histórico do CDC, leituras de que este é um Código recente e novo. Rizzatto Nunes¹ destaca que:

É preciso que nos lembremos desses pressupostos para entender o porquê de uma lei que chega até nós no final do século XX trazer uma série de situações que importam em experiência que ainda não tínhamos vivenciado. Porém apesar de atrasado no tempo, o CDC acabou tendo resultados altamente positivos, por que o legislador, isto é, aqueles que pensaram na sua elaboração – os tutores do anteprojeto que acabou virando a lei n. 8078(a partir do projeto apresentado pelo na época Deputado Geraldo Alckmin) -, pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor.

Em 11 de setembro de 1990 foi sancionada no Brasil a Lei nº 8.078, chamada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), o primeiro regramento do mercado de consumo no direito brasileiro, que tem por finalidade regular as relações de consumo. Esta moderna lei influenciou outros países da América Latina a criarem ou reformarem suas normas em defesa ao consumidor.

¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva 2011, p.03.

1.2 Conceito de Consumidor

O artigo 2º da Lei 8078/90 estabelece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Segundo a maioria dos autores, no artigo em epigrafe o legislador teria dado uma definição mais objetiva de consumidor, este consumidor do referido artigo seria aquele consumidor em sentido estrito, mas acerca do destinatário final, há duas correntes para a mesma definição, os que adotam a teoria finalista e os que adotam a maximalista.

Os finalistas entendem que é consumidor destinatário final é aquele que retira o produto do mercado para seu próprio consumo ou consumo de sua família, uma vez que o CDC busca tutelar o direito do mais fraco.

Numa segunda corrente os maximalistas entendem que este consumidor destinatário final é aquele que retira o produto ou serviço do mercado alcançando as pessoas jurídicas e os profissionais como consumidores, conseguindo estes provarem sua vulnerabilidade no caso concreto. Esta corrente abrange estas classes não absorvidas na corrente finalista. No caso da pessoa física esta vulnerabilidade é presumida para a corrente finalista, não sendo este o caso da pessoa jurídica, que para a corrente maximalista é aceita desde que comprovada.

Para Nelson Nery Junior², há dentro do CDC, quatro conceitos de consumidor: o conceito do art. 2º do CDC, o parágrafo único do art. 2º do mesmo diploma consumerista legal; as vítimas de acidentes de consumo tratadas no art. 17 do CDC e quem está à mercê das práticas comerciais de qualquer tipo tratadas no art. 29.

Saindo do nosso diploma legal ainda temos do ponto de vista econômico por José Geraldo Brito Filomeno³ “todo individuo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não a seu turno, também produtor de bens”.

Para Waldirio Bulgarelli⁴, consumidor é “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir estabelecendo – se por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valorização jurídica a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”.

² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 51.

³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p. 24.

⁴ BULGARELLI, Waldirio **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 1993. p. 41.

Dentre as várias pesquisas em obras percebemos que os autores se preocupam em deixar clara essa definição de consumidor para fins de tutela junto ao CDC. Sendo que depois de esclarecido estes não fiquem desamparados legalmente e tenham de acordo com a nossa Constituição em seu art. 5º, inciso XXXII essa proteção efetivamente resguardada, pois não dispõe este consumidor da máquina de produção para fazer as suas escolhas e na maioria das vezes é obrigado a fazer a retirada desses produtos para sua sobrevivência com padrões já estabelecidos pelo fabricante, ou retirar serviços com contratos e cláusulas pré-estabelecidas como é o caso do serviço de telefonia e TV por assinatura, por exemplo, estando também expostos às várias práticas de publicidade e propaganda em comerciais em jornais, revistas e TV, outdoors, que muitas vezes não visam à informação e apresentação de determinado produto ou serviço, mas a ilusão do consumidor. Assim sendo, a tutela jurisdicional protege esses direitos uma vez que também não se trata tão somente de proteger o consumidor mais conforme o art. 170 da nossa Constituição Federal reza preservar a ordem Pública, econômica e o maior interesse social.

1.3 Os Órgãos de Defesa do Consumidor

No art. 4º, II, alínea b, do CDC, a legislação consagra que:

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:

(...)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

(...)

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

A representatividade do consumidor. É necessário que eles se reconheçam como uma classe, como os sindicatos dos trabalhadores, e se façam representar, pois só assim se farão ouvir, tornando-se fortes no mercado.

O Ministério Público foi elevado pela Constituição Federal a um órgão indispensável à administração da Justiça (art. 127 da CF/88), incumbindo-lhe a defesa, entre outros interesses sociais e individuais indisponíveis. Por essa razão, a maioria dos Ministérios Públicos estaduais mantém dentre seus membros alguns que se dedicam a esse ramo jurídico.

A promotoria jurídica recebe não só reclamações pessoais, mas também aqueles casos não solucionados junto ao PROCON, relativos ao direito coletivo ou difuso.

Departamento de proteção e defesa do consumidor criado pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, com vínculo à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça com a copção de atender as necessidades dos consumidores, à sua dignidade, qualidade de vida, segurança e saúde, também a informação correta e clara da relação de consumo, sendo que a coordenação da política consumeirista estava a cargo do conselho que agrega vários órgãos públicos federal, estadual, entidades privadas de consumidores e comerciais.

Fundo de Reparação dos Interesses Lesados dos Consumidores é o destino das indenizações determinadas em ações civis públicas por danos causados ao consumidor em que a pecúnia é direcionada a ressarcimento do bem lesado segundo o art.13 da Lei 7.347/85 que incumbe a multa por obrigação de fazer ou não fazer, indenizações em condenação judicial, rendimentos da aplicação do fundo, doações e outras receitas.

O Programa Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, PRONACON, é um órgão sem fins lucrativos que conta com quase 48 mil associados, orientando-se através do fornecimento de mecanismos legais para a defesa de seus direitos. Com um corpo jurídico formado por dezenas de advogados brasileiros voluntários, o PRONACON afirma ter como meta prioritária o aprimoramento das relações de consumo, sendo que os associados do PRONACOM não pagam anuidade. Na página do órgão da Internet pode-se cadastrar como sócio, sendo que na mesma encontram-se diversos artigos e movimentos contra fornecedores que desrespeitam os direitos dos consumidores.

O PROCON, Programa de Proteção e Defesa do Consumidor, é um dos mais importantes órgãos de defesa do consumidor. Está presente em muitos Estados brasileiros, procurando favorecer o hipossuficiente, o mais vulnerável na relação econômica, visando sempre à tutela dos direitos dos consumidores de acordo com o texto legal. Esse órgão age chamando as partes, consumidor e fornecedor, para um acordo. Caso não tenha este ajuste, realiza outra providência, como requerimento de instauração de inquérito policial para apuração de delitos contra as relações do consumo ou ajuizamento de ações coletivas. O PROCON aconselhará o consumidor a contratar advogado ou um defensor público ou até o encaminhará ao Juizado Especial Cível ou Criminal, se existir na comarca, ou ao próprio Juízo Comum, dependendo do valor da causa.

1.4 Apontamentos de Princípios Constitucionais

São aspectos históricos e constitucionais do Código de Defesa do Consumidor as relações de consumo expostas na Magna Carta. Alguns autores divergem em relação ao aspecto histórico e constitucional do CDC divergindo estes em relação a sua matéria.

Neste parâmetro nosso ordenamento jurídico passou um século inteiro aplicando as relações de consumo ao Código Civil numa análise importante em relação ao direito civil pressupõe diversas condições para contratar, que não vigem para relações de consumo ou seja, durante praticamente o século inteiro no Brasil aplicou – se o Código Civil para resolver problemas de consumo, o que segundo diversos autores foram feitos de forma equivocada.

Uma importante anotação é preciso lembrar estes pressupostos para entender do por que de uma lei que não chega no final do século XX trazer diversas situações que importam em experiência ainda não vivenciada. Nesta volta ao passado lembremo-nos da “estandarização” da produção esta possibilitou uma diminuição profunda de custos e aumento absurdo da oferta atingindo uma larga camada de pessoas.

Este é modelo da produção industrial é o da sociedade capitalista contemporânea pressupõe planejamento estratégico do fornecedor, fabricante, produtor, prestador de serviço, etc.

Nos vale lembrar que um dos pilares de nossa legislação que trata da questão foi exatamente o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54 regula o contrato de adesão que é de adesão por questão lógica o consumidor só pode nele aderir, não há discussão alguma, este se poderá comprar produtos e aderir a serviços em condições previamente estabelecidas, e pagar o preço exigido dentro das formas de pagamento também prefixadas.

O problema é que a Lei Civil e sua aplicação assim como a memória dos operadores do Direito causam toda sorte de equívocos como por exemplo a oferta é diferente em dois regimes no Direito Privado soa em forma de convite e no Direito do Consumidor é vinculante.

Quando examinamos a Constituição Federal do Brasil averiguamos que ela resguarda bem os fundamentos de uma república capitalista definindo-as em mais de um tipo em seu artigo 1º é formado por alguns fundamentos entre estes cidadania, dignidade da pessoa humana como os lembrados do inciso IV do art.1º , os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim chegando no art. 170 da Constituição Federal este trata dos princípios gerais da atividade econômica em seus nove princípios esses elementos iniciais tem que ser levados em conta. O regime é capitalista de onde há livre iniciativa sendo esta possível aquele que tem patrimônio ou condições de adquirir crédito.

Estas normas constitucionais não devemos esquecer ocupam o ápice da pirâmide jurídica são imperativos em seus comandos que obrigam não só pessoas físicas e jurídicas, mas também o próprio Estado.

Um conjunto de normas supremas que demandam incondicional observância inclusive pelo legislador infraconstitucional esclarecendo o motivo que se diz que a Constituição é lei fundamental do Estado.

Sendo o que nos interessa são os princípios e normas estatuídos no CDC “intitulados princípios do Direito Material do Consumidor na Constituição Federal⁵”.

1.5 Consumo Sustentável

Matéria muito em vogue nestes tempos de catástrofes naturais, muito se fala em sustentabilidade para que desta advenha pessoas mais conscientes, de que temos que colaborar com o meio ambiente natural para que haja futuro.

O uso de produtos com vasto tempo para degradação, excesso de lixo, montanhas de poluição, emissão de gases frutos da produção exagerada para atender também um consumo exagerado, tudo isso preocupa os cientistas em relação ao futuro da humanidade. Em leitura a varias matérias muito se tem preocupado em relação ao consumo sustentável que de alguma forma teme se pela desaceleração industrial, ações do governo não vê surtindo resultado, no intento de diminuir a produção e a poluição.

Usando um vocabulário de crescimento a fala do governo é “aliar a necessidade de crescimento dos países com a manutenção do equilíbrio do meio ambiente”. Programas de responsabilidade com o lixo, necessidade da reciclagem vem envolvendo vários órgãos do governo como a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, dentre as diversas Conferência das Nações Unidas promovem para tratar a questão ambiental do mundo.

⁵ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva 2011, p.03.

Bem lembramos que foi frustrada diversas dessas conferencias promovidas pelo ONU, crenças as potencias industriais como a china e o Japão de que além destes interesses ambientais haviam interesses econômicos para desacelerar a economia destes, no entanto os alertas foram dados mais aparentemente o mundo passou a dar devida atenção para a questão desde que de forma surpreendente o mundo assistiu o primeiro tsunami, de maneira que as decorrentes catástrofes naturais subseqüentes causaram medo, espanto mais não o suficiente ainda para dizer “parem, desacelerem” o ecossistema não tem mais condições de suportar as mazelas, que o dinheiro compra e paga multas, mas não recupera o buraco aberto na camada de ozônio, nem sustenta o impacto causado nas placas tectônicas pela retirada exagerada de petróleo do fundo do oceano.

Propagandas informativas e de responsabilidade ambiental ganham pequenos horários para alertar nos de que a água é um recurso esgotável. Em outras palavras, quando se paga a conta no final do mês e as devidas tarifas economizar em um rápido banho, lavando a roupa, o carro, ou em uma simples escovação de dentes é matéria pra quem tem pouco dinheiro pra pagar.

De modo similar pode-se notar com relação ao consumo de energia elétrica. Ou ainda, ao ir a supermercado por diversas vezes compramos objetos desnecessários ou que nos podem perfeitamente ser úteis os que ainda temos em casa. Mas o pequeno desgaste ou a inviabilidade de uma reparação nos comove, induz a adquirir um novo, descartando aquele objeto de difícil degradação no solo já encharcado destes. A nossa comida essencial a manutenção da vida, o lixo orgânico que muitas vezes é preparada em excesso e depois jogada no lixo.

Quantas vezes rasga-se o papel e joga-se fora o que poderia possivelmente ser corrigido. São pilhas e pilhas de papel jogados fora sem serem reaproveitados, lembrando que o papel é um item 100% reciclável.

O consumo responsável é aquele que fazemos somente diante das necessidades e não o incentivado em muitos comerciais e propagandas. Se este consumo responsável conseguir alcançar o nosso padrão de vida teremos vida, luz e água para diversas gerações.

CAPÍTULO II

PUBLICIDADE

2.1. Reflexos Históricos

Na sociedade pré-industrial o fabricante não necessitava de esforço para comercializar seus produtos; os vendedores e compradores se conheciam e prevalecia uma relação de confiança nas relações de consumo.

No período que segue marcado por profundas mudanças sociais e econômicas, surge a publicidade, como um veículo de comunicação para informar o público sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado. A partir do século XX, em consequência da revolução industrial, o consumo se massificou, os produtos são destinados a toda coletividade, alterando, assim, o caráter da publicidade, que deixa de ser individualista e passa a ser dirigida a todos a fim de colocar toda a produção no mercado, se transforma num instrumento de venda.

No Brasil, depois da segunda metade do século XIX, com o país já independente de Portugal, o principal catalisador do consumo no país foi o fim do tráfico internacional de escravos, em 1850.

Na época imperial sabe-se que um terço do comércio exterior do Brasil era relacionado à introdução de escravos. Com a vedação, os responsáveis pelo tráfico escravo passaram a ter outra atividade e valorizar a importação de outros itens, mas cobiçados pelos consumidores brasileiros. O país passa a ter outro foco voltados a produtos industrializados advindos de países exteriores. Proibido este tráfico escravo os traficantes passam a divulgar produtos como novidades para aguçar o desejo da sociedade por estes produtos na época, uma

vez que o comércio escravo era o principal foco da publicidade. As notícias dos jornais naquele momento somente noticiavam anúncios a exteriorização do perfil humana, comportamento dos humanos ao comércio, noticiavam também a entrada de novos escravos no país com características étnicas e comunicação de fugas daquelas pessoas escravas.

O antropólogo Gilberto Freyre usou alguns anúncios como principal fonte de referência para seu livro *O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX*, um dos primeiros estudos históricos a tomar esta divulgação como análise. Extinto o tráfico a publicidade em relação a escravos passa a ser trocada por novidades importadas que começavam aos poucos a adentrar o Brasil. Os jornais deixam de noticiar em seu espaços vagos antes destinados a anúncios escravos para publicar aquilo que seriam a nova atividade fim.

Nos dias atuais, é de extrema importância a publicidade, pois sem ela não haveria associação de consumo. Por meio dos anúncios publicitários a sociedade na época era induzida ao consumo destes novos produtos. Diante disso faz necessário que esta publicidade seja acometida de controle jurídico focando a proteção do consumidor, como o mais desprotegido nestas relações de consumo.

Só a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor é que passamos a ter regime mais eficaz capaz de assegurar, efetivamente, que a comunicação do fornecedor e a do produto obedeça aos ditames morais e jurídicos que regulam a atividade publicitária, o fundamento deste regime é que qualquer informação prestada ao consumidor tenha o máximo de transparência, e que esta predomine não só nas mensagens publicitárias como também nas embalagens, nas etiquetas, nas instruções de uso, nas condições de preço, enfim em todos os elementos que sejam objetos de aproximação entre fornecedor e consumidor⁶.

2.2. Conceito, Finalidade e Importância da Publicidade

O Código de Defesa do Consumidor não tratou de conceituar de maneira clara o que é publicidade, sendo que esta publicidade tratada no Código de Defesa do Consumidor é a publicidade informativa de serviço, fato, idéia ou produto de determinada marca, que repercute em meio a classe econômica-social.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 49.

O Código não se limita em conceituar, somente o que é a publicidade, é possível um conceito mais amplo que se traduz, segundo Benjamin⁷:

“Publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.”

Para diversos teóricos, a publicidade seria toda a atividade planejada e racional que objetiva promover a divulgação de um produto, das suas vantagens, qualidades, etc.. É um método que serve para atingir os consumidores; atividade importante para a geração de riquezas; e exerce uma poderosa influência sobre a vida das pessoas, seus padrões de comportamento, hábitos e valores.

Outros conceitos podem ser apresentados, mas não são necessários para inferir quais os elementos essenciais em qualquer publicidade: patrocinadores, as instituições promocionais (agências), a persuasão, a difusão e a informação.

A publicidade visa, em uma análise sintética, convencer o consumidor das qualidades existentes em um determinado produto ou serviço, utilizando-se para isso de técnicas de sedução que tem como objeto trabalhar com o desejo, vaidade, status. Conforme salienta Benjamin⁸:

A publicidade pressupõe alguns elementos, sendo eles: o anunciante, que pretende vender produtos e serviços, a agência de publicidade, que produz o anúncio e, por fim, o veículo pelo qual a mesma atinge os consumidores. Trata-se de um tipo de oferta comercial e massificada.

A sociedade de consumo gera incansavelmente diversos produtos que não são de necessidade do consumidor, e é papel da publicidade despertá-lo, por esse motivo pode-se afirmar que ela é peça estratégica, atuando como força propulsora da produção e consumo. Dessa forma, além de agir persuasivamente sobre os consumidores, não só contribui para a colocação de produtos e serviços no mercado, como também estimula a criação de novas necessidades, artificialmente concebidas com a finalidade de sustentarem a produção através da demanda⁹.

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 131.

⁸ Ibidem, p. 30/31.

⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**: no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181.

Isso não significa que a publicidade não seja usada para a venda de produtos ou serviços básicos, porém, nesse aspecto ela necessita somente convencer o consumidor da melhor escolha, e não, convencê-lo da existência de uma necessidade.

2.3 Distinção entre Publicidade e Propaganda

O Código de Defesa do Consumidor não define o que é publicidade, refere-se às publicidades ilícitas. Torna-se necessário, então, tecer algumas considerações acerca do seu significado, fazer sua diferenciação da propaganda.

O termo publicidade é derivado de público, do latim *publicus*, e está associado à ideia de tornar público, divulgar. Tem como característica a comercialização, a negociação, uma finalidade comercial. Sua utilização como hoje é conhecida foi escolhida em substituição à palavra propaganda, que estava associada aos regimes nazifascistas que a utilizavam.

Já a palavra propaganda vem do latim *propagare*, quer dizer “fazer reprodução através de mergulhia”, enterrar, plantar, mergulhar, propagar princípios ou teorias. Define-se principalmente como propagação de princípios e teorias. Visa à difusão de ideias ou convicções nos âmbitos político, filosófico, econômico, religioso, ideológico ou social.

Cabe também esclarecer que, apesar do termo publicidade ser utilizado indiscriminadamente como sinônimo de propaganda aqui no Brasil, no dia-a-dia do mercado, os dois termos não se confundem, pois a publicidade trata basicamente da promoção de produtos e serviços, portanto tem um objetivo exclusivamente comercial, difusão de uma mercadoria específica, enquanto a propaganda cuida da divulgação de ideias, como é o caso. A chave para estabelecer a diferença entre a publicidade e a propaganda, parece estar na intenção de se alcançar lucro da primeira, logo dá a ideia de algum benefício econômico¹⁰.

Marcelo Kokke Gomes¹¹ enfatiza que “a finalidade da publicidade é exercer uma influência sobre os consumidores, direcionando sua opção de consumo para determinado produto ou determinada marca”.

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 270.

¹¹ GOMES, Marcelo Kokke, **Responsabilidade Civil-Dano e Defesa do Consumidor**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 90.

Tanto a propaganda quanto a publicidade trabalham com o emocional do ser humano; ambas buscam objetivar a natureza humana. Relativo ao conceito publicidade podemos concluir que esta:

- 1) Divulga a marca, serviço, qualidade, vantagem e o seu fornecedor;
- 2) Chama a atenção do consumidor a despertar neste a vontade de possuir o objeto do anúncio, ou seja, quer dar o valor da propaganda;
- 3) Anuncia de forma esparsa o intento do fabricante com as vantagens do produto demonstrando explicitamente as intenções daquele anúncio;
- 4) A publicidade anunciada é vinculada a contraprestação pecuniária do fabricante ou fornecedor;
- 5) É meio de propagar, tornar público a comunicação com a população em geral.

Este meio de anunciar só tem como objeto final despertar no consumidor a vontade, o desejo, de consumir aquele produto ou serviço anunciado. Em nosso país este meio de comunicação publicitária vem sendo bem aceita pela população que a cada dia mais está consumindo e comprando mais os produtos anunciados neste tipo de publicidade. Produtos veiculados a matérias publicitárias sem dúvida independente de pesquisa são notadamente os mais vendidos e/ou consumidos criando assim uma relação estreita quase inseparável entre a indústria e a publicidade, ou seja, o produto bom é o anunciado em campanha publicitária.

Não há como imaginar um produto vendido e bem aceito no mercado de consumo sem os efeitos que a publicidade também grande responsável pelo surgimento da produção em larga escala industrial pilar do desenvolvimento da indústria moderna evoluindo de forma notável. Deve-se ligar este fato ao progresso industrial. Há um tipo de correlação entre a indústria e a publicidade, ou seja, à medida que um cresce, o outro acompanha este crescimento.

Analisando em uma explanação mais aberta a venda de todos os produtos fabricados precisa ser anunciada, pública, que consiga alcançar os ouvidos daquele que é o detentor do direito de consumo, o qual a mensagem publicitária quer alcançar para vê-los alienados na ação de comprar, consumir, a principal característica deste tipo de matéria não é outra a não ser vender, destacando que esta idéia extrema também não deve ser considerada a única finalidade da publicidade, mas é inegável que com ela se vende bastante em especial se motiva bastante o consumidor a comprar.

Outro ponto importante, que o anunciante publicitário se preocupa é em mostrar que este produto ou marca apresente qualidade e preço, ou seja ademais sem essas

informações também determinantes seria impossível esperar que a publicidade alcançasse seu real intento.

Com o consumo fixo da sociedade de massa, em relação a alguns produtos propulsores da “standartizacao”, também não teriam ocorrido sem a publicidade, o qual tem como essência a produção em larga escala industrial o que reduz os custos desta produção para um menor valor unitário, concluindo que valor que se afere com os custos de mensagens publicitárias e irrisório se feito uma comparação ao valor gasto para se produzir ao invés vários apenas um só, o que de certa maneira torna o mercado de produção bastante viável para a economia do país gerando mais riqueza, podendo assim afirmar que a publicidade é fonte de economia para o fabricante e economia para o consumidor, quando feita de maneira respeitosa e legal.

A publicidade gera inúmeros benefícios para a sociedade de massa entre estes destaca o aspecto econômico, e o da concorrência, sendo que este vai muito além ainda proporcionando através da televisão o entretenimento, que antes era limitado apenas a anúncios de jornais, que diga se de passagem também vem alterando sua maneira de divulgação buscando também o entretenimento através de seus anúncios. Publicidades ligadas a crianças e uma melhor qualidade de vida, usando pessoas felizes e sorrindo bastante além de apenas somente informar vendem bastante.

2.4 Princípios Informativos da Publicidade

A publicidade exerce significativa influência em relação ao comportamento psicológico e as emoções das pessoas, e, além de meio de indução ao consumo, também atua como meio de informação, passando a ser tratada juridicamente como um quase contrato, dessa forma alguns anúncios publicitários exercem significativa influência sobre os componentes psicológico e emocional das pessoas, e, além de meio de indução ao consumo, também atua como meio de informação, passando a ser tratada juridicamente como um quase contrato, dessa forma alguns princípios foram adotados pelo CDC para a elaboração da publicidade, com vistas à proteção do consumidor, parte mais fraca nas relações consumeristas. O artigo 36 do CDC submete a publicidade a dois princípios fundamentais: o da identificação da publicidade e o da veracidade.

2.4.1. Princípio da identificação da publicidade

O artigo 36 e parágrafo único do CDC estão assim redigidos:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único - O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

A publicidade há de ser identificada pelo consumidor. Previne-se assim contra as chamadas publicidades ocultas e subliminares.

Pasqualotto¹² observa “segundo a exigência legal, a veiculação da publicidade deve permitir sua identificação fácil, ou seja, sem esforço ou exigência da capacitação, e de pronto no momento da exposição.” Toda publicidade deve corresponder à realidade quanto aos dados fáticos e técnicos, indenizar prejuízos, que se traduzem em danos materiais e até mesmo morais. Essa responsabilidade do anunciante é objetiva, pois não depende da análise de sua conduta, importa simplesmente verificar se está presente algum tipo de proibição cominado na lei.

É oportuno neste item também citar mais uma modalidade desta propaganda conhecida como TEASER, que também se trata de uma propaganda camuflada entre os programas de entretenimento ela é uma expectativa que é lançada, para aguçar a curiosidade em relação a um produto ou marca o grande problema é que ela vincula separadamente do anuncio causando o mesmo problema do merchandising o consumidor não vincula de imediato o anuncio não podendo assim identificá-lo como anuncio o que segundo os doutrinadores não é a forma mais clara de se informar ou anunciar um produto ou marca.

A problemática exposta pelo nosso Código é que ele exige que a publicidade seja identificada e não seu fragmento, de maneira que novos problemas vão surgindo com as diversificadas formas de atrair esse consumidor, estando estes teaser também sujeitos a sanções da publicidade e propaganda enganosa.

2.4.2. Princípio da veracidade da publicidade

¹² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**: no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 85.

As mensagens publicitárias devem ser fiéis ao princípio da “adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que realmente é” como afirma Fabio Ulhoa¹³. Não devem conter ambigüidades, enganar sobre as reais características de um produto.

Em relação aos princípios que advêm da necessidade de controle dos anúncios publicitários podemos destacar alguns que são muito importantes para que a publicidade cumpra seu papel maior vender, e viabilizar o mercado de consumo, mais esclarecendo ao consumidor o que realmente há no produto a ser consumido sem enganações são eles:

a) Princípio da transparência, que é a mensagem aberta como o próprio nome diz transparente, verdadeira sobre o produto. E ser leal e passar antes na fase de convencimento com propaganda, esclarecendo que daí já começa a estabelecer a relação contratual entre ambos, fornecedor e consumidor, e respeitar essa fase do “negócio” para que deste contrato não haja o problema de consumo e a frustração do consumidor evitando assim o desgaste do judiciário e a satisfação de ambas as partes;

b) Princípio da fundamentação da publicidade, que é a obrigação de expor e apresentar a quem possa interessar todo o material técnico usado no comercial ou propaganda.

A apresentação e oferta de serviços ou produtos de consumo devem respeitar e resguardar a informação seja ela na quantidade, qualidade, preço, garantia, prazo de validade, origem do produto, todos esses acima em linguagem que esclareça o consumidor mais elucidado e aquele que também tem suas limitações. Omitir ou tentar dificultar com letras minúsculas dizeres ou sinais de perigo sobre a nocividade dos produtos nos recipientes, folhetos ou publicidade, fazer declaração falsa ou enganosa sobre produto ou serviço, como gerar publicidade que sabe ou necessitaria saber que é trapaceira ou abusiva e deixar de instituir dados fáticos, técnicos ou que dão embasamento à divulgação, são passíveis de penalidades como ação civil pública e pena de detenção e multa, segundo cada caso.

Será interpretada como falta de esclarecimento, ausência de informação ao consumidor sempre que produto objeto do consumo deixar de conter ou apenas não informar suas características exigidas ao consumo para que deste não resulte dano a saúde pública, acarretando riscos a quem consome ou usa este produto sem as informações essenciais, sendo dever obrigação legal a informação de modo preciso, para que o produto adquirido não cause dano ou grave risco a saúde e segurança de seus consumidores.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n.º 08, pp. 69-78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. dos Tribunais, n.º1, 1998.

A publicidade, por esta ótica, deve conter informações suficientes para esclarecer ao consumidor os elementos básicos que irão fundamentar um contrato que atenda a seus interesses econômicos. Alguns outros princípios podem ser encontrados no CDC, tais como:

a) Princípio da inversão do ônus da prova;

Tal princípio, configurado no artigo 38 do CDC é básico para simplificação da defesa do consumista em juízo, cabendo ao fornecedor comprovar que sua publicidade foi difundida dentro da legalidade; decorre da verdade e da não abusividade, bem como a importância da vulnerabilidade do consumidor¹⁴.

Versa, sobre ação propensa a instruir, ilegitimamente, o consumidor, a consideração de bens ou serviços apresentados, condicionando o sua conduta para a respectiva aquisição ou fruição; daí por que se desarticula para o patrono o ônus da prova da veracidade e da correção da notícia ou da difusão da matéria publicitária.

Estão previstos no artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - a) por iniciativa direta;
 - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

Existem três questões a serem averiguadas e provadas para que se tenha a aplicação deste instituto de inversão ao ônus da prova sendo eles, a prova do nexo causal, prova do débito inédito, prova do efeito danoso, observando também que vigora em nosso ordenamento jurídico brasileiro a presunção de honestidade. No que tange ao nexo causal, vemos que de um lado observa-se que há toda uma máquina articular possuidora de um banco de dados e de uma capacidade tecnológica em detrimento de um consumidor leigo com tamanha complexibilidade a frente, sendo oportuno a observância pelo magistrado conforme inúmeros artigos o art. 6, inc.VIII, atentando para essa disparidade entre os dois lados.

No que se refere a prova do débito cabe também ao Fornecedor e a esse banco de informações provar a dívida que deu origem a esse registro, observando assim os padrões processuais e os de justiça social sendo este último também princípio da nossa magna carta.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 51.

Em relação a perdas e danos e dano moral, quando devidamente provado devidamente passível de reparação, sendo o CDC, bastante categórico no que tange a esse direito esclarecendo que deverá haver “facilitação desses direitos de defesa até mesmo com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor”, sendo o fabricante ou fornecedor hipossuficiente. De forma mais sucinta as causas desta reparação podemos citar a inscrição indevida do nome deste consumidor as máquinas protetoras do crédito, que na maioria das vezes e fato e matéria deste dano moral.

b) Princípio da correção do desvio publicitário;

Acontecido a irregularidade publicitária, além da sua reparação civil, e coerção administrativa e penal, indispensável que seja combalido o seu conflito sobre os consumidores, o que se faz por meio da contrapropaganda, acolhida pelo Código em seu art. 56, XII. A contrapropaganda nada mais é do que difusão de outra publicidade para reparar os prejuízos da publicidade originária. Essa nova publicidade será divulgada no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características no que se refere à permanência, espaço, ponto e horário. Tal publicidade é obrigatória, tendo como fim abrandar a informação imprópria da astúcia do consumidor, devolvendo dessa forma, a verdade dos fatos.

c) O princípio da repressão aos abusos praticados no mercado de consumo;

Sobre este princípio, de grande relevância, há quem diga que existe uma contradição no que se refere ao não tratamento da concorrência desleal e da propriedade industrial no Código de Defesa do Consumidor.

O art. 4º VI, elucida a questão da técnica da concorrência desleal que de determinadas estilos alcance o consumidor direta ou indiretamente. Para o ordenamento jurídico consumerista, o que preocupa é que se o uso de determinado de um artigo ou produto ou serviço que acarrete danos a saúde pública ou ao meio social em decorrência do uso irregular de uma marca ou artigo, pura e meramente. O importante é estar atento aos princípios e a condenação de práticas que tragam danos ao consumidor, sendo a relação que importante a dinâmica entre fornecedor- consumidor, e não a do Produtor-fornecedor, que fora interpretado indevidamente através do inciso especificado acima.

d) Princípio da Liberdade;

Agregam essa liberdade de expressão o direito da concorrência, livre iniciativa, manifestação de pensamento, e a liberdade de noticiar e divulgar mercadorias e produtos e serviços. princípio da repressão aos abusos praticados no mercado de consumo sendo também importante salientar que existem parâmetros de liberdade em nosso ordenamento em relação

as propagandas de produtos nocivos a saúde como os de cigarros e bebidas alcoólicas. Lembrando sempre que a publicidade trata-se de uma atividade extremamente comercial.

2.5 Os Diversos Tipos de Propaganda Enganosa e Abusiva

A propaganda enganosa e abusiva é a modalidade mais abominada pelo legislador pátrio, demonstram total antipatia por esta modalidade criminosa que não afeta apenas poucos consumidores, mas também toda a credibilidade deste mercado da mídia. Nossos legisladores conceituam largamente o que é esta propaganda enganosa salientando que esta abrange também matéria de direito Penal, e de ordem pública a não ser iludido, enganado. Para sua caracterização e prova basta a intenção de levar a erro, induzir erroneamente, sendo caracterização em potencial é apreciada objetivamente não sendo observada neste caso a boa-fé do anunciante. Ausência de uma informação positiva e clara podem sim ser enganosas, variando de categoria, grupos e classes sociais.

Esclarecendo melhor não podemos confundir propaganda falsa e propaganda enganosa, a propaganda pode conter todos os dados categóricos feita de maneira correta e assim mesmo ser enganosa, enganar tem por característica na propaganda deixar de dizer ou revelar uma informação importante do produto, por exemplo, a grande confusão gerada na diferença dessas modalidades e que uma propaganda enganosa nem sempre é falsa.

2.5.1 O Exagero nas Propagandas

O código de maneira geral não trata em seu art. 30, a questão deste “exagero”, o fato é que para fazer uma boa interpretação de tudo que vemos em propagandas e ainda assimilá-las com as práticas abusivas e proibitivas e penais do CDC devemos fazer um estudo mais detalhado sobre esses sendo possível assim ver que a propaganda é um meio que auxilia bem o mercado mais também ultrapassa os limites legais, esse “EXAGERO”, bem pode ser notado nas promessas políticas dentro das propagandas partidárias, ele está difundido não só na venda de produtos e serviços mais também na vulgar “venda de promessas eleitorais”. O exagero tratado neste sub-tópico. Mas os legisladores se preocuparam também na coibição destas matérias que podem sofrer ação civil pública, cominação de multas sem falar no tema já estudado anteriormente neste trabalho que é a contrapropaganda.

As medidas penais estão destacadas previstas nos arts. 63, 66, 67, 68 e 69 do CDC. Desta maneira os consumidores passaram a ter seus interesses zelados por um diploma moderno, eficiente e de fácil compreensão.

A propaganda tem muita influência diante do consumidor. Em razão disto deverá ser utilizada pelos fornecedores de forma cautelosa e sadia, sem desobedecer o contido no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, bem como os disposto nos artigos 63 a 69 do mesmo certificado legal, entre outros que disciplinam a publicidade.

2.5.2 Alguns Exemplos Concretos

Uma determinada Construtora em Itumbiara-GO construiu um loteamento e fez nele meio fio, asfalto, e informou também aos compradores que lá possuía também esgoto e canalização de rede pluvial, sendo estes posteriores compradores não tinham e não iam cavar buracos no referido lote para averiguar estas informações, tem – se que depois de construídas e vendidos os lotes com o começo das chuvas alguns moradores tiveram suas casas invadidas por água das chuvas e algumas até em situação mais grave sendo destruída pela erosão, partindo desta enganação acionaram o Ministério Público Local que entrou com uma ação civil publica para garantir o direito de ressarcimento e a punição pela propaganda falsa e enganosa uma vez que os panfletos diziam que neste loteamento possuía tais galerias¹⁵.

Outro caso concreto é o Famoso Bombril 1001 utilidades, a empresa já foi multada pelo eslogan enganoso, pois em pesquisas o Inmetro viu que a famosa esponja de aço só possui utilidade para as tarefas domesticas na cozinha.

Algumas também enganam o consumidor com a imagem é o caso das marcas de piscinas infantis que mostra a imagem de várias pessoas brincando, e quando o consumidor compra e enche em casa mal cabe uma pessoa.

Na mesma modalidade estão os famosos sanduíches de fast food's que no panfleto parecem enormes q quando o consumidor recebe é bem inferior ao anunciado.

E a bebida láctea que tem o nome alpino se referindo ao nome do chocolate e levando a crer os consumidores que esta seria feita do chocolate, e consta em seu rótulo em letras bem pequenas não contem chocolate alpino levando a engano o consumidor.

¹⁵ Ministério Público do Estado de Goiás. **Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta**. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/tac_itumbiara_loteamento_infraestrutura.pdf. Acesso em 18 mai. 2012.

CAPÍTULO III

PUBLICIDADE ILÍCITA

A publicidade na sociedade capitalista exerce forte influência no consumidor, ditando e criando necessidades, mudando conceitos, e até mesmo influenciando no modo de pensar e agir do consumidor.

A atividade publicitária no Brasil deve ser veiculada com a finalidade de promover e estimular o consumo de bens e serviços, devendo seguir os princípios básicos que devem nortear a relação contratual de consumo entre consumidor e fornecedor, dentre elas, os princípio da boa-fé e da veracidade.

O Código de Defesa do Consumidor tem como escopo principal regulamentar alguns aspectos considerados relevantes na relação de consumo, tais como o relacionamento com a publicidade, as práticas comerciais abusivas, o regime dos contratos de adesão e o tratamento de cláusula. A publicidade está regulada, especificamente, nos artigos 36 a 38, Seção III do Capítulo V, que trata das práticas comerciais.

O artigo 36 inibe a publicidade dissimulada, e no parágrafo único do mesmo dispositivo consagrou o princípio da transparência da fundamentação publicitária, ou seja, a obrigação que têm todos os fornecedores de comprovar os dados fornecidos na publicidade. O artigo 37 reprime as publicidades enganosa e abusiva; e o artigo 38 institui a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. E, refere-se também a publicidade o artigo 60, onde traz a sanção administrativa da contra publicidade, ou a contrapropaganda.

3.1.- A Publicidade Enganosa

A publicidade enganosa encontra-se disposta no artigo 37 do CDC, o qual dispõe que será enganosa qualquer modalidade de informação capaz de induzir o consumidor ao erro sobre o produto e serviço.

Na análise técnica do CDC é imprescindível que a publicidade trapaceira induza o consumidor a escolha enganosa para caracterizá-la. O que se procura então é a competência de desvirtuar a mensagem, não sendo estabelecido que o consumidor passe por alguma perda ou dano para se emoldurar como divulgação enganosa. O parágrafo 1º do artigo 37 do CDC consubstancia o Princípio da Veracidade da Informação, por meio do qual se busca proteger a escolha livre e consciente por parte do consumidor. Aqui é importante destacar a distinção entre enganabilidade e falsidade, uma vez que ele proíbe a publicidade. O artigo 37 estabelece que:

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

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

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

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

Portanto, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor ao erro, ficará caracterizada a publicidade enganosa. Segundo Pasqualotto¹⁶ indução ao erro significa a potencialidade lesiva da mensagem publicitária. Segue Adalberto Pasqualotto¹⁷ afirmando que “não há necessária correlação entre a falsidade e enganabilidade. Uma mensagem pode ser falsa e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira, porém enganosa”. Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin¹⁸ acrescenta:

Trata-se, como se percebe, de juízo in abstracto e não in concreto. Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero plus (com implicações próprias, notadamente na área penal). Capacidade de indução em erro

¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**: no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

¹⁷ Ibidem, p. 118.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 270.

quer dizer „tendência ao induzir o erro“. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram efetivamente enganados.

A publicidade enganosa é aquela que omite, mente ,simula determinadas informações, atos ou consequências, mascarando, assim a verdadeira eficácia do produto, o que realmente o produto se propõe. A publicidade pode ser enganosa por comissão ou omissão: é enganosa por comissão a publicidade em que o anunciante faz uma afirmação sobre o produto ou serviço anunciado capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Esta forma de enganabilidade manifesta-se através de uma afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre o produto ou serviço, maculando a declaração de vontade do consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho¹⁹ explica que: “Na publicidade enganosa por comissão o fornecedor afirma algo que não corresponde à realidade do produto ou serviço, algo que não existe capaz de induzir o consumidor em erro”.

Aqui, portanto, a afirmação falsa gera expectativas inverídicas no consumidor, que, se soubesse da falsidade, não adquiriria o produto ou serviço. Há, com isso, violação da autonomia da vontade no direito de contratar.

Enfim, a publicidade é enganosa por comissão quando leva o consumidor a considerar verdadeira a informação falsa. Ressalte-se, contudo, que a doutrina isenta de responsabilidade por publicidade enganosa o anunciante quando o exagero se dá a título de fantasia, desde que o conteúdo fantasioso expresse, por si.

No que se refere à Publicidade Enganosa por omissão, deve-se levar em consideração que a publicidade diz onde lhe interessa e omite onde não lhe interessa ou seja a análise e feita a partir do que ela diz e não diz,sendo que ao omitir deixar de publicar determinada informação ao consumidor este não estará escolhendo pela compra ou pela realização do contrato pelo que o serviço explicitamente oferece sendo que faltam elementos que determinaram ou não a realização do negocio, nesta modalidade pune se a ausência destes dados essenciais.

No direito comparado, muito se discute em relação ao tempo desta publicidade que seria aproximadamente de 15 segundos por anuncio para que apresente todas as características do produto, tratando essencial que o informante ou anunciante não deixe de passar ao consumidor as características essenciais do produto como sendo obrigatórias por entenderem que estas tem o condão de levar a compra e ou consumo.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118.

Observa-se que nosso Código alimenta a mesma antipatia pela publicidade enganosa por omissão quanto pela publicidade comissiva. A enganosidade pela modalidade de omissão está no desprezo de fatos e matérias, e informação imprópria, inadequada. Não existe um anúncio que informe o consumidor sobre todas as qualidades e todas as adversidades do produto sendo para a caracterização desta avaliação de caso concreto, caso a caso. Sendo determinante que a parte não constate neste anúncio não tenha influenciado a compra.

Benjamin²⁰ afirma que “dado essencial é aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”, e prossegue afirmando que existem três grupos principais de dados associados à publicidade enganosa por omissão: “adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação), preço e segurança” citando como exemplos desses dados, os riscos, os defeitos, a dificuldade do serviço pós-venda para o produto, o custo elevado de peças de reposição etc.

Como exemplo, cita-se as promoções das operadoras de telefonia celular que oferecem planos, tais como: - “adquira X minutos e fale mais X minutos de graça como aparelhos da mesma operadora.” O consumidor entende que se adquire X minutos receberá de graça mais X minutos; o que não ocorre na prática, o mesmo deverá, primeiro, utilizar os minutos adquiridos para poder aceder à gratuidade. As operadoras, quando interpeladas, alegam que no final das peças publicitárias indicam: “Maiores informações pelo site:www..xxxx.com.br”.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a propaganda/publicidade há de ser ostensiva, clara, completa. Há também outro princípio do CDC: “em dúvida pro consumidor”.

Uma propaganda com letras minúsculas não pode ser considerada clara, ostensiva e inclusive é discriminatória, neste caso, pois nem todos os consumidores possuem computadores. Dessa forma, conclui-se que esta propaganda é enganosa devido a sua omissão por não esclarecer informações completas ao consumidor.

3.2 Publicidades Abusivas

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 294.

Essas modalidades de propagandas enganosa, e publicidade abusiva igualmente esta prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Seção III, artigo 37, § 2º, que assim prescreve:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. 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.

A proibição deste tipo de publicidade ilícita por parte do código tem como escopo principal proteger os valores sociais imprescindíveis para um convívio harmônico entre os membros da sociedade, não sendo tal proibição prevista como um meio de defesa de valores econômicos.

Para que seja considerada abusiva não necessita existir, necessariamente, relação com o produto, serviço, ou um prejuízo econômico para o consumidor, mas sim uma violação de valores éticos que a sociedade deve preservar podendo tal ato culminar com o induzimento do consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança.

Benjamin²¹ afirma que “abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso”. Segue lecionando que²²:

Levam em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela enérgica da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.

Entretanto, o CDC, embora preveja a publicidade abusiva como um ilícito civil, não traz um conceito legal de publicidade abusiva em seu Art. 37, §2º, apresentando apenas as seguintes hipóteses de sua configuração:

1) Publicidade discriminatória:

É aquela que faz uma distinção depreciativa entre indivíduos de diferentes origens, raças, sexos, preferências sexuais, condições sociais ou qualquer outra forma possível de discriminação, ou seja, a publicidade que, sob algum ângulo ou motivo, aceite a elevação

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 341.

²² Ibidem. p. 341.

de opiniões preconceituosas, seja pela etnia, situação financeira, atividade profissional, credo ou crença religiosa ou pensamentos políticos.

2) Publicidade que incita à violência:

Permitir a veiculação de mensagens publicitárias de caráter incitador de violência é contribuir para o aumento dela. Não se admite publicidade que incite à violência, seja ela do homem contra seu semelhante, contra os animais, ou até contra bens. Fábio Ulhoa²³ cita exemplo:

um fabricante de armas não pode promover seu produto reforçando a ideologia da violência como solução de conflitos sociais, ainda que uma publicidade com esse caráter dirigida a certos segmentos da população pudesse representar, no seu caso específico, uma solução satisfatória do ponto de vista psicológico.

A publicidade que estimula à violência permanece quando na mensagem ou veiculação apresenta atos violentos ou condutas agressivas, que mostrem cenas ou flash ou fotos de pessoas se agredindo fisicamente ou agredindo alguém que mostre estar indefeso, para vender algum produto ou coisa que mesmo que este seja útil no combate a criminalidade, então uma cerca elétrica impedindo a entrada de marginais em propriedade particular por exemplo, não são aceitas.

Também cenas que mostrem a armas ou que seja elas para defesa contra humanos ou animais posto que isso também é entendido como violência aos animais, ou outro conteúdo de agressão a animais é considerado violento. Portanto nenhuma publicidade que estimule a cometer um ato de violência com morte ou guerra é considerada sempre abusiva e proibida.

3) Publicidade que explora medo ou superstição:

Trata-se da publicidade que utiliza como argumentos de persuasão medos e superstições populares. Para sua qualificação não se exige que a mensagem aterrorize realmente os consumidores, é necessário apenas que o anúncio faça uso desses recursos, que afirme que o produto ou serviço possui algo mágico, o que não é verdade, para que seja considerado ilegal. Cenas em que aparecem algo irreal, caracterizada também de forma lateral pelo excesso neste caso de mentiras, e histórias em que não são cientificamente comprovadas.

4) Publicidade dirigida aos hipossuficientes:

É a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência de certas categorias de consumidores, como as crianças, ingênuas demais para discernir o caráter incitador da mensagem publicitária, ou doentes, idosos, e alguns autores falam até em

²³ COELHO, Fábio Ulhoa e outros. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva 1991. p.161.

moradores de periferia. Esta hipossuficiência anda de mãos dadas com a vulnerabilidade, e averiguada de maneira específica e objetiva de consumidor a consumidor.

Ressaltando bem um caso comum na atualidade é o que as propagandas e anúncios publicitários vem fazendo com as crianças, usam da ingenuidade destas entre comerciais de programas de entretenimento infantil milhares e dezenas de anúncios contendo até mesmo uma estratégia esclarecida em um sub tópico anterior o marketing e o merchandising acumulando nestas ma série de produtos que na maioria das vezes está embutida de vícios. A noção de soberania do consumidor em relação ao mercado representa um auxílio no seu processo de decisão racional o que não é o caso de crianças que não compreendem o caráter parcial da mensagem publicitária.

Como se esta categoria é facilmente atingida para alienar mais a condição destas crianças veiculam essas mensagens com crianças às mães como forma de coibir e coagir, impor a compra destes produtos. Se preocupando com esses exageros é que nosso ordenamento está desenvolvendo diversos parâmetros para esse tipo de público. É expressamente mencionado no Código essa questão da publicidade envolvendo as crianças. E para resguardar inclusive os pais estabeleceu as seguintes regras, de acordo com Rizzatto Nunes²⁴:

Não poderá a propaganda exortar a criança a comprar diretamente o produto, não deve incentivar a criança a persuadir os pais à compra, não deve explorar a confiança que a criança tem em seus pais, professores, etc.

Vale lembrar que esta vulnerabilidade é inerente a todos os consumidores as crianças além de vulneráveis são também hipossuficientes em alcance maior. É necessário nos atentar para o exagero das mensagens voltadas as crianças, sendo elas ultimamente os principais alvos das empresas. Os cartazes aproveitam-se da precocidade, ingenuidade e falta de instrução dos pequenos que de tal maneira acabam deslumbrados pela mensagem publicitária. A abusividade é explicitada também quando há o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança. Caso a vítima seja a criança, os artigos 76, 77,78 e 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevêm uma série de restrições a produtos e serviços que possam lhes ser danosa.

Segundo Adalberto Pasqualotto²⁵, o público infantil é muito desejado pela publicidade, ou porque constitui um mercado atraente de consumo, ou porque é um meio para

²⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva 2011.

²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade**: no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 131.

atingir os adultos. É em função disso, portanto, que Código dispensa atenção especial à publicidade endereçada a este público.

5) Publicidade desrespeitadora de valores ambientais:

E a publicidade que estimula a agressão ao meio ambiente, a qual está diretamente ligada ao direito à vida e goza de ampla proteção constitucional. Por isso, qualquer atividade que ponha em risco o meio ambiente, ainda que meramente incitadora, desrespeita a Constituição e não pode ser admitida.

O anúncio que desobedece os valores ambientais é aquela que estimulam uma conduta hostil ao meio ambiente, como a devastação das florestas, na publicidade de máquinas motosserras, entre outras. Pode ser entendida como antiambiental, já que tratando desta questões temos produtos que já se preocupam com a questão como é o caso dos biodegradáveis.

Podem ser despertados em virtude do meio ambiente desgastado a propaganda e publicidade que veicula um novo empreendimento que as custas do progresso irá devastar uma parte de floresta amazônica isto como exemplo ou como feito a pouco tempo por um jornal mostra um alto empreendimento imobiliário sendo construído no lugar de uma reserva no rio de janeiro caso que causou polemica e chegou a mobilizar grupos internacionais de proteção ao meio ambiente.

6) Publicidade que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde e segurança:

Aqui a preocupação com a saúde do consumidor traz à tona o controle de mensagens publicitárias relacionadas ao consumo de medicamentos, tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias.

A propaganda destas modalidades publicitárias traz consigo riscos a saúde não só de seus usuários mais no geral de quem estes também prejudicam fazendo uso destes cigarros em ambientes não propícios o que acarretam danos a mais pessoas, do que somente aos usuários do produto e questão, afetam a família e o bem estar social. Completa o art. 220,§3, inc. II, sujeitando estas propagandas a restrições legais, e também de advertência aos malefícios causados pelo uso dos mesmos.

A propaganda do cigarro tentou ser controlada, primeiramente, através da Lei Murad, Lei nº 9.294 de 15 de setembro de 1996. A lei teve o intuito de tornar em vigor o art. 220, § 4º, da Constituição Federal. Porém, apesar da intenção a Lei Murad só veio a convalidar os excessos das companhias fabricantes de cigarro, que apenas conseguiram a exceção no horário de difusão de seus anúncios. Que de certa forma pelo horário da

publicidade veiculada passou a atingir mais o público universitário jovem. Presumem-se que hoje a maior estimativa de usuários do tabaco seja jovens entre 15 e 30 anos, usuários em potencialidade, que são deslumbrados e pelas imagens felizes de consumindo o cigarro, que fazem alusão aos próprios males do cigarro, onde não mostra nenhum deles acamado e ou com fortes crises de tosse, mais convivendo com vício ao observar a beleza da vida.

Publicidade distorcida desvirtuada dos padrões de publicidade e atinge valores éticos da sociedade atual que quer preservar a vida dos jovens.. É distinta da enganosa, pode ser enganosa e abusiva simultaneamente, sendo suficiente que o produto ou o serviço, dentro das condições anunciadas, não correspondam ao que é verdadeiro e que contenham qualquer tipo de abusividade, basta que a mensagem publicitária leve o consumidor a agir equivocadamente.

Cita-se exemplos onde é possível verificar a abusividade da mensagem: uma publicidade esportiva apregoava a superioridade de um produto com um filme que mostrava quando um corredor, ao contemplar a marca do tênis do concorrente, desiste da prova e se suicida com um tiro; um jogo de informática (vídeo jogo) que concede prêmios aos competidores que atropelavam mais pessoas, ferindo e matando pedestres.

Os anunciantes tem uma verdadeira máquina explosiva nas mãos e devem ser regulados quanto ao caráter das mensagens difundidas sendo que destas muitas distorcem valores sociais e passam a ser difundidas de maneira errônea descontrolada, as indústrias da mídia devem sempre analisar e zelar pelos conteúdos de seus anúncios para não advir destes condutas, que incitem a morte precoce, o consumo doentio, a desvalorização da permanência em família, do contato familiar, e destruturação de uma nação que priva pelo bom ordenamento e maior interesse social.

3.3 - Efeitos Jurídicos da Publicidade Enganosa

As publicidades ilícitas geram efeitos nos três campos de responsabilidade, com o fim último de reparar o mal causado. Um fato pode ter implicações administrativas e civis, mas também pode configurar ilícitos penais. Em decorrência da gravidade da violação do previsto nas normas civis e administrativas, verifica-se a necessidade de sanções penais.

3.3.1 Efeito Cível

A responsabilidade civil gerada pela publicidade enganosa obriga o fornecedor, de acordo com a opção feita pelo consumidor, de cumprir forçosamente a obrigação constante da mensagem publicitária. Nos termos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor a publicidade, *in verbis*:

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

Tal hipótese se configura como manifestação do Princípio da vinculação da mensagem publicitária, que se encontra presente dentre os efeitos jurídicos da publicidade enganosa. No entanto o consumidor pode escolher dentre as

A responsabilidade, prevista na Lei Consumerista, é solidária de todos participam da produção do anúncio e de sua veiculação. Responde o anunciante e agência que fornece a publicidade. O anunciante deve fornecer os dados fáticos e científicos para que a agência publicitária possa produzir a propaganda, caso ela não cumpra com o que consta nos dados fornecidos, ela será responsabilizada.

O fornecedor é sempre responsável pelos danos que seu anúncio causar, e mais, ainda responde por inserção de cláusula contratual ou sua nulificação em função do anúncio; ele tem que provar que forneceu os dados necessários para uma propaganda lícita e, ainda assim, poderá ser penalizado, já que a agência precisa da sua autorização para veicular a propaganda.

A agência, como produtora do anúncio, responderá solidariamente com o anunciante, independente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido. Para não responder civil e penalmente, agência poderá se eximir da responsabilidade alegando e provando que obteve as informações técnicas do anunciante.

3.3.2 Efeitos Administrativos

O fornecedor que incorrer na prática da publicidade enganosa pode ter imposta a obrigação de apresentar a contrapropaganda, que se constitui numa sanção administrativa imposta pelo Estado.

A contrapropaganda deverá ser capaz de desfazer os malefícios da publicidade enganosa, deverá ocorrer sempre a expensas do infrator, de acordo com o artigo 60, parágrafo único do Código de defesa do Consumidor:

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

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

As sanções administrativas cabíveis à publicidade enganosa ou abusiva levam a ação civil pública, que visa coibir as práticas ilícitas, além da suspensão liminar da publicidade e a cominação de multa, além do meio cautelar de controle que é a contrapropaganda.

3.3.2.1 - Contrapropaganda

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, inciso XII, fala da Contrapropaganda, que seria uma sanção administrativa. A contrapropaganda seria a “publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva”²⁶.

Seria uma forma de corrigir a informação enganosa ou abusiva apresentada ao consumidor, demonstrando a este a realidade dos fatos. Tem a finalidade de acabar com o poder de persuasão da publicidade enganosa ou abusiva veiculada.

O simples fato de retirar do ar uma publicidade com teor enganoso ou abusivo não bastaria para que apagasse os vestígios deixado por tal. Provavelmente, parte da sociedade assimilou as informações apresentadas pelo anunciante e, dessa forma, seria irrelevante apenas retirá-la de circulação. Assim, o adequado, além de retirar a publicidade com informações enganosas ou abusivas, seria utilizar-se da contrapropaganda, pois esta iria demonstrar o verdadeiro teor da veiculação e, de certa forma, informar adequadamente o consumidor.

Com essa publicidade obrigatória pode-se ter um resultado mais eficaz, sanando os efeitos causados ao público pela publicidade enganosa ou abusiva.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JUNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. **Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense 2011, p. 314.

Como visto antes, é uma sanção administrativa, dessa forma haverá um processo administrativo observando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Se o fornecedor ou anunciante apresenta um anúncio publicitário com teor enganoso ou abusivo, a autoridade competente, pelo processo administrativo, irá impor a contrapropaganda.

3.3.3 Efeito Penal

A publicidade enganosa é crime, o art. 61 do Código de Defesa do Consumidor adverte que “constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes”.

O bem jurídico tutelado nesse artigo seria a vida, saúde e segurança do consumidor, pois tais podem estar expostos a produtos sem os alertas necessários. Muitas vezes o consumidor ignora as explicações dadas pelo fornecedor nos produtos, pois tais não são feitas corretamente.

Dessa forma fica claro que, qualquer pessoa que tenha a obrigação de informar ao consumidor e não fizer, responderá pelas penas desse artigo. Isso mostra que, não é apenas o fornecedor ou o responsável pelo anúncio publicitário são responsáveis pela omissão da adequada informação, mas sim qualquer pessoa que tenha competência para fazê-la.

O CDC estabelece ainda em seu artigo 66 que “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” constitui infração penal com pena de detenção de três meses a um ano e multa. Sendo que incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta, nos termos do parágrafo 1º do mesmo dispositivo.

Trata-se especificamente da publicidade enganosa. Omitir informações sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, invólucros ou publicidade, assim como fazer afirmação falsa ou enganosa sobre produto, promover publicidade que sabe ou deveria saber que é, enganosa ou abusiva, são passíveis de ação pública incondicionada e pena de multa, variando conforme o caso.

Outra infração penal prevista no CDC é “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem

ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive veiculação ou divulgação publicitária”, artigo 67.

No Parágrafo Único do artigo 67 é visto que, se quem promove a publicidade dificulte a imediata identificação terá a pena de três meses a um ano e multa. Trata-se da publicidade subliminar ou qualquer outra forma de dificultar a identificação do produto ao consumidor.

O consumo deste não pode ser prejudicado pela publicidade subliminar, ou seja, aquela que, de alguma forma, oculta o verdadeiro teor do produto ou que apresenta algo que o público não identifica de pronto.

No artigo 68 o legislador estabeleceu 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” constitui infração penal com pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. E no parágrafo único o CDC estatui que “Incorrerá nas mesmas penas quem fizer ou promover publicidade sabendo-se incapaz de atender à demanda”.

Aqui é visto a sanção para a publicidade abusiva. Este como já veste anteriormente, agride os costumes sociais, podendo levar o consumidor a prejudicar-se com a aquisição do produto anunciado. A saúde e a segurança do consumidor devem ser protegidas. Este não pode ser induzido, pela publicidade abusiva, a consumir produtos ou serviços que o leve a prejudicar a sua saúde e segurança.

O artigo 69 estabelece que “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade” também constitui infração penal, com pena de detenção de um a seis meses ou multa.

Se houver uma publicidade enganosa que deixa de explicar os dados técnicos e científicos que dão base à publicidade, pode haver a punição criminal. O fornecedor, anunciante ou quem promova a publicidade, deve expor todas as informações técnicas, adequadas para que o consumidor não seja enganado ao adquirir o produto anunciado.

3.4. - Ônus da Prova e sua Inversão

A lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é uma lei multidisciplinar que abrange diversos aspectos no contexto geral das chamadas relações de consumo. Entre vários assuntos, como já foi observado, ela define quem é: o consumidor e o

fornecedor, os direitos básicos do consumidor, a responsabilidade pelo fato do produto e serviço, responsabilidade por vício, decadência e prescrição, da proteção contratual, das infrações penais, da defesa do consumidor em juízo, das ações coletivas, da coisa julgada,

O Código de Defesa do Consumidor determina em seu art. 90 a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública naquilo que não contrariar as suas disposições. E, no que diz respeito aos tipos de ações em defesa do consumidor em juízo, o art. 83 do CDC admite todas as espécies de ações. Da mesma forma em relação ao procedimento, pois em se tratando de processo de conhecimento, as ações em defesa do consumidor seguirão o rito ordinário, os demais tipos de processo seguirão o rito respectivo previsto no CPC, desde que não contrarie alguma inovação do CDC.

No que diz respeito à produção de provas, junto ao processo judicial, envolvendo fornecedor e consumidor, a distribuição do ônus probatório tem merecido atenção e diversos debates diante da dificuldade de uma melhor forma de efetivação e aplicação destas regras em cada caso concreto.

O ônus probante não significa uma obrigação de provar, mas uma necessidade de provar. Há, pois uma diferença entre ônus e obrigação no contexto processual.

Quando se fala que o ônus da prova incumbe a quem alega, se quer dizer que a parte tem a possibilidade de agir conforme o comando jurídico para conseguir que sua pretensão seja atendida. Isto é, como ela tem o interesse de que seja reconhecida a verdade dos fatos que alegou, logo é sua incumbência provar suas afirmações.

A obrigação apresenta aspecto diferente, não é uma faculdade, mas uma imposição de um comportamento e não cumpri-lo gera um ilícito jurídico. Portanto, a parte que tem o ônus de provar deve fazê-la, senão em virtude de omissão pode ver sua pretensão negada por insuficiência de provas. É uma questão lógica diante de um conflito de interesses

A distribuição do ônus da prova é justamente para orientar a atividade processual, mostrar a quem incumbe demonstrar seu direito a fim de evitar prejuízos ou impasses por inexistência ou insuficiência de provas nos autos.

Considerando a vulnerabilidade do consumidor e a fim de amenizar os efeitos desfavoráveis para a parte que deixar de cumprir o ônus da prova, o CDC estabeleceu a inversão do ônus da prova, no âmbito processual, e a responsabilidade civil objetiva, no âmbito substancial. Esta inversão não ofende a isonomia das partes, ao contrário, é um instrumento processual que visa impedir o desequilíbrio nas relações jurídicas.

Isso por que se sabe que o fornecedor, dentre outras coisas, é quem tem o domínio do conhecimento tecnológico a respeito do produto ou serviço que está sendo colocado no mercado.

Assim, os conflitos relacionados ao consumo não devem ser resolvidos seguindo os moldes gerais do Código de Processo Civil - CPC, mas as normas específicas do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que excetua esta regra geral, invertendo o ônus probatório.

No CDC estão previstas duas oportunidades em que se tem a inversão do ônus da prova, do art. 6º VIII, já citada, e a do art. 38 que está inserido no capítulo das práticas comerciais determinando que o ônus da prova cabe a quem patrocinou a informação ou comunicação publicitária, ou seja ao fornecedor.

Nas normas consumeristas, os critérios para aplicação da inversão não dependerão exclusivamente da lei e nem se dará de forma automática e predeterminada, mas com base na livre apreciação do juiz e após análise de cada caso em particular, as partes terão ciência de sobre quem recairá a incumbência do ônus da prova, apenas no momento em que se pronunciar o juiz da causa, que poderá decidir pela transferência deste ônus para o réu. Ainda, o sistema consumerista estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor, oriunda do risco da atividade econômica.

Há, no entanto uma exceção a esta regra prevista no art. 14, § 4º do CDC, que disciplina a responsabilidade dos profissionais liberais. A responsabilidade destes é subjetiva, devendo ser apurada mediante verificação da culpa. Contudo, apesar de ser uma exceção não há impedimento, conforme for o caso, que se aplique a inversão do ônus da prova em favor do consumidor autor.

A responsabilidade objetiva ou do risco em matéria de consumo como regra geral não conduz à automática procedência do pedido do consumidor, uma vez que este não tem que provar a culpa do fornecedor, mas deve provar o nexo de causalidade entre o produto/serviço, o evento danoso e o dano para constituir seu direito.

Já, o fornecedor em sua defesa para se desonerar de sua responsabilidade deve comprovar uma das excludentes de responsabilidade: a) que não colocou o produto no mercado; b) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, incisos I, II e III, CDC).

Se na demanda restar constatado pelo juiz a verossimilhança (algo semelhante à verdade) das alegações ou a hipossuficiência do consumidor (em razão da capacidade econômica e técnica do consumidor), aquele decidirá pela inversão do ônus da prova em favor

do consumidor que ficará dispensado da comprovação do defeito do produto, da ocorrência do dano e do nexo causal entre o produto/serviço (art. 6, VIII, CDC). Vale salientar que o CDC só admite a inversão a favor do consumidor, não cabe facilitação da prova para o fornecedor, dada a vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

O momento adequado para a inversão do ônus da prova, alvo de divergências doutrinárias, é entre a propositura da ação e o despacho saneador, sendo o melhor momento no saneador por estarem os pontos controvertidos fixados e ser anterior à instrução do processo, evitando, portanto prejuízos à ampla defesa do réu. O fornecedor tem o direito de ser previamente informado do ônus que lhe cabe por ocasião do deferimento da inversão, para que possa exercer amplamente seu direito de defesa na fase instrutória do processo. Até mesmo porque pode insurgir-se contra a decisão interlocutória que aplica a inversão do ônus da prova através do recurso de agravo.

CONCLUSÃO

A publicidade apresenta-se como um elemento propulsor de todo o sistema capitalista, uma vez que se baseia na relação de produção-consumo, agindo persuasivamente sobre os consumidores, contribuindo para a colocação de produtos e serviços no mercado e estimulando a possível criação de novas necessidades pelos consumidores. Sabe-se que um bem que não seja propagandeado tem pouquíssimas chances de ser consumido pela população. É responsável pela movimentação de numerosa quantia de recursos financeiros, atividade importante para a geração de riquezas, podendo-se dizer que a publicidade se tornou imprescindível a tal ponto que a economia moderna não sobreviveria sem ela.

Contudo, a publicidade, com o seu poder de alterar comportamentos e hábitos, também começou a trazer prejuízos aos consumidores; exigindo a necessidade da intervenção do Estado com a finalidade de proteger a parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor. A publicidade não se confunde com propaganda. A primeira visa o lucro e a outra tem a simples finalidade de apresentar uma idéia.

No Brasil a regulamentação da publicidade veio com o Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor traz princípios que norteiam a publicidade, sendo entre eles o Princípio da Veracidade (artigo 37, § 1º), Princípio da Não-Abusividade (artigo 37, § 2º), Princípio da Identificação (artigo 36), Princípio da Vinculação Contratual (artigo 30, “caput” e art. 35, “caput”, incisos, I, II e III), Princípio da Inversão do Ônus da Prova (artigo 38), Princípio da Transparência da Fundamentação da Publicidade (artigo 36, Parágrafo Único) e o Princípio da Correção do Desvio Publicitário (artigo 56, inciso XII).

Ele impõe dois princípios básicos à publicidade: o da identificação de uma mensagem e o da veracidade. O anunciante deve ter sua conduta pautada nos deveres de lealdade, boa-fé, transparência, identificação, veracidade e informação, em consonância aos

princípios da veracidade e da identificação, proibindo-se, por conseguinte, a publicidade enganosa, simulada e abusiva.

Com tais princípios, o consumidor é protegido da publicidade enganosa e abusiva. A enganabilidade caracteriza-se pela omissão ou comissão de informações relevantes para a compra do produto, induzindo o consumidor em erro e trazendo prejuízo econômico, estando tipificada no artigo 37, § 1º do CDC.

A publicidade abusiva e enganosa, “publicidade errada”, por sua vez, estimula à selvageria, atos libidinosos violentos e discriminatórios, a abuso nas publicidades cujo público alvo, são crianças ou os valores ambientais, ou que ameaça a saúde e a segurança (Art. 37, § 2º, CDC), tão somente animada de empenhos mercantis, e que termina por emboscar contra estima de valores socialmente consagrados.

A responsabilidade pela divulgação de um anúncio enganoso é o do empresário-anunciante.

Utilizando-se dos vários meios de publicidade o anunciante instiga as pessoas à aquisição de produtos e serviços. Mas, a deturpação desse meio legítimo de angariar consumidores para a sua oferta, pode gerar publicidade falsa, que tem como único fito vender os bens anunciados à custa do induzimento do cidadão a erro. Por essa razão a publicidade enganosa deve ser considerada um atentado às relações de consumo, vez que o consumidor sendo ludibriado na sua boa-fé, adquire um produto que não foi aquele divulgado.

O legislador previu punição para o infrator em todos os âmbitos do direito civil, administrativo e penal, pois às vezes o poderio econômico do empresário impede que ele sinta de fato a sanção, se esta só representa a perda desse poder.

Nesse aspecto pode-se observar que o Código de Defesa do Consumidor é busca de um melhor regime jurídico que atende as relações de consumo norteando parâmetros e estabelecendo regras para a harmoniosa relação entre consumidor e fornecedor, ou fabricante e usuário. O nosso código consumerista pode ser também de uma visão mais doutrinária como um microsistema multidisciplinar uma vez que não trata tão somente de matéria de consumo mais todas as que advêm desta relação. lei modelar, conhece o acesso do consumidor à justiça, perfilhando sua vulnerabilidade na relação de consumo, respeitando-se as desigualdades existentes entre elas.

Encerrando este trabalho com atenção especial ao subtítulo do Consumo Sustentável, que esta envolto não somente na maneira em que consumismo, mais nos exemplos de consumo que damos diariamente com nossas ações.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. “**Conceito jurídico de consumidor**”. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 628, fev. 1988.

_____. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT. Vol. 9, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BULGARELLI, Waldírio **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. Ed., rev., aum. e atual, São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa e outros. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva 1991.

_____. **A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n.º 08, pp. 69-78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. dos Tribunais, n.º1, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMES, Marcelo Kokke, **Responsabilidade Civil-Dano e Defesa do Consumidor**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JUNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo.

Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JUNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. **Defesa do Consumidor.** Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Forense 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. NERY JUNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. **Defesa do Consumidor.** Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária 2005.

LISBOA, R. S. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de defesa do consumidor.** 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade:** no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel. SAAD, José Eduardo Duarte. BRANCO, Ana Maria Saad C. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** 6.ed. São Paulo: Editora Ltda 2006.

SILVA, J. A. Q. C. **Código de defesa do consumidor anotado.** São Paulo: Saraiva 2001.

Ministério Público do Estado de Goiás. **Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta.** Disponível em:
http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/tac_itumbiara_loteamento_infraestrutura.pdf.
Acesso em 18 mai. 2012.

ANEXOS

1. Dos Crimes Contra o Consumidor Previstos no Código de Defesa do Consumidor
2. Jurisprudência

I. DOS CRIMES CONTRA O CONSUMIDOR PREVISTOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1.1. Colocação no mercado de produtos ou serviços impróprios.

Artigo 62: VETADO:

“Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios”.

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

§ 1º: Se o crime é culposo:

Pena: Detenção de três meses a um ano ou multa.

§ 2º: As penas deste artigo são aplicáveis em prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte”.

Este artigo se encontra vetado, porém referido veto foi infundado, sem fundamento coerente.

O veto apostado se baseia no princípio da reserva legal, que dita que em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Segundo os motivos do veto, tal artigo não fazia referência expressa ao que seria considerado como produto ou serviço impróprio, não podendo portanto caracterizar um tipo que defina o delito penal e a cominação de sua pena.

No entanto, não se pode esquecer que, embora o tipo supra transcrito não enumere os casos de produtos e serviços impróprios, é na realidade uma norma penal em branco, dependendo de outra lei que a complemente ou esclare seu sentido.

E de fato há outra norma no Código de Direito do Consumidor que aponta o que são produtos e serviços impróprios, mais precisamente os artigos 18 e 20 do Código, abaixo transcritos:

Artigo 18 (...) - trata dos produtos impróprios:

“§6º: São impróprios ao uso e consumo:

I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas complementares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

Artigo 20 (...) - trata dos serviços impróprios:

“§ 2º: São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

Do exposto se vê que há previsão legal anterior que pode configurar o ato como crime.

As condições dos produtos e serviços são definidas em normas específicas de saúde pública, metrologia e qualidade industrial. Para tanto existem entidades como o INMETRO, CONMETRO, COTRAN, ABNT, além de normas sanitárias e de polícia administrativa sanitária.

1.2. Omissão de dizeres ou sinais ostensivos:

Artigo 63:

“ Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos envólucros, recipientes ou publicidade:

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

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

§ 2º: Se o crime é culposo:

Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.”

Referido dispositivo visa a reforçar o contido no artigo 9º do Código, que exige dos fornecedores de produtos e serviços a obrigação de, em se tratando de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, informar nos rótulos e mensagens publicitárias sobre a sua nocividade e periculosidade, de maneira ostensiva, clara e inequívoca.

O dispositivo legal ainda se liga aos direitos básicos dos consumidores, presentes no artigo 6º, inciso I:

Artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.”

O delito se configura como omissão, e consiste no fato de a pessoa que tiver a obrigação em questão deixar de alertar o consumidor dos riscos porventura oferecidos por produtos e serviços colocados no mercado.

Trata-se de crime formal (de mera conduta), que se consuma com a simples constatação da omissão dos deveres elencados.

Admite-se a forma culposa, consistindo a culpa na negligência. No entanto, não se admite a tentativa dolosa do crime em questão, por se tratar de um delito de natureza formal.

1.3. Omissão na comunicação às autoridades:

Artigo 64:

“ Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado.

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

Parágrafo único: Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente, quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.”

O dever implícito na norma é o de “fazer boa a coisa vendida”. Ao lado do dever de não colocar no mercado de consumo produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, tem o dever de comunicar à autoridade competente e aos consumidores sobre a nocividade quando o

conhecimento desta somente for posterior à colocação do produto no mercado. Assim salienta no mesmo sentido o artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

Artigo 10 (...)

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

§ 2º: Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º: Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços, à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”.

O que se visa garantir é o direito à informação relativa a produtos que venham a apresentar algum problema após o seu lançamento. Primeiramente o risco deve ser minimizado pelo próprio responsável, informando os consumidores, e secundariamente pelas autoridades competentes.

O grau de nocividade ou periculosidade aqui referido tem o significado do perigo além do que normalmente se esperaria. Ninguém certamente ignora que muitos produtos já apresentam relativos graus de periculosidade e nocividade, mas dentro do que deles se espera, como por exemplo, um efeito colateral de um medicamento, os riscos de um veículo automotor, de uma motocicleta, etc.

Assim, um produto é considerado defeituoso se for perigoso além do limite em que seria percebido pelo adquirente normal e de acordo com o conhecimento da comunidade destinatária. O defeito é considerado em relação ao parâmetro da normalidade.

O artigo 8º, confirmando o exposto, prevê medidas preventivas à proteção dos valores considerados pelo Código, estabelecendo que:

Artigo 8º:

“ Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança de consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição...”

1.4. Execução de serviços perigosos:

Artigo 65:

“ Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.

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

Parágrafo único: As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.”

O que se pune é a execução de serviços manifestamente perigosos contrariando-se as determinações das autoridades competentes.

Há casos em que existem proibições expressas da prática do serviço, mas também há hipóteses em que, embora não proibida a execução de determinado serviço, devem os executores cercar-se de cuidados recomendados em normas sanitárias ou de engenharia de segurança.

Trata-se de delito formal e perigo em abstrato, tendo por valor ou objeto jurídico a saúde e segurança de um número indeterminado de pessoas.

Também se trata de norma penal em branco, à medida que requer complementariedade pelas “determinações das autoridades competentes”, que irão dizer que especificações devem ser atendidas na execução dos serviços já por si mesmo considerados perigosos.

O parágrafo único do dispositivo analisado prevê ainda a cumulação das penas de lesão corporal e de morte, e não simples agravamento pelo fato lesivo.

Nesse caso, havendo superveniência de resultado grave, configura-se o preterdolo. O fornecedor, tendo o pleno conhecimento da nocividade do produto, mesmo assim o desempenha contrariando as normas de segurança, por isso devendo assumir os resultados lesivos que dele possam advir, mais do que presumivelmente.

1.5. Abusos na publicidade: artigos 66 a 69.

Hoje o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com demais leis esparsa, pune a publicidade/oferta enganosa e a publicidade/oferta abusiva.

As leis esparsas enumeram vários casos de publicidade enganosa, como por exemplo, no que diz respeito a lançamento de incorporações imobiliárias (artigo 65 da Lei 4.591/64), loteamentos (artigo 55 da Lei 6.766/79), e também dentro das chamadas infrações contra a economia popular (artigo 3º, VII da Lei 1.521/51).

Mas uma nova lei, de nº. 8.137/90, veio a disciplinar, além dos delitos contra a ordem econômica os crimes contra as relações de consumo, expressão muito utilizada no Código de Defesa do Consumidor.

Considera a lei, em seu artigo 7º, VII, crime contra as relações de consumo a indução do consumidor ou usuário a erro, por via de indicação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária.

O dispositivo considera o consumidor ou usuário individualmente, desde que tenha sido induzido em erro pela publicidade enganosa ou qualquer outro meio de informação ou indicação, numa correlação ao estelionato definido no Código Penal.

Comparando-se ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, é dispensável que haja o induzimento ou não do consumidor ou usuário em erro, pois em se tratando de publicidade enganosa o que se tem em conta é a potencialidade ou perigo de dano „in abstrato“ a uma coletividade de consumidores difusamente considerados. A este dispositivo se correlaciona o crime contra a economia popular, visto que a mera tentativa de obtenção de ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas já configura a infração, independentemente de sua efetiva obtenção.

Artigo 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 culposo:

Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.”

Este dispositivo se correlaciona com os artigos 30, 31 e 35 da parte material do código, a seguir transcritos:

Artigo 30:

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

Artigo 31:

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

Artigo 35:

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

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

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e perdas e danos.”

O artigo 37, em seus parágrafos primeiro, segundo e terceiro definem expressamente o que se considera publicidade enganosa ou abusiva:

Artigo 37: “ É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva:

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

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

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

Assim, fazer afirmação falsa segundo os requisitos elencados pelo artigo, independentemente do resultado prático que tal afirmação venha a acarretar, já dá ensejo à punição do responsável.

Trata-se de delito instantâneo e de perigo, dada a sua manifesta potencialidade de danos à saúde, vida, segurança e economia de um número indeterminado de receptores das mensagens veiculadas pelos mais variados meios de comunicação de massa. Não se exige um prejuízo efetivo de natureza econômica.

E é exatamente neste aspecto que a publicidade falsa ou enganosa difere do estelionato, definido no artigo 171 do Código Penal, que fala em obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo-se ou mantendo-se alguém em erro mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. A publicidade enganosa seria um dos meios fraudulentos. Enquanto o crime de estelionato, para sua consumação, exige um prejuízo efetivo de natureza econômica, a publicidade enganosa prevista na legislação consumerista se consuma pela sua simples veiculação, existindo a potencialidade do dano.

No caso de ter havido efetivo prejuízo em decorrência de publicidade falsa ou enganosa, há concurso material de delitos, já que o que se visa é a coibição primordial da fraude publicitária, que coloca em risco a harmonia das relações de consumo.

Há um acórdão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº. 41.199, Distrito Federal, 2ª Turma, tendo por relator o Ministro Luiz Gallotti, que confirma exatamente o concurso de delitos. Diz que um delito só é absorvido por outro no caso de subsidiariedade implícita, quando um tipo menos grave funciona como elementar ou qualificadora de outro. No caso isto não ocorre, pois o núcleo falsidade é diverso da obtenção de vantagem ilícita, devendo portanto ser aplicado o concurso material de delitos.

A mensagem publicitária falsa ou abusiva não exige sequer tentativa de obtenção de qualquer tipo de vantagem para sua caracterização, consumando-se pela simples veiculação por um qualquer dos meios de „mass media“, como transmissões por televisão, rádio, cinema, jornais, revistas e outros periódicos, televisão por cabo, via satélite, panfletos, bulas, instruções, manuais, etc.

O que se visa proteger não é apenas a economia popular, seriamente comprometida com inescrupulosos tipos de publicidade, mas também a própria incolumidade dos destinatários, difusamente considerados.

No que diz respeito ao elemento subjetivo do tipo do artigo 66, trata-se do dolo, ou seja, da vontade livre e consciente de fazer afirmação falsa ou enganosa, ou então de omitir informação relevante sobre a natureza, características, quantidade ou qualidade do produto ou do serviço. Sua consumação se dá pela simples veiculação, por qualquer meio de comunicação da publicidade enganosa ou falsa, ou então pela omissão de informação reputada relevante. Admite-se a tentativa, mas tão somente quando da afirmação falsa ou enganosa ou então oferta nessas circunstâncias, e não na omissão dos aspectos retro focados.

O sujeito ativo é qualquer pessoa (anunciante), geralmente o responsável pela elaboração das idéias que serão posteriormente trabalhadas, responsável pelos departamentos de publicidade e „marketing“ de uma empresa, por exemplo.

O parágrafo único do artigo 66 fala igualmente de quem patrocina a oferta. Patrocinar significa proteger, favorecer, beneficiar, ou mais especificadamente no caso da oferta entendida pelo Código de Defesa do Consumidor a atividade de todo aquele que aceita essa veiculação, sabendo ser a mensagem falsa ou enganosa.

A forma culposa do parágrafo segundo do artigo 66 relaciona-se aos deveres de colocar produtos e serviços no mercado atendendo aos anseios naturais dos potenciais consumidores, ou seja, o crime se configura em ofertá-los sem maiores cuidados para verificar se efetivamente as mensagens estão de acordo com suas reais especificações, levantamentos de „marketing“ do próprio fornecedor e instruções dos próprios técnicos quanto a riscos que apresentem. Configura-se a negligência inescusável, sem a tomada dos devidos cuidados.

Artigo 67:

“Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

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

Parágrafo único: VETADO.”

Enquanto o artigo 66 anteriormente analisado é bastante amplo e genérico, abrangendo tanto a oferta de produtos e serviços quanto a publicidade propriamente dita, o artigo 67 trata somente da publicidade.

Tem como sujeito ativo os profissionais que lidam com a veiculação ou antes até com o processo criativo de dada publicidade, entendida essa como qualquer comunicação ao público que vise chamar a atenção e promover a imagem de produtos e serviços, com vistas à sua aquisição ou contratação.

Quem deveria saber ou então sabe que determinada publicidade encomendada por certo fornecedor é enganosa ou abusiva é o profissional que produz ou projeta a publicidade em si e o responsável pelo veículo de publicidade. Por desrespeito à ética e ao preceito legal deve ser punido.

O veto apostado não trouxe uma razão contundente para a eliminação. O parágrafo único dizia que incorreria nas mesmas penas quem fizesse ou promovesse publicidade de modo a dificultar sua identificação imediata. Afirmava o veto que a norma em causa, enunciada como acréscimo não descrevia de forma clara e precisa a conduta que pretendia vedar. Asseverava ainda que o dispositivo violava o princípio da reserva legal, consagrado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal.

Mas existe um Código de Auto-Regulamentação Publicitária que, em seu artigo 18, diz que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de veiculação”. E as razões para tanto são elencadas no artigo seguinte de referido código. Por isso, sem razão foi o veto apostado, devendo ter sido admitida a disposição à época.

Artigo 68:

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

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

Parágrafo único: VETADO.”

O sujeito ativo do delito é o profissional de criação e veiculação da publicidade tendenciosa ou abusiva, dando o tipo indicações precisas no que toca à preservação da saúde e segurança do público-alvo da publicidade veiculada nessas condições.

O dolo é genérico ou eventual (deveria saber), ligado nesse caso à assunção do risco de veiculação da publicidade e à displicência em consultar os prospectos e dados técnicos da publicidade a ser veiculada.

A ação física consiste em fazer (o publicitário) e promover (aquele responsável pelo veículo de publicidade) a peça publicitária capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

É admissível a tentativa, na hipótese de pronta a peça publicitária e prestes a ser veiculada, não ocorrendo porém sua divulgação por circunstâncias alheias à vontade do agente, como por intervenção do órgão CONAR ou por medida judicial cautelar ou qualquer outra causa interruptiva do iter criminoso.

A veiculação tendenciosa ou abusiva, que é independente do resultado danoso acarretado, enseja a cumulação de penas na hipótese de dano efetivamente experimentado. Pode cumular com a intoxicação, lesão corporal ou até morte, por exemplo.

O texto vetado do parágrafo único dizia que incorreria nas mesmas penas quem fizesse ou promovesse publicidade sabendo-se incapaz de atender à demanda. Prudente foi o veto, pois a publicidade abusiva já está criminalizada no artigo 67 do Código, tratando-se de norma normativa.

Artigo 69:

“ Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.

Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.”

Busca o dispositivo dar efetividade às obrigações estabelecidas na parte material do Código de Defesa do Consumidor.

O parágrafo único do artigo 36 dispõe que:

“ O fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

Isto visa a assegurar o ajuizamento de qualquer ação, no âmbito individual ou coletivo, em caso de publicidade enganosa ou abusiva.

Trata-se ainda de corolário básico do princípio da inversão do ônus da prova, expresso no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem a patrocina.

Trata-se de delito omissivo, verificável pelo próprio núcleo do tipo, deixar de organizar dados fáticos, não se admitindo, por esse motivo e por ser um delito eminentemente formal, a tentativa.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha a obrigação de organizar e manter a guarda de tais dados fáticos, técnicos e científicos que embasam determinada publicidade, mas basicamente é o próprio fornecedor de produtos e serviços, responsável maior pela mesma veiculação, em última análise.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, ou seja, a vontade consciente dirigida à omissão contida no verbo „deixar“ de cumprir a obrigação legalmente constituída, e independente de referida omissão produzir qualquer resultado lesivo.

O sujeito passivo será o consumidor-alvo da publicidade, individual ou coletivamente considerado, dependendo em cada hipótese tratar-se de pleito individual ou coletivo, ainda que de natureza cautelar, mas também a autoridade administrativa ou judiciária competente.

1.6. Emprego de peças e componentes de reposição usados.

Artigo 70:

“Empregar na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor.

Pena: Detenção de três meses a um ano e multa”.

Referido artigo se correlaciona com o artigo 21 da parte material do Código, que dita que:

Artigo 21:

“No fornecimento de serviço que tenha por objeto a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor”.

A lei pretende que o patrimônio do consumidor não seja violado por quem, exercendo atividade comercial, usa de má-fé, entregando coisa diversa da que deveria entregar ou vender.

O delito complementa a figura da fraude no comércio, prevista no artigo 175 do Código Penal, sendo tipificada como a venda ou entrega de mercadoria falsificada ou deteriorada, como verdadeira ou perfeita, ou uma mercadoria por outra. Veja-se o que diz o artigo a respeito:

Artigo 175 do Código Penal:

“Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II – entregando uma mercadoria por outra.

Pena: detenção de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º: Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade.

Pena: reclusão de um a cinco anos e multa.

§ 2º: É aplicável o disposto no artigo 155, § 2º”.

O dolo consiste na vontade consciente do agente de vender ou entregar mercadoria falsificada, deteriorada ou diversa da que devia receber o adquirente ou consumidor.

O que se visa punir é a troca de peças usadas por outras também usadas, sem o consentimento do consumidor, com evidente prejuízo para este e ganho para o reparador. O consumidor poderia preferir um orçamento mais em conta, autorizando a utilização de peças recondiçionadas, mas a realização de tal serviço só pode ser efetuada com a anuência do consumidor.

O que não se admite é que o consumidor venha a ser enganado, pagando por peças novas quando na realidade não o são.

O sujeito ativo é qualquer prestador de serviços, e o passivo qualquer consumidor que experimente tal tipo de dano à sua economia na troca de peças e componentes no mercado prestador de serviços de reparação de bens de consumo duráveis.

O elemento subjetivo é o dolo que poderia ser chamado de dolo de aproveitamento, não sendo necessária a efetivação de prejuízo ao consumidor, pois sua simples potencialidade já delimita o tipo.

É admitida a tentativa, pois mesmo que eventualmente percebida a tempo a troca de peças ditas novas mas que na verdade são usadas, a simples verificação da intenção já configura o crime.

1.7. Meios vexatórios para cobrança de dívidas.

Artigo 71:

“Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.”

O artigo define como crime contra as relações de consumo uma prática vedada em seu artigo 42:

Artigo 42:

“ Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único: O consumidor cobrado em quantia indevida, tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

O crime previsto guarda intensa semelhança com o delito de constrangimento ilegal e com os delitos contra a honra, como calúnia, injúria e difamação, e ainda com o de exercício arbitrário das próprias razões. Porém, tem tipificação específica, tendo por objeto jurídico a liberdade, a honra e a incolumidade física do consumidor.

Trata-se de exercício irregular do direito de cobrar. O comportamento vedado é o constrangimento vil e covarde, de tipo anormal. Muitas vezes justificável é a divulgação do nome do consumidor relapso ou inadimplente contumaz, mediante protesto de títulos e inserção de seu nome no cadastro dos serviços de proteção ao crédito, constrangimento este plenamente admissível, derivado da própria lei e de praxe e costumes comerciais.

O advérbio injustificadamente tem por fim resguardar o já mencionado exercício regular do direito de cobrar, sendo punidos os abusos e exageros que ultrapassam os limites do regular exercício deste direito.

O sujeito ativo será qualquer pessoa que venha a utilizar-se de tais métodos vexatórios, sendo geralmente o próprio fornecedor de produtos e serviços, ou então os responsáveis por agências de cobranças contratadas.

O sujeito passivo é todo consumidor que tenha se sentido exposto ao ridículo ou situação vexatória, quando da cobrança de uma dívida contraída.

É crime de ação pública e independe de qualquer resultado danoso produzido à vítima.

1.8. Impedimento de acesso a banco de dados.

Artigo 72:

“ Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros.

Pena: Detenção de seis meses a um ano e multa.”

Este artigo, assim como os demais, busca a efetivação de dispositivos específicos do Código de Defesa do Consumidor, mais especificadamente o de nº. 43.

Artigo 43:

“O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º: Os cadastros e dados dos consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º: A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor quando não solicitada por ele”.

Importante é que o consumidor tenha acesso aos bancos de dados e cadastros existentes para poder se alforriar de uma inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito de dívida já quitada. Para isso a garantia de acesso às informações, para que delas possa se defender e ter conhecimento.

Trata-se de delito meramente formal, independente de qualquer resultado que possa advir em detrimento do consumidor, em seu patrimônio material ou moral. Basta para sua configuração qualquer atitude que obste o acesso a tais informações.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha a obrigação de fornecer os dados mencionados, e o sujeito passivo a pessoa que pretenda obtê-los.

Por ser delito formal ou de mera conduta, inadmissível é a tentativa, já que a remoção ou inexistência de ato impeditivo descaracteriza a conduta. Contenta-se o tipo com a simples constatação do ato impeditivo ou de obstáculo de forma a dificultar tal acesso.

1.9. Omissão na correção de dados incorretos.

Artigo 73:

“ Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata.

Pena: Detenção de um a seis meses e multa.”

Tal dispositivo é complementar ao anterior, na busca do devido amparo e defesa à pessoa do consumidor. Relaciona-se também o artigo 43 da parte material, mas mais especificamente com seus parágrafos terceiro, quarto e quinto.

Artigo 43 (...)

§ 3º: “ O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º: Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º: Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor não serão fornecidas, pelos respectivos sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

Trata o vedativo legal de conduta omissiva, no ato de deixar de corrigir dados inexatos a respeito de qualquer consumidor em bancos de dados. É delito formal de natureza instantânea com efeito permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo até que cesse a permanência nos registros, arquivos, fitas gravadas ou qualquer outro meio de armazenamento de informações.

O sujeito ativo é o arquivista ou responsável pela manutenção de referidos dados.

Cumpra ressaltar certa incoerência que traz o dispositivo legal. Enquanto o caput do artigo fala na correção „imediate” dos dados incorretos, o parágrafo terceiro prescreve o prazo de

„cinco dias úteis“ para que o responsável pelo banco de dados comunique a incorreção aos interessados. Assim se deve entender que o prazo para a correção dos dados deve se dar no prazo de cinco dias, e não „imediatamente“, expressão vaga e imprecisa.

Trata-se de delito de perigo, independente de qualquer resultado danoso. No caso de haver danos efetivos, poderão ser objetos de indenizações cabíveis.

Procura-se preservar a dignidade e o crédito do consumidor. O amparo legal ainda se correlaciona com a garantia do habeas data, previsto no artigo 5º, LXXII da Constituição Federal.

Artigo 5º da Constituição Federal:

LXXII: “ conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou de caráter público”.

A legislação consumerista entendeu que os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público, passíveis portanto da impetração de habeas data.

Caso não haja a correção de dado que ainda mantenha como pendente dívida já prescrita, caracteriza-se o delito.

1.10. Omissão na entrega de termos de garantia.

Artigo 74:

“Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo

Pena: detenção de um a seis anos ou multa.”

O tipo penal tem por fim tornar efetivo o direito previsto no artigo 50 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 50:

A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único: O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, instalação e uso de produto em linguagem didática, com ilustrações.”

O termo de garantia, geralmente conferido pelos fabricantes de produtos ou bens de consumo duráveis, tem dupla finalidade: primeiramente zelar pelo bom nome da própria empresa-fornecedora e, em segundo lugar, reparar eventuais defeitos, sabendo-se que na produção em massa alguns exemplares fabricados fatalmente apresentarão algum defeito, dentro de um certo tempo de uso, por maior que seja o controle de qualidade de que disponha.

Ainda que não obrigatório, o termo de garantia tem servido inclusive de balisamento aos tribunais, no sentido de o aceitarem como uma prorrogação do prazo prescricional, previsto pelo Código Civil em 15 (quinze) dias, com relação aos bens de consumo duráveis.

Já segundo o Código de Defesa do Consumidor, a garantia, mesmo não sendo obrigatória, constitui um complemento ao contrato e uma prova de adimplemento por parte do fornecedor.

O termo de garantia é a declaração unilateral de vontade do fornecedor, que se compromete a reparar ou mesmo trocar o bem que apresente algum defeito de fabricação ou vício oculto.

Assegura-se o patrimônio do consumidor desde logo, não sendo justo ter de arcar com as despesas de reparo de um produto novo, vez que os defeitos e vícios são perfeitamente previsíveis pelo fornecedor.

O dispositivo busca evitar que um termo de garantia tendenciosa venha a eximir o consumidor de responsabilidade, embora tenha a efetiva aparência de garantia.

É crime de perigo formal, independentemente de qualquer resultado lesivo ao consumidor. Seu sujeito ativo é em primeiro lugar o fornecedor, podendo ainda haver concurso de agente por parte do comerciante do produto que aquiesce à atitude de seu fornecedor, entregando ao consumidor termo de garantia lacunoso.

1.11. Da responsabilidade e concurso de pessoas.

Artigo 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 serviços e prestações de serviços nas condições por ele proibidas.”

A norma em questão não deixa de ser redundante, eis que repete a regra geral do concurso de pessoas previsto no Código Penal, em seu artigo 29.

Mas, além de prever a hipótese do concurso de pessoal, diz também a lei que diretores e administradores de entidades econômicas serão também responsáveis em razão de sua aprovação de atividades que redundam em prejuízo a investidores e outras pessoas interessadas, donde sua responsabilização também criminal.

No que diz respeito à aplicação da pena, tem-se em consideração o disposto no artigo 29, §§ 1º e 2º do Código Penal, a seguir transcritos.

Artigo 29 (...)

§ 1º: “ Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço

§ 2º: Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

1.12. Das circunstâncias agravantes.

Artigo 76: “ São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento

IV – quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à vítima;

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito anos ou maior de sessenta anos; ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não;

c) serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

A lei busca apenar mais gravemente não apenas pessoas em condições sócio-econômicas superiores às das vítimas de crimes contra as relações de consumo, mas também a própria condição de consumidores, diante de sua hipossuficiência e desigualdade perante o fornecedor de produtos e serviços.

O que se deve levar em conta é efetivamente a absoluta desigualdade, sobretudo de natureza econômica entre os membros da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

1.13. Da pena de multa.

Artigo 77:

“ A pena pecuniária prevista nesta Seção será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o juiz observará o disposto no artigo 60 e § 1º do Código Penal.

O Código Penal estabelece todo um sistema de aplicação da pena pecuniária, que convém ser analisado para o bom entendimento do dispositivo em questão. Deve dar-se especial atenção ao disposto no artigo 60, § 1º do Código Penal, a seguir transcrito.

Artigo 60 do Código Penal:

“Na fixação da pena de multa o juiz deve atender principalmente à situação econômica do réu. § 1º: A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

A pena pecuniária tem de se adequar à situação econômica do réu, pois, se assim não fosse, tornaria-se inócua.

O quantum da multa deverá ser fixado com base nos dias-multa, correspondente à quantidade de pena privativa de liberdade cominada para o delito. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, de acordo com a situação econômica do réu, podendo variar de um trigésimo do salário mínimo a cinco vezes esse salário. A quantidade de dias-multa poderá variar de dez a trezentos e sessenta dias-multa, e deverá ser fixada com relação à gravidade do crime.

Se houver causas de aumento de pena ou agravantes específicas, o valor de cada dia-multa poderá ser aumentado, de acordo com o estabelecido no artigo 49, § 1º do Código Penal e com a situação econômica do réu.

1.14. Outras penas.

Artigo 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, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação.

III – a prestação de serviços à comunidade.”

Prevê o Código de Defesa do Consumidor também as penas restritivas de direitos, definidas no Código Penal.

Referidas penas são autônomas, mas podem ser aplicadas também cumulativa ou alternativamente.

Os casos de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos são elencados no artigo 44 do Código Penal, a seguir transcrito.

Artigo 44 do Código Penal:

“ As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único: Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos exequíveis simultaneamente.”

Ainda a respeito da medida de aplicação de pena restritiva de direito, dispõe o artigo 45 do Código Penal:

Artigo 45 do Código Penal:

“ As penas restritivas de direitos convertem-se em privativa de liberdade pelo tempo da pena aplicada, quando:

I – sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II – ocorrer o descumprimento injustificado de restrição imposta.”

As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade. O juiz pode estabelecer a pena privativa de liberdade e em seguida substituí-la pela pena restritiva de direito. Mas, pelo Código de Defesa do Consumidor, as penas privativas de liberdade podem ser cominadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade, não somente em substituição a estas.

1.15. Da fiança.

Artigo 79:

“ O valor da fiança, nas infrações de que trata este Código, será fixado pelo juiz, ou pela autoridade que presidir o inquérito, entre 100 (cem) e 200.000 (duzentas mil) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha substituí-lo.

Parágrafo único: Se assim recomendar a situação econômica do indiciado ou réu, a fiança poderá ser:

a) reduzida até a metade de seu valor mínimo;

b) aumentada pelo juiz até vinte vezes.”

Para se livrar solto o acusado, deverá efetuar o pagamento de certa quantia em dinheiro de acordo com a sua situação econômica.

O limite para a delimitação da fiança não corresponde ao máximo de duzentas mil vezes o valor de um BTN. Isso porque a autoridade concedente sempre tem de ter em vista a situação econômica do acusado, podendo aumentá-la ou diminuí-la. O valor máximo no caso é apenas o referencial para a fixação da fiança, podendo haver o aumento de até vinte vezes em relação ao seu valor máximo.

1.16. Intervenção de assistentes de acusação e ação penal subsidiária.

Artigo 80:

“ No processo penal atinente aos crimes previstos neste Código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no artigo 82 incisos III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.”

Trata-se de ampliação do princípio da assistência de acusação previsto pelos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal, sujeitando-se, pois, aos seus mesmos requisitos. A única diferença é que são também entidades de proteção ao consumidor, públicas ou privadas, que também são legitimadas à propositura das ações coletivas.

Também se amplia a ação penal pública subsidiária quanto à legitimidade para sua propositura.

2. JURISPRUDÊNCIAS

32072506 – DIREITO CIVIL – DIREITO DO CONSUMIDOR – PRETENSÃO NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE FIXOU PENALIDADE AO FORNECEDOR EM

FACE DE PUBLICIDADE ENGANOSA – REQUISITOS ESSENCIAIS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI – I – A apresentação e oferta de um produto ou serviço, em face do que dispõe o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, "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". II – Dentre os princípios adotados pelo referido CODEX está o da transparência da fundamentação, cuja inobservância enseja a caracterização da propaganda enganosa por omissão, definida pelo artigo 37, § 3º, CDC. III – Cabe ao fornecedor provar a veracidade e não-abusividade da publicidade veiculada sob sua responsabilidade. Inversão obrigatória do ônus da prova, por força do que estabelece o art. 38 do mesmo diploma. IV – Não há que se declarar a nulidade de ato administrativo representado por auto de infração que se alicerça nos limites da Lei de Regência dos Direitos do Consumidor, mormente quando inequivocamente demonstrada nos autos a conduta penalizada. V – Recursos voluntários conhecidos e providos, para, também em face do reexame necessário, reformar a r. Sentença. Conhecer e dar provimento aos recursos voluntário e oficial. Por maioria, vencido o desembargador vogal. (TJDF – APC 20000150007912 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Wellington Medeiros – DJU 31.10.2000 – p. 22)

32072929 – DIREITO DO CONSUMIDOR – PRETENZA NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE FIXOU PENALIDADE AO FORNECEDOR EM FACE DE PUBLICIDADE ENGANOSA – REQUISITOS ESSENCIAIS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI – I – A apresentação e oferta de um produto ou serviço, em face do que dispõe o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, "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". II – Dentre os princípios adotados pelo referido CODEX está o da transparência da fundamentação, cuja inobservância enseja a caracterização da propaganda enganosa por omissão, definida pelo artigo 37, § 3º, CDC. III – Cabe ao fornecedor provar a veracidade e não-abusividade da publicidade veiculada sob sua responsabilidade. Inversão obrigatória do ônus da prova, por força do que estabelece o art. 38 do mesmo diploma. IV – Não há que se declarar a nulidade de ato administrativo representado por auto de infração que se alicerça nos limites da Lei de Regência dos Direitos do Consumidor, mormente quando inequivocamente demonstrada nos autos a conduta penalizada. V – Recursos voluntários conhecidos e providos, para, também em face do reexame necessário, reformar a r. Sentença. Conhecer e dar provimento aos recursos voluntário e oficial. Por maioria, vencido o desembargador vogal. (TJDF – APC 20000150008114 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Wellington Medeiros – DJU 31.10.2000 – p. 23)

17019610 – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – RESCISÃO DO CONTRATO – RESTITUIÇÃO DE PARCELAS – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO – UNIDADE IMOBILIÁRIA – DÚVIDA – REGISTRO DE ESCRITURA – REGISTRO DE IMÓVEIS – IMPOSSIBILIDADE – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CORRETOR DE IMÓVEIS – PROPAGANDA ENGANOSA – COMPROVAÇÃO – SENTENÇA CONFIRMADA – "Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Ação ordinária visando a rescisão do contrato, cumulada com pedido de devolução de todas as quantias pagas em dobro. Sentença que julgou, em conjunto, dois procedimentos distintos: rescisão de compra e venda formulada pelos promitentes compradores, fundamentada na diversidade da unidade prometida vender, em face do descrito

no memorial de incorporação, e, pela incorporadora, com pedido reconvenicional, alegando inadimplência dos compromissários. Imóvel anunciado e prometido vender com descrição diversa da constante do memorial de incorporação. Compromisso levado a registro que originou Dúvida julgada procedente. Título irregistrável do qual configuraram-se obrigações inexigíveis. Rescisão contratual formulada que se acolhe, em razão do não atendimento à notificação premonitória efetivada pelos promitentes compradores. Argüição de publicidade enganosa do Incorporador e da Corretora, ao anunciarem a construção e venda de casas geminadas, triplex, posto que o memorial de incorporação refere-se a apartamentos. Defesa do Incorporador na qual se argumenta lapso do Cartório de Notas, visto que veio a constar a expressão "unidade 01, do bloco II", quando deveria constar apartamento 101, bloco II. Defesa da Corretora sustentando ser mera intermediária no negócio, a quem não se pode imputar responsabilidade pelas cláusulas contratuais. Quanto à alegada publicidade dita enganosa, sustenta que esta incumbe à responsável pelo empreendimento. Inconsistência das argumentações despendidas, tanto pela Incorporadora, quanto pela Corretora, ante a descrição das unidades no memorial de incorporação. Restou devidamente comprovado que a procedência da Dúvida teve como conseqüência imediata a irregularidade do instrumento de promessa de compra e venda. O imóvel prometido vender é diverso do descrito no memorial de incorporação, gerando, daí, a irregularidade do título, bem como a publicidade enganosa. O vício do produto ou do serviço é flagrante e restou devidamente comprovado, seja com a Dúvida Registral, seja com o exame de propaganda do empreendimento trazido aos autos. Sentença que se mantém, também quanto aos dois outros procedimentos, uma vez que o acordo firmado gera conseqüências sobre a pretensão trazida a Juízo pela empresa, segunda apelante, da mesma forma que inviabiliza o pedido reconvenicional. Recursos negados. (CLG)" (TJRJ – AC 15294/1999 – (11102000) – 18ª C.Cív. – Rel. Des. Binato de Castro – J. 29.08.2000)

39022327 – INDENIZAÇÃO – ENTIDADE DE ENSINO – RECUSA NO OFERECIMENTO DE CURSO PREVIAMENTE CONTRATADO – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – PUBLICIDADE ENGANOSA – MÁCULA AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – A publicidade formulada pelo Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda., ora parte apelante, com intuito de atrair o maior número possível de candidatos para o seu vestibular, pode ser qualificada de enganosa, na medida em que os encartes publicitários do vestibular omitiram uma informação relevante para os candidatos, qual seja, que o curso oferecido não seria de tradutor e intérprete, mas apenas de tradutor. A atitude do Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda., em não oferecer o curso de intérprete, violou o princípio consumerista da confiança, principalmente, se for levado em conta que todo encarte publicitário afirmava que o curso oferecido seria de tradutor e intérprete. Acrescente-se a isso, o fato de que os referidos encartes qualificavam a apelante como uma instituição de ensino séria e bastante preocupada em dar uma excelente formação aos seus alunos, o que, in casu, lamentavelmente, não se mostrou verdadeiro. DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA ANÁLISE ECONÔMICA COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO DANO MORAL – REPRESSÃO EFICIENTE À PRÁTICA ABUSIVA (PUBLICIDADE ENGANOSA) QUE MACULOU OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA E O MERCADO DE CONSUMO NO ESTADO DE MINAS GERAIS – INTELIGÊNCIA DO ART. 170, INCISO V, DA CF E ART. 4º, INCISO VIII E 6º, INCISO VI DA LEI Nº 8.078/90 – Nos casos envolvendo relação de consumo a reparação por dano moral assume uma finalidade bastante importante, qual seja, coibir e reprimir de modo eficiente todos os abusos praticados no mercado que possam causar prejuízos aos consumidores. A conduta do Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda, de valer-se de

publicidade enganosa para atrair o maior número possível de candidatos para o seu concurso de vestibular e para o seu curso de tradutor e intérprete, é gravíssima, pois violadora dos princípios da confiança e da boa-fé que devem nortear o mercado de consumo brasileiro. V.V.: A reprimenda, neste caso, deve ser proporcional ao prejuízo causado ao mercado de consumo de Minas Gerais, já que o vestibular da apelante tem alcance estadual. Por outro lado, deve também ser proporcional ao proveito econômico auferido pela apelante. Empregando-se o princípio da análise econômica, importante princípio de Direito Econômico, dá para mensurar que a apelante obteve uma vantagem econômica alta, já que o número de alunos lesados foi bastante considerável (cinquenta e cinco) e o pagamento das mensalidades do curso se estendeu por longos 4 anos. Destarte, se o Poder Judiciário quiser realmente exercer a sua função constitucional de tutelar o mercado de consumo brasileiro deve, em casos como o ora retratado, adotar postura corajosa e enérgica, abandonando, assim, a estipulação de valores módicos para as indenizações. Desse modo, considerando que o valor estipulado pelo douto juiz a quo (sessenta mil reais) é adequado para coibir e reprimir de modo eficiente o abuso (publicidade enganosa) praticado pela apelante no mercado de consumo de Minas Gerais, não há motivo para a redução da reparação por dano moral. (TAMG – Ap 0298792-6 – (29594) – 4ª C.Cív. – Relª. Juíza Maria Elza – J. 29.03.2000)

34021706 – CAMPANHA PROMOCIONAL – SORTEIO DE PRÊMIO – CARTELA DEFEITUOSA – INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÕES – CULPA DOS FORNECEDORES – PRÊMIO DEVIDO – DENUNCIAÇÃO À LIDE – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA – AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL – A omissão de informação relevante em torno de regras que compõem campanha promocional denota publicidade enganosa, impondo-se o pagamento do prêmio ao consumidor que, induzido a erro, é levado a pensar que logrou preencher os requisitos exigidos para tal fim. – Não há relação de direito material entre o autor da ação principal e o denunciado à lide, o qual, por isso, não pode ser condenado a pagar, solidariamente com o réu denunciante, o valor fixado na condenação. (TAMG – AC 0307699-1 – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Silas Vieira – J. 20.06.2000)

17016638 – DIREITO DO CONSUMIDOR – PUBLICIDADE EM LISTA TELEFÔNICA – CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – PROPAGANDA ENGANOSA – VÍCIO DE VONTADE – ANULAÇÃO DO CONTRATO – Lista telefônica. Contrato de publicação. Meio enganoso. Invalidez do negócio. Provado que a anunciante só contratou porque foi convencida de que os números de suas linhas telefônicas seriam mudados, fato este que não ocorreu, anula-se o negócio por ter havido distorção no processo decisório. Nas relações de consumo, regidas pelos princípios da transparência, confiança e boa-fé, não há lugar para expediente astucioso destinado à obtenção de proveito econômico. Desprovemento do recurso. (LCR) (TJRJ – EI-AC 447/1999 – (23022000) – I C.G.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 24.11.1999)

17014873 – PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA – PROPAGANDA ENGANOSA – VIOLAÇÃO DE NORMA LEGAL – ART. 31 – ART. 36 – ART. 37 – PARÁGRAFO ÚNICO – LEI Nº 8.078, DE 1990 (VIDE: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – DANO MORAL – ARBITRAMENTO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – Publicidade enganosa. Oferta de ingressos de cinema. Redação do anúncio. Compreensão difícil. Constrangimento do consumidor. Violação dos arts. 31, 36 e 37 parágrafo único da Lei nº 8.078. Dano moral. Arbitramento. I – É enganosa a publicidade veiculada em jornal que, pela apresentação gráfica do anúncio, enseja ao consumidor menos atento acreditar que a simples apresentação daquele “vale-ingresso” permite assistir a sessão de cinema gratuitamente. II – A situação de constrangimento que a negativa de aceitação do “vale-ingresso”, na porta da sala de espetáculos, dá ao consumidor logrado o direito de reparação. As chacotas, ditos chistosos

e risotas, ainda que não tenham vindo dos prepostos da ré, foram gerados por eles ao recusarem o cumprimento à oferta feita no jornal. III – A indenização deve ser arbitrada de maneira moderada, considerando-se as peculiaridades dos envolvidos, porém não pode ser exígua a ponto de seu valor não servir de reprimenda aos infratores da Lei nº 8.078. Daí porque se impõe a majoração da condenação de 05 para 50 salários-mínimos para cada uma das autoras. IV – Apelação das consumidoras provida em parte, improvendo-se os recursos das res. (TJRJ – AC 2.748/1999 – (Ac. 23061999) – 17ª C.Cív. – Rel. Des. Bernardo Garcez – J. 05.05.1999)

700054 – JCF.5.LXXIII JCF.37.1 AÇÃO POPULAR – ART. 5º, LXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C O ART. 1º E SEQUINTE DA LEI 4.717/65 – PROPAGANDA DAS OBRAS REALIZADAS – PUBLICIDADE ROTULADA DE ILEGAL E ABUSIVA – POSSÍVEL USO DO ERÁRIO PÚBLICO COM OBJETIVO DE FUTURA CANDIDATURA ELEITORAL – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DO ATO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO EX OFFICIO – SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME – INTELIGÊNCIA DO ART. 19 DA LEI DE REGÊNCIA DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL E ART. 37, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – (01) Ação Popular. Improcedência. Necessidade de recurso de Ofício. Quando a sentença proferida na ação popular constitucional é contrária ao pedido do autor, mesmo ausente o recurso voluntário só se pode falar em decisão transitada em julgado após o reexame da sentença pelo Tribunal, eis que o art. 19 da Lei de Regência da Ação Popular determina que se o juiz concluir pela improcedência do pedido ou pela carência da ação, recorrerá de ofício. (02) Ação popular. Improcedência. Inexistência de provas de lesividade ao patrimônio. Confirma-se integralmente a decisão prolatada na ação popular constitucional – que julgou improcedente o pedido vestibular – se nos autos restou demonstrado que o ato atacado não produziu qualquer lesividade ao patrimônio público. (03) Publicidade. Limites legais. Caráter meramente informativo sem promoção pessoal. Admissibilidade (§ 1º do Art. 37 do C.F.). Os atos publicitários hostilizados, revelando os programas, as obras, os serviços e as campanhas dos órgãos públicos, podem ser objeto de divulgação, desde que a publicidade tenha natureza educativa, informativa ou de orientação social e da propaganda não conste elementos que caracterizem, concretamente, promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (TJPR – REO 46692-4 – Ac. 12.754 -- 1ª C.C. – J. 18.06.1996).