

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

Com o acelerado desenvolvimento da tecnologia, nas últimas décadas a economia nos países ocidentais atingiu expressivo dinamismo, acarretando marcantes transformações em diversos aspectos da vida social e no meio negocial.

No mundo negocial consideráveis capitais foram aplicados em grandes empreendimentos industriais, comerciais e em prestação de serviços e influência de grandes empresas têm alcançado pessoas de diversos países e continentes, ocasionando marcantes mudanças no comportamento dos consumidores.

Diante dessa dinâmica, produtos diferentes das mais diversas origens, muitas vezes para atender um único fim são colocados no mercado de consumo, deixando o público consumidor em dúvida, sem saber como escolher aquele que melhor vai atender suas necessidades.

No cenário nacional, já na época do Brasil Império, se falava em tutelar os direitos do consumidor, apesar da simplicidade da economia da época; naquele momento a fonte de inspiração era o Código Civil Francês, vigente no século XIX. A idéia era formular um regime contratual baseado no contato direto entre produtor e comprador, onde ambos teriam os mesmos direitos, não se preocupando em adicionar regras que viessem atender situações específicas, que pudessem vir a surgir dessas relações.

No entanto, só em 1934 essa idéia de tutelar os direitos do consumidor atinge *status* de matéria constitucional. Vale citar alguns dispositivos legais sobre este assunto, como por exemplo o Decreto Lei n.º 9.840 de setembro de 1946, que continha a consolidação das infrações contra economia popular; mais adiante a Lei n.º 1.521 de dezembro de 1951 que

alterou dispositivos do Decreto citado; a Lei n.º 4.137 de setembro de 1962, que tratava da repressão ao abuso do poder econômico; a Lei n.º 5.768 de dezembro de 1971, que cuidava da regulamentação da distribuição gratuita de prêmios através de sorteio, vale brinde, em concurso a título de propaganda.

Conforme falávamos anteriormente, o ritmo da economia tomou tal desenvoltura que as relações no mercado de consumo se intensificaram demasiadamente, mudando hábitos, comportamentos e trazendo algumas conseqüências nas relações entre os indivíduos, que, de quando em vez, encontravam algumas dificuldades nos relacionamentos cotidianos como consumidores. Sem dúvida, havia um desequilíbrio que trazia prejuízos ao consumidor, pólo mais vulnerável desta relação de consumo.

Havia uma grande necessidade da sociedade brasileira que já preocupava os juristas entendidos da matéria no sentido de uma legislação específica que atendesse ao momento social existente, foi então que a Constituição Federal de 1988 trouxe norma autorizativa para a criação de lei específica em tutelar os direitos dos consumidores, nos seus arts. 5º, XXXII e 170, V.

Então, em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8078, que somente entrou em vigor seis meses após. Esta lei foi um marco no meio jurídico nacional, considerada por algumas ilustres figuras de destaque como uma das legislações mais modernas do mundo. Em seu âmbito, define com clareza as figuras do consumidor e do fornecedor, e inovando cria aquele chamado consumidor por equiparação, que se traduz naquele que mesmo sem participar diretamente da relação de consumo é considerado como tal, quando se torna de alguma forma vítima do evento.

No sistema protetivo lá disposto, estabelece que o fornecedor não é obrigado a anunciar seu produto ou seu serviço, mas se o fizer deve prestar a correta informação, a fim de que o consumidor adquira um adequado discernimento quanto ao produto ou serviço de forma

fácil e imediata. Dessa forma, quando determinado produto ou serviço estiver exposto no mercado de consumo deve trazer todas as suas características amplamente especificadas, para evitar ofensas à saúde do consumidor ou de terceiros, como também aquelas hipóteses de desastres ocasionados pela má utilização.

Atualmente, principalmente através da mídia eletrônica, as empresas ao exercer seu papel de comunicação projetando seus produtos ou serviços despertam conseqüentemente o interesse da sociedade que adere às mensagens, gerando assim sucessivos impulsos de compras, sem dúvida criando novos hábitos, como por exemplo essa mania dos *Shoppings*, que se expandiu consideravelmente nos últimos anos, aumentando assim o contingente consumidor da população.

Diariamente os consumidores encontram-se atraídos por diferentes produtos, das mais diversas marcas e origens, e muitas vezes não sabem proceder a escolha racional do bem, pois não conhecem a essência do produto, seu contexto, além disso na maioria dos casos não podem ter contato direto com o contratante, também não têm como discutir condições para aquisição daquele produto ou serviço, pois tudo encontra-se previamente estabelecido pelo fornecedor; ficam então em posição de desvantagem.

Por ser o consumidor figura mais frágil nas relações consumeristas, fica evidente a importância da publicidade no sentido de informar, apresentar, especificar, esclarecer e educar. Ressalta-se que a massificação do consumo na atualidade desencadeou o distanciamento da informação suficiente, haja vista a concepção, fabricação, uso e utilização dos produtos e serviços atingirem elevados níveis de complexidade, desenvolvimento científico e tecnológico, sendo difícil ou até mesmo impossível para aquele consumidor típico a que se destina ter domínio do conhecimento.

Entende-se que o dever de informar está relacionado a todos que participam do lançamento de determinado produto ou serviço a partir da sua origem, gerando uma espécie

de solidariedade, instrumento fundamental na proteção da sociedade, pois assim não se terá de identificar entre os integrantes da cadeia de consumo (produtor, fabricante, importador, comerciante ou prestador de serviço), quem foi o responsável pela informação. Nesse aspecto, tem-se perspectivas que o Direito avance no sentido de tornar o dever de informar a base eficaz do sistema protetivo. Contudo, publicidade não é apenas informação, consiste também em persuasão.

A publicidade utiliza principalmente os meios de comunicação social, podendo estar contida em mensagens diretamente dirigidas ao público consumidor através de mala direta, pela Internet ou nos próprios produtos.

Antes do Código de Defesa do Consumidor, publicidade não gerava conseqüências jurídicas a quem dela se utilizava, entendia-se que era o preço a se suportar pela sociedade em prol do desenvolvimento das atividades econômicas, evidenciando dessa forma o princípio da livre iniciativa.

Com o surgimento dessa legislação a proteção ao consumidor tem início antes até de ser realizada a relação jurídica de consumo. É que o legislador reconheceu não se restringir ao contrato este liame, surge igualmente através de técnicas de estipulação do consumo, onde destaca-se como mais importante a publicidade que recebeu especial atenção.

Evidentemente não podia o legislador deixar de dar importância a esse fenômeno que causa tamanho impacto na vida das pessoas, não esquecendo do poder de persuasão que tem. No Brasil, recursos de grande porte são empregados na indústria da publicidade, daí ser extremamente importante esse controle em defesa da sociedade.

Convém aqui esclarecer que apesar de serem usados indistintivamente no cotidiano os termos publicidade e propaganda não se confundem. A publicidade é sempre de natureza comercial, enquanto a propaganda tem natureza ideológica e não comercial.

Para o exercício do direito fundamental à informação conforme dita nossa Lei Maior, no âmbito do Direito do Consumidor dois aspectos da publicidade são analisados: no primeiro, a publicidade deve preencher os requisitos da adequação, suficiência, imediatividade e veracidade, para ser considerada lícita (art. 36, CDC); no segundo, a publicidade ultrapassa limites positivos e negativos estabelecidos pela lei na defesa do consumidor e aí torna-se ilícita.

A publicidade ilícita é enganosa quando divulga características que não correspondem ao produto ou serviço, e assim induzem o consumidor a erro. Também se considera enganosa aquela publicidade na qual o anunciante omite dados relevantes sobre o produto ou serviço, que se fosse do conhecimento do consumidor certamente não compraria aquele produto ou não se utilizaria daquele serviço, ou então pagaria um preço bem menor quando o fornecedor afirma algo que não é, logo atribui ao produto ou ao serviço mais do que realmente possui, também estamos tratando de publicidade enganosa.

Já a publicidade abusiva é aquela que discrimina pessoas e grupos sociais ou agride valores morais, ambientais ou induz o consumidor em se comportar de forma prejudicial à sua própria saúde e segurança.

A publicidade enganosa provoca uma distorção na capacidade decisória do consumidor, que se melhor informado, não adquiriria o que foi anunciado, para que esta se configure não é necessária a intenção do anunciante em enganar, bastando apenas a veiculação do anúncio enganoso.

Verifica-se que o princípio básico do legislador ao formular os arts. 36, 37 e parágrafos do CDC é o da veracidade das mensagens publicitárias e suas transgressões a essa matéria, que serão o enfoque principal do trabalho que aqui se origina.

1.2 Questões norteadoras

Expõe-se, abaixo, as questões que nortearão a pesquisa aqui proposta:

- a) o que é a publicidade e como se caracteriza no Código de Defesa do Consumidor?
- b) o que é a publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor? Quais seus tipos?
- c) quais os princípios que regem a matéria da publicidade no Código de Defesa do Consumidor?
- d) quais as conseqüências civis para quem patrocina uma publicidade enganosa?

1.3 Objetivos da pesquisa

1.3.1 Objetivos gerais

Tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor nas relações consumeristas, pretende-se analisar a eficácia do Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à aplicabilidade das sanções impostas àqueles que praticam a publicidade enganosa.

1.3.2 Objetivos específicos

- a) levantar informações sobre as práticas mais comuns nas relações de consumo, quanto a questão da publicidade enganosa, com vistas à responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou do prestador de serviços;

- b) identificar situações na prática publicitária que são tipificadas como crimes no Código de Defesa do Consumidor;
- c) identificar na doutrina e jurisprudência as formas que podem se apresentar a publicidade enganosa e como se colocam os juristas que cuidam do tema e também o posicionamento em nossos tribunais;
- d) discutir o tratamento doutrinário e jurisprudencial dedicados ao disciplinamento civil e penal da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor;

1.4 Justificativa

A questão da publicidade enganosa nas relações de consumo é de grande relevância atualmente, haja vista as dificuldades que tem o consumidor muitas vezes, para discernir que produto ou serviço será mais adequado para satisfazer suas necessidades pela infinidade de ofertas que encontra a seu dispor.

Dessa forma, o projeto de pesquisa encontra justificativa pela possibilidade de contribuir em termos concretos, orientando os estudantes de Direito, os operadores do Direito, consumidores em geral e fornecedores de produtos ou de serviços na análise e visualização da publicidade enganosa. Da mesma forma, alerta para os avanços que dizem respeito à defesa dos consumidores que encontram-se expostos permanentemente à publicidade de produtos e serviços nos mais diversos meios de comunicação.

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

2.1 Conceito de publicidade

Nos dias atuais, é de extrema importância a publicidade, pois sem ela não haveria sociedade de consumo. Através da publicidade, as pessoas são impelidas ao consumo e sofrem sua ação, direta ou subliminarmente, atraídas pela esteticidade de formas com que se apresentam os produtos (rótulos, embalagens, invólucros, prospectos e outros elementos). Em face de sua importância surgiu a necessidade deste fenômeno ser submetido a controle legal, direcionando a proteção do consumidor, ente mais vulnerável da relação jurídica de consumo (BITTAR, 2002, p. 49).

O Código de Defesa do Consumidor não cuidou de definir expressamente o que é publicidade, mas pode-se afirmar que a publicidade de que trata o Código de Defesa do Consumidor não é a publicidade formal exigida para um efeito *erga omnes*, e sim, é uma publicidade divulgadora de fato, serviço, idéia ou produto de determinado fornecedor, que proporcione alguma repercussão no meio econômico-social.

Apesar do Código não ter se preocupado em definir o que é a publicidade, é possível um conceito mais amplo que se traduz, segundo Benjamin (2003, p. 131):

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.

Algo que também merece esclarecimento é 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 idéias, como é o caso

da Propaganda política como também da propaganda religiosa, esta última muito utilizada atualmente pelos meios de comunicação de massa. Sendo assim, a propaganda visa um fim ideológico, religioso, político, filosófico e social. A pedra de toque para estabelecer a diferença entre a publicidade e a propaganda, parece estar na intenção de se alcançar lucro da primeira, logo dá a idéia de algum benefício econômico (BENJAMIN, 2001, p. 270).

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*, enfim, com um conjunto de sentimentos e sentidos que estão presentes no homem da atualidade. Conforme salienta Benjamin (2001, p. 30-31): “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 demanda (PASQUALOTTO, 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.

O homem moderno, nas suas escolhas com alimentação, vestuário, lazer, se baseia em padrões puramente especulativos, pois é influenciado por modismos que visam em sua

essência mais profunda a manutenção do consumo desenfreado, e para isso, as técnicas publicitárias, buscam criar desejos nos consumidores e não apenas responder às suas necessidades.

Pelo fato da publicidade utilizar técnicas que estimula o livre arbítrio do indivíduo, o risco que envolve é extremamente perigoso, e não poderia ser descuidado pelo legislador. Com efeito, a publicidade, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, não se submetia a qualquer regulamentação legal, tinha apenas o Conselho de Auto-regulamentação Publicitária, que carecia de autoridade para impor suas decisões. Segundo o Código Brasileiro de auto-regulamentação Publicitária, a publicidade comercial pode ser definida como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover, instituições, conceitos ou idéias, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o *merchandising*.” (CARVALHO, 2001, p. 121-122). Observa-se que a precisão e o caráter técnico deste não foram suficientes para impedir, isoladamente, inúmeros abusos praticados contra os interesses dos consumidores (BENJAMIN, 2003, p. 275).

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 obedeçam 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 objeto de aproximação entre fornecedor e consumidor (BITTAR, 2002, p. 49).

Ressalta-se que não há nenhuma norma que obrigue o fornecedor a anunciar seus produtos e serviços, porém se o fizer tem o dever de informar de modo adequado, suficiente e veraz, pois a obrigação decorre da atividade que exerce, só que esta incumbência não é

necessário que seja através de mensagens publicitárias. Sobre o tema afirma Benjamin (2003, p. 263):

A publicidade, então, por esse prisma, em não sendo um dever, é direito, só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria, não sanciona a carência de publicidade mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação.

2.2 Publicidade enganosa

A publicidade enganosa está expressa no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor em seus parágrafos 1º e 3º, assim dispondo:

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

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

O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, conceituou a publicidade enganosa de maneira larga, onde o fundamento de sua proibição é o reconhecimento de que o consumidor tem um direito de ordem pública em não ser enganado; demonstrou ele colossal antipatia pela publicidade enganosa, que afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Segundo Benjamin (2003, p. 287-288), “provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-os a adquirir produtos e serviços que, se estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.”

No § 1º do art. 37 do Código, encontramos a figura da publicidade enganosa por comissão que se traduz numa afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre o produto ou serviço, logo o fornecedor diz que o produto ou o serviço tem atributos que não possui, e em consequência acaba maculando a declaração de vontade do consumidor. Ressalta-se a opinião de Saad (1999, p. 337):

O § 1º do Art. 37 dá-nos o perfil identificador da publicidade enganosa. Quando transmite informações falsas sobre o produto ou serviço, ou omite dados sobre a verdadeira natureza de um e de outro, temos caracterizada a publicidade

enganosa. Enganosa porque induz o consumidor em erro. Não se materializaria a aquisição da mercadoria se o comprador recebesse sobre elas informações precisas.

Nota-se que na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir em erro o consumidor quando ele diz algo que não é, ou seja, ele atribui ao produto ou serviço características que não correspondem a realidade, com intuito exclusivo de vender.

Segundo Coelho (1994, p. 77):

Não é a simples veiculação de informações total ou parcialmente falsas que configura a ilicitude da enganosidade. A presença no anúncio de informações não confirmadas pela experiência dos espectadores não é fator suficiente para a caracterização de publicidade enganosa. É necessário, ainda, que os dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro.

A enganosidade por comissão se revela por uma afirmação inteira ou parcialmente falsa sobre produto ou serviço, que se traduz em macular a declaração de vontade do consumidor. No primeiro caso, as informações em seu conjunto são realmente falsas, no segundo as informações falsas e verdadeiras convivem a um só tempo, o que não exclui com isso a caracterização como publicidade enganosa (BENJAMIN, 2003, p. 289-290). Assim podemos citar, o anúncio de pacote de Hotel cinco estrelas que, na realidade não tem essa classificação, ou a promessa de suíte individual com frigobar, televisão, etc., quando não são verdadeiras essas instalações. Se o consumidor adquire o referido pacote, atraído pelas condições oferecidas no contrato, na proposta ou no anúncio, e se depara com outra realidade de padrão inferior, está diante da figura da publicidade enganosa por comissão.

No § 3º do Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor temos a figura da publicidade enganosa por omissão, nesta o anunciante deixa de informar algo relevante quanto ao produto ou serviço, logo omite dados essenciais, deixa de dizer algo que certamente se o consumidor tivesse conhecimento, não adquiriria aquela mercadoria, logo deixa de dizer algo que é. Então, na publicidade enganosa por omissão, o fornecedor retém uma informação importante, deixa de dizer algo que é, com isso engana o consumidor. Acentua Pasqualotto (1997, p. 118-119): Mesmo sendo verdadeira uma comunicação publicitária pode ser falsa, inteira ou

parcialmente. A situação é freqüente quando há omissão de algum dado necessário ao conhecimento do consumidor, provavelmente determinante da compra.

Para se caracterizar a publicidade enganosa por omissão, é só ser retirado da mensagem publicitária dado essencial, que é aquele dado, que se for do conhecimento do consumidor, tem a capacidade de fazer com que este não efetue aquela determinada compra. Segundo Jacobina (1996, p. 94): “dado essencial é aquele que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.” Constituem dados que podem ser relevantes na decisão do consumidor, a dificuldade de serviço após a venda para o produto, os riscos, o custo elevado de peças de reposição, etc.

O Código de Defesa do Consumidor, objetivando reequilibrar a situação daquele que encontra-se mais vulnerável na relação jurídica de consumo, se preocupou com a tutela da boa-fé e da livre expressão do direito de contratar. Uma falsa publicidade origina expectativas irreais para os adquirentes de produtos e serviços, tudo isso decorrente de uma informação equivocada sobre as características, preço, quantidade, qualidade e outros dados importantes sobre determinado bem de consumo.

O que torna mais grave a publicidade enganosa é o fato de que, se o consumidor tivesse conhecimento de que a mensagem publicitária era falsa, com certeza não teria adquirido aquela mercadoria, e tudo isso representa uma violência à própria autonomia da vontade, pois foi a mensagem viciada que ocasionou aquele comportamento.

2.3 Princípios da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

A publicidade exerce significativa influência sobre os componentes psicológico e emocional das pessoas, e tudo o que interesse ao homem conclama o manto normativo do direito, daí a razão da matéria ter sido regulamentada pelo CDC.

Nota-se que a publicidade além de meio de indução ao consumo, também deverá atuar 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.

2.3.1. 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*. Um bom exemplo de comunicação subliminar é o uso constante de determinada marca de carros em uma novela, ou ainda, as aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão, filme cinematográfico, jogos de futebol televisionados, etc.

Pasqualotto (1997, p. 85) 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.”

2.3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade

Tal princípio decorre da inteligência do art. 30 do CDC: “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.”

Nota-se com tal princípio que o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária. A publicidade é um verdadeiro negócio jurídico unilateral, na medida que obriga o fornecedor a cumprir com a promessa desde a sua difusão (BENJAMIN, 2003, p. 279).

2.3.3. Princípio da veracidade da publicidade

Aqui, (art. 37, §§ 1º e 3º), o legislador preocupou-se em coibir as publicidades enganosas, que podem ser apresentadas de duas formas: por comissão ou por omissão. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma alguma coisa capaz de induzir o consumidor a erro, dizendo alguma coisa que não é verdadeira. Na forma omissiva o patrocinador deixa de afirmar o que é relevante, também induzindo o consumidor a erro.

Verifica-se que é um dos mais importantes princípios da publicidade.

2.3.4. Princípio da inversão do ônus da prova

Tal princípio, configurado no artigo 38 do CDC é básico para facilitação da defesa do consumidor em juízo, cabendo ao fornecedor demonstrar que sua publicidade foi veiculada dentro da legalidade. Tal princípio decorre da veracidade e da não abusividade, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Acentua Bittar (2002, p. 51):

Trata-se, pois, de ação tendente a instruir, ilegitimamente, o consumidor, a respeito de bens ou serviços oferecidos, condicionando o seu comportamento para a respectiva aquisição ou fruição; daí por que se desloca para o patrocinador o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou da comunicação publicitária.

2.3.5. Princípio da transparência máxima e da fundamentação

Trata-se de verdadeiro dever, anexo ao princípio da boa-fé como norma de conduta, pois a publicidade constitui-se em verdadeira oferta (princípio da vinculação contratual da publicidade), e vem expresso no art. 31, do CDC:

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

A ausência de informação essencial será sempre interpretada contra o fornecedor, pois é este que tem o dever legal de informar de modo preciso, claro, ostensivo e em língua portuguesa.

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.

2.3.6. Princípio da correção do desvio publicitário

Ocorrido o desvio publicitário, além da sua reparação civil, e repressão administrativa e penal, necessário que seja desfeito o seu impacto sobre os consumidores, o que se faz através da contrapropaganda, *sic*, (melhor seria contrapublicidade), acolhida pelo Código em seu art. 56, XII.

Esclareça-se que a contrapropaganda nada mais é do que veiculação de outra publicidade para sanar os malefícios da publicidade originária. Essa nova publicidade será divulgada no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características no que se refere, à duração, espaço, local e horário. Tal publicidade é obrigatória, tendo como

objetivo apagar a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando dessa forma, a realidade dos fatos.

Vislumbra-se pelo exposto, que toda a informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio, com respeito a bens e serviços oferecidos obriga o fornecedor, que a faz veicular, ou dela se utiliza, integrar a relação de consumo.

2.4 A publicidade enganosa e a repercussão no âmbito da responsabilidade civil

A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, nunca deixando de respeitar os princípios básicos que guiam as relações entre os fornecedores e consumidores, principalmente o da boa-fé. Assim sendo, as relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor (MARQUES, 1999, p. 346).

A economia existente atualmente, em consequência do desenvolvimento tecnológico e das comunicações se caracteriza por um distanciamento entre as fontes de produção e os consumidores finais, fazendo muitas vezes que os contratos firmados nas relações massificadas de consumo não reflitam uma situação equilibrada entre as partes, pois, de um lado, se situam grandes empresas multinacionais ou nacionais, enquanto do outro, o público consumidor em geral, de variadas culturas, costumes, classes sociais, que então ficam submetidos a riscos dos mais variados, quanto a aspectos essenciais de sua existência, tanto de sua personalidade como de seu patrimônio.

Diante dessas ponderações básicas que foram abordadas, chegou-se então a um regime próprio de responsabilização para o produtor, fundado na teoria objetiva da responsabilidade civil, sob a consideração de que na relação jurídica entre fornecedor e consumidor, deve aquele responder por vícios ou defeitos dos produtos ou serviços, independentemente da

existência de relacionamento direto e de culpa em sua fundamentação. Permitiu-se assim ao consumidor atingido por fato relacionado ao produto ou serviço que fora adquirido, a obtenção da devida reparação, não necessitando comprovar no caso concreto o respectivo direito, reduzida sua ação à simples demonstração do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido. Desse modo, o fornecedor apenas se exonera do dever de reparar o dano se provar, em síntese, ausência de nexo causal (BITTAR, 2002, p. 169-171).

No que tange à publicidade, nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, a obrigação de informar o consumidor não implica na exigência de que a norma seja cumprida através de mensagens publicitárias, sendo assim, não estando o fornecedor obrigado a tal prática, a utilização do veículo publicitário correrá, conseqüentemente, por conta e risco do anunciante, já que a ausência de publicidade não implica em qualquer sanção ao fornecedor (MALDONADO, 2001)

Levando-se em conta, que a publicidade não é apenas uma oferta explícita de produtos ou serviços no mercado de consumo, ela compreende uma ação estratégica dos agentes econômicos sobre o mercado, onde num contexto global a empresa objetiva obter lucro; se determinada empresa resolve utilizar a publicidade para vender mais seu produto deve esta observar as normas estabelecidas no código de defesa do consumidor, sob pena de vir a responder civilmente, caso ao veicular seu anúncio tenha descumprido algum princípio básico da publicidade, que tenha transformado aquele anúncio em publicidade ilícita.

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.

Na responsabilidade objetiva, a obrigação de reparar o dano origina-se da presença dos pressupostos: ato ou fato, dano e nexo causal, a obrigação de indenizar não decorre da

presunção de culpa, pois a culpa sempre importa numa avaliação de conduta, ingressando-se na subjetividade do causador do dano.

Em se tratando da publicidade, aqui o anunciante responde objetivamente pelos danos que vier a causar, sendo que na publicidade enganosa os danos geralmente são materiais. Sendo assim, a indução em erro pelo consumidor que caracteriza a enganabilidade, é verificada objetivamente no consumidor iludido pela mensagem; aqui não se leva em conta a intenção de enganar do anunciante, justificando assim a responsabilidade objetiva do mesmo, visto que o que importa é o resultado da ação não o modo de sua prática (PASQUALOTTO, 1997, p. 121).

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

3.1 Tipo de pesquisa

A pesquisa realizada neste trabalho é exclusivamente bibliográfica e descritiva. É através de diversas obras referentes ao tema escolhido e, sobretudo a descrição deste no que tange ao aspecto jurídico, que se possibilita o reconhecimento da publicidade enganosa à luz do Código de Defesa do Consumidor, colocado de forma verticalizada, a fim de demonstrar à sociedade consumerista brasileira aspectos importantes sobre a publicidade ilícita.

3.2 Fontes de pesquisa

Serão utilizadas como fonte de pesquisa, além de várias obras pertinentes ao tema, da Lei n.º 8.078/1990 e da jurisprudência, as consultas específicas feitas aos professores da cadeira de Direito do Consumidor da Universidade Estácio de Sá.

3.3 Análise dos dados

A análise do material coletado deve seguir as seguintes fases de leitura: exploratória, seletiva, analítica e reflexiva/interpretativa, possibilitando a formulação de um juízo de valor a respeito das obras estudadas.

Sendo assim, buscou-se canalizar o pensamento dos diversos doutrinadores pesquisados a fim de mostrar aos consumidores brasileiros os aspectos nocivos da publicidade abordados no Código de Defesa do Consumidor, especialmente na publicidade enganosa.

3.4 Bibliotecas visitadas

Várias bibliotecas foram visitadas, especificamente a do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro e as dos Campi Tom Jobim e Dorival Caymi, da Universidade Estácio de Sá o melhor conjunto de obras pertinentes a este estudo, indicado pelos docentes dessa universidade.

4 CRONOGRAMA

Expõe-se, a seguir, o lapso temporal necessário para a concretização de cada etapa da pesquisa:

Etapas	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro
Pesquisa	1 a 15				
Capítulo 1	16 a 30				
Capítulo 2		1 a 15			
Capítulo 3		16 a 30			
Capítulo 4			1 a 15		
Capítulo 5			16 a 30		
Introdução				1 a 5	
Conclusão				6 a 10	
Pré-texto				11 a 12	
Revisão				13 a 23	
Entrega				25	
Defesa					A confirmar

5 SUMÁRIO PROVISÓRIO DA MONOGRAFIA

INTRODUÇÃO.....	
1 CONCEITO DE PUBLICIDADE.....	
2 PUBLICIDADE ENGANOSA.....	
3 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	
3.1. Princípio da identificação da publicidade.....	
3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade.....	
3.3. Princípio da veracidade da publicidade.....	
3.4. Princípio da inversão do ônus da prova.....	
3.5. Princípio da transparência máxima e da fundamentação.....	
3.6. Princípio da correção do desvio publicitário.....	
4 A PUBLICIDADE ENGANOSA E A REPERCUSSÃO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	
CONCLUSÃO.....	
REFERÊNCIAS.....	

6 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. 1062 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 193 p.

CARVALHO, JOSÉ CARLOS MALDONADO. Propaganda enganosa e abusiva. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro. v. 4, n. 15, p. 120-128, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A publicidade enganosa no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 77 p.

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

MALDONADO, José Carlos. Propaganda enganosa e abusiva. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade: no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 10. 192 p.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei n.º 8078, de 11.9.90*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999. 337 p.