

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

MARIA LEONICE S. BEREZOWSKI

**A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR E OS REFLEXOS NA ATIVIDADE DO
FORNECEDOR**

**MARÍLIA
2010**

MARIA LEONICE S. BEREZOWSKI

**A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR E OS REFLEXOS NA ATIVIDADE DO
FORNECEDOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília, como exigência
parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob
orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA
2010

Autora: Maria Leonice S. Berezowski

Título: A Publicidade abusiva e enganosa no Código de Defesa do Consumidor e os reflexos na atividade do fornecedor.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação da Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira
Orientador

Prof.(a) Dr.(a) Maria de Fátima Ribeiro

Prof.(a) Dr.(a) Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Dedico a minha mãe, Sra. Maria Soares Pereira, verdadeira mestre e orientadora.

Dedico a minha família e a todos os meus amigos, especialmente aos que sonharam este sonho comigo. Dra. Alessandra Celestino, Dr. Allan Weston, Dr. Aroldo Bueno, Carolina Lírio, Cleber Moraes, José Antonio Pereira da Silva, Dr. Marcos Dauber, Marcos Leandro, Dra Melce Miranda, Dr. Pedro Aguiar, Romilda Pereira da Silva, Sandra Zanardi.

Dedico também a todos que ao contrário destes primeiros citados não acreditaram e não participaram deste sonho. Aos que com seus olhares apressados julgaram e condenaram sem concessão de direito de defesa. Estes que infelizmente ainda hoje persistem em discriminar e formar *preconceitos* em nossa sociedade.

Meu trabalho é minha resposta a todas estas mazelas.

Dedicatória Especial

A minha amiga e irmã,
Carolina Villas Boas (*in memoriam*).

E a minha inesquecível professora
Sra. Neusa Zanardi (*in memoriam*).

Agradeço a Deus, por me resgatar todos os dias um pouquinho.
A minha família que soube compreender minha ausência e me deu apoio para que eu conseguisse alcançar meus objetivos.
Ao meu orientador Dr. Lourival José de Oliveira, pelo seu apoio, dedicação e por ter acreditado que eu seria capaz.
A Coordenadora do Programa de Mestrado da Unimar, Dra. Maria de Fátima Ribeiro, pela competência e imparcialidade com que conduziu os trâmites administrativos.
A Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pela disposição em fazer parte desta realização.
Aos professores Dra. Adriana Migliorini Kieckhöfer, Dr. José Luiz Ragazzi, Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza pelo incentivo, paciência, carinho e responsabilidade durante todo o curso.
Aos professores que verdadeiramente se dedicaram para a disseminação de conhecimentos nesta jornada de dois anos.
Aos colegas de trabalho Érica, Andréa e Paulinho pela solidariedade, principalmente nos dias que antecederam a esta conclusão.
Agradeço também a toda família Mesquita Serva, pela oportunidade de aprimoramento intelectual.
Muito Obrigada e que Deus abençoe a todos!

Porque és precioso a meus olhos, porque eu te aprecio e te amo, permuto reinos por ti, entrego nações em troca de ti. Fica tranqüilo, pois estou contigo

Isaias 43.

A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS REFLEXOS NA ATIVIDADE DO FORNECEDOR

Resumo: O envolvimento entre as relações de consumo e a publicidade é inegável e o Código de Defesa do Consumidor se adiantou quanto à percepção deste estreitamento e importância para toda a sociedade. Para realizar tal estudo, no primeiro momento fez-se uma abordagem histórica e buscou-se o significado jurídico das relações de consumo com o objetivo de obter o posicionamento atual destas relações e a proteção que deve ser gerada para a sociedade. Houve uma descrição sobre os conceitos basilares do Código de Defesa do Consumidor e também se ressaltou àqueles que notadamente se referem mais acintosamente à publicidade. O princípio da vulnerabilidade, requisito essencial para o consumidor, foi apresentado de várias maneiras para que não restasse ao fim nenhuma dúvida sobre seus reais e efetivos desdobramentos. O diálogo das fontes entra em evidência quando no ponto alto do estudo a publicidade abusiva e enganosa tomou corpo e foi descrita por vários institutos que auxiliam o Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal, em seu Art. 5º. XXXII e Art. 170. V, juntamente com o Código de Autorregulamentação Publicitária estabeleceram a importância de se coibir desvios publicitários e ao mesmo tempo dar proteção aos consumidores. Foram explicitadas e aprofundadas nesta fase do trabalho as consequências negativas produzidas por este tipo de publicidade que causa prejuízos de ordem econômica e social. Verificou-se que não há possibilidade de descrever demanda de ofertas sem se reportar ao setor publicitário que às envolve. Apesar das grandes diferenças sociais ainda existentes, esta demanda de ofertas de produtos e serviços está disponível a todos e a todas as classes sociais. Todas as pessoas são afetadas pela publicidade que envolve produtos e serviços, seja ela abusiva ou não, enganosa ou não. Culmina neste ponto a principal questão desta pesquisa, visto que para combater os desvios e práticas reprováveis dentro deste aspecto, necessário se fez apontar as proteções das tutelas judiciais, sejam elas individuais ou coletivas. Demonstrou-se a responsabilidade do Estado quanto a estes tipos de tutelas, bem como ressaltou-se a tão presente e importante atuação e legitimidade do Ministério Público. Por fim apresentou-se propostas como a criação de juizados especiais para o aperfeiçoamento dos meios processuais para que estes dêem maior efetividade aos impasses surgidos dentro da esfera consumerista, demonstrando a necessidade do aprimoramento do mecanismo citado em especial razão da dinâmica hoje existente em uma sociedade globalizada.

Palavras-chave: Publicidade abusiva; publicidade enganosa; defesa do consumidor.

ABUSE AND MISLEADING ADVERTISING IN THE CODE OF CONSUMER PROTECTION AND REFLECTIONS ON THE ACTIVITY OF THE PROVIDER

Abstract: The engagement between consumer relations and advertising is undeniable and the Code of Consumer Affairs stepped forward as the narrowing of perception and importance to the whole society. To perform such a study, at first there was a historical approach and sought to the legal significance of the relations of consumption in order to obtain the current positioning of these relations and the protection that must be generated for society. There was a description of the basic concepts of the Code of Consumer Protection and also said those who spitefully refer more especially to advertising. The principle of vulnerability, an essential requirement for the consumer, was presented in several ways. Lest the end no doubt about its real and actual developments. The dialogue of the sources comes into evidence when the high point of the study to be unfair and misleading advertising took shape and was described by several institutes that support the Code of Consumer Protection. The Federal Constitution, in its Article 5., XXXII and Art 170, V together with the Code of Advertising Autorregulamentação established the importance of advertising and departures curb at the same time provide protection to consumers. Were explained and detailed in this phase of work the negative consequences produced by this type of advertising that causes losses of economic and social order. There was no possibility of describing demand offerings without reference to the advertising industry that involves. Despite the great social differences that still exist, this demand of product offerings and services is available to all and to all social classes. All people are affected by advertising that involves products and services, whether or not abusive, misleading or not. Culminates at this point the main question of this research, as to combat abuses and reprehensible practices in this aspect, it was necessary to point out the legal protections of guardianship, whether individual or collective. Also shown was the responsibility of the state on these types of guardianships and pointed to as present and important role and legitimacy of the prosecution. Finally proposals presented himself as the creation of special courts for the improvement of legal process to give greater effectiveness to these impasses arising in the sphere consumerist, demonstrating the need for improvement of the mechanism mentioned in particular because of the dynamic that exists today in a society globalized.

Keywords: Consumer protection; Advertising abusive; misleading advertising.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Associação Brasileira de Anunciantes
ABAP	Associação Brasileira de Agências de Publicidade
ABERT	Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
ADECCON	Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor
ANER	Associação Nacional de Editores de Revista
ANJ	Associação Nacional de Jornais e Central de Outdoor
ART.	Artigo
IAB BRASIL	<i>Interacting Adversing Bureau</i>
CARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CF	Constituição Federal
CADE	Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentacao
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil

EASA	European Advertising Standards Alliance
FENEEC	Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
SINMETRO	Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
PROCON	Órgão de Proteção ao Consumidor
TAM	Taxi Aéreo de Marília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 RELAÇÕES DE CONSUMO	16
1.1 CONCEITO.....	16
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
1.3 NATUREZA JURÍDICA.....	23
1.4 CONCEITOS GERAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	26
1.4.1 Consumidor.....	26
1.4.2 Fornecedor.....	34
1.4.3 Objeto das Relações de Consumo.....	36
1.5 DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
1.5.1 Princípio da Transparência e da Boa-Fé.....	41
1.5.2 Princípio da Equidade Contratual.....	43
1.5.3 Princípio da Vulnerabilidade.....	44
1.5.4 Princípio do Dever Governamental.....	46
1.5.5 Princípio da Informação e Conscientização do Consumidor e do Fornecedor.....	48
1.5.6 Princípio da Responsabilidade Objetiva.....	48
2 DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	52
2.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE.....	52
2.2 DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA.....	58
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À PUBLICIDADE.....	66
2.3.1 Princípio da Identificação da Publicidade.....	67
2.3.2 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade.....	67
2.3.3 Princípio da Veracidade da Publicidade.....	68
2.3.4 Princípio da Não-Abusividade da Publicidade.....	70
2.3.5 Princípio da Inversão do Ônus da Prova.....	70
2.3.6 Princípio da Transparência da Fundamentação da Publicidade.....	71

2.3.7 Princípio da Correção do Desvio Publicitário.....	74
2.3.8 Princípio da Lealdade Publicitária.....	74
2.4 DOS REFLEXOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NA ATIVIDADE DO FORNECEDOR.....	78
2.5 DAS PRÁTICAS CONSIDERADAS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA.....	86
3 DAS TUTELAS JUDICIAIS CONTRA PRÁTICAS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA	98
3.1 DA TUTELA INDIVIDUAL.....	98
3.2 DA TUTELA COLETIVA.....	105
3.3 DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	111
3.4 PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS MEIOS PROCESSUAIS CONTRA A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS.....	119
ANEXOS.....	130
Anexo 1 – Diretrizes do PROCON.....	131
Anexo 2 – ART. 27 do Código de Autorregulamentação Publicitária - Lei n.4.680/65	133
Anexo 3 – Súmula n. 7.....	136
Anexo 4 – Súmula n. 3.....	138
Anexo 5 – Art. 61 – Código de Defesa do Consumidor.....	140
Anexo 6 – Exemplos de publicidade abusiva e enganosa.....	142

INTRODUÇÃO

Mesmo depois de 20 anos de normatização eficiente do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade que envolve as relações de consumo ainda apresenta desvios, os quais produzem realmente reflexos negativos em toda a economia do país. Observa-se que há um relacionamento muito estreito entre as relações de consumo e a publicidade que as envolve. Há uma tentativa de se alcançar um plano de visão macro sobre publicidade, tanto no sentido quantitativo como qualitativo.

A perspectiva dinâmica contemporânea colabora de modo que coloca todos os personagens atuantes desta relação num mesmo patamar. Já não se pode mais ter uma visão individual de cada categoria que a compõe. A globalização traz para a sociedade o principal efeito que é o entrosamento, seja consumidor ou fornecedor.

A preocupação social aflora nos dias de hoje e finalmente se revela como um caminho para o progresso social, que se desenvolve e é mostrado pontualmente na Constituição Federal em seu Art. 5º. XXXII, e também no Art. 170. V. Consagra-se a necessidade de dispensar tratamento favorecido ao direito do consumidor, correlacionando-o com a necessidade de maior atenção às publicidades abusivas e enganosas com a atividade do fornecedor.

Trilhando-se os passos da modernização dos seus conceitos, concepções legais e atendendo aos apelos da sociedade consumerista, o direito do consumidor não perdeu tempo quando anunciou a sua própria legislação, a polêmica Lei nº 8.078/90, designada como o Código de Defesa do Consumidor.

Devido à dinâmica do setor comercial o Código de Defesa do Consumidor trouxe dentre várias novidades, algumas diretrizes sobre a real conduta e responsabilidade do fornecedor, parte fundamental que está presente nas relações de consumo, com a finalidade de esclarecer e pontuar corretamente até onde vai sua responsabilidade.

A valorização da pessoa humana e o incentivo da livre iniciativa são alguns dos princípios previstos na Constituição Federal, no seu Art. 170. Esses preceitos encontraram

ressonância no Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, que por certo veio para propiciar a preservação das relações de consumo, garantindo-lhes que sejam cumpridas e respeitadas todas as suas diretrizes, coibindo ações impróprias e responsabilizando cada parte que envolve estas relações.

Melhorias a fim de que se faça perdurar não só as relações de consumo, como também dar continuidade a geração de riquezas, empregos e impostos e principalmente a satisfação dos consumidores, cada vez mais exigentes. Somente o Código do Consumidor não realiza mudanças, é necessário o fomento de toda a sociedade, a exigência comportamental dos fornecedores, fabricantes, vendedores, comerciantes e demais da cadeia produtiva.

O consumidor vem aprendendo a fazer isso de maneira ágil, o que têm exigido principalmente dos fornecedores uma posição mais firme e cada vez mais correta dentro do todo o contexto. Desta forma, acabará permanecendo neste tipo de relação somente aqueles que de forma equilibrada realmente estiverem comprometidos com a verdadeira postura do novo comércio.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe principalmente sobre a proteção do consumidor, altera expressivamente a postura de cada envolvido na relação de consumo, seja ela, contínua ou não. Nota-se que houve mudanças dentro deste assunto, que não age mais dentro da demanda sob a análise do ponto de vista dos textos gerais contidos no Código Civil, mas sim, dar-se-á credibilidade ao juiz, que pôde lançar mão de uma nova forma de julgar.

Passa-se de uma legislação de cláusulas gerais para a norma especial onde a figura do juiz se torna cada vez mais importante. Este que leva em conta os precedentes, as jurisprudências para um apropriado julgamento no caso concreto. As mudanças sociais, políticas e econômicas não somente do Brasil interagem e dão respostas ao chamado mundo globalizado. Desta forma criam-se melhores condições de suportar o desenvolvimento econômico e social e foi também com este intuito a criação desta nova norma.

O princípio norteador do Código de Defesa do Consumidor é justamente a proteção do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. E partindo desta premissa o legislador buscou formas de flexibilizar o quanto possível o procedimento e atuação do Poder Judiciário

no intuito de dar continuidade às relações de consumo, possibilitando ao consumidor uma visão panorâmica dos seus direitos e deveres.

Apesar de todos estes pontos positivos dentro da relação de consumo, ainda há práticas de ações reprováveis, principalmente no que diz respeito à publicidade e é por este motivo o estudo e a preocupação no sentido de restringir e combater cada vez mais este tipo de práticas abusivas e enganosas nas relações de consumo.

Buscando organizar sistematicamente o presente estudo, construiu-se o primeiro capítulo com informações que abordaram especificamente as relações de consumo, os princípios que norteiam o CDC e as responsabilidades que recaem sobre o fornecedor. Em um segundo momento adentrou no tema específico deste trabalho, ou seja, a publicidade abusiva e enganosa nas relações de consumo e seus reflexos danosos produzidos na sociedade a partir destas práticas.

Como fechamento, a fim de dar instrumentalidade necessária travou-se um estudo sobre as variadas formas de tutelas judiciais com fim útil de combater as referidas práticas de publicidade abusiva e enganosa. Apontou-se para propostas de aperfeiçoamento dos meios processuais de combate às práticas já mencionadas, e para tal, necessário se fez alguns questionamentos acerca de temas como a responsabilidade pelo dano moral inclusive na esfera coletiva, sobre a real abrangência e atuação do Ministério Público e as conseqüentes mudanças culturais motivadas pelas respostas positivas à estas argüições.

Utilizou-se do método dedutivo, pesquisando obras doutrinárias referente ao assunto trazendo a baila decisões de tribunais pátrios referentes ao tema, sempre cotejando com análises críticas ou discursivas, seguindo o desenvolvimento proposto neste estudo.

1 RELAÇÕES DE CONSUMO

1.1 CONCEITO

A relação de consumo é composta pelo fornecedor, consumidor e o objeto de consumo. Não se configura somente com a existência do consumidor. Desta forma, apenas com esta parte citada não se enquadraria nas características determinantes do Código de Defesa do Consumidor. A relação de consumo visa satisfazer as necessidades dos consumidores com relação aos produtos e serviços, mas há que se levar em conta que a relação só estará completa quando existir também a figura do fornecedor, é o que podemos certificar no Art. 4º. III, do CDC¹:

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

Autores como Filomeno, dizem que a expressão *relação de consumo* foi propositadamente assim adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que a necessidade de grande abrangência neste setor era o que devia prevalecer, assim seria possível abarcar as diversas situações que pudessem ser configuradas como uma relação de consumo. Nilton de Lucca², que preferiu assim dizer: “[...] o Código não se utilizou da expressão ato de consumo, ou negócio de consumo, ou mesmo contrato de consumo, pois necessitava de um conceito mais amplo para albergar maior proteção aos consumidores”.

¹ GRINOVER, Alda Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Art. 4º. III. Capítulo II- Da política nacional de consumo.

² PRUX, Oscar Ivan. *Relação de consumo: conceito e extensão*. Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/colunistas/235/43623/?postagem=RELACAODECONSUMOCONCEITO>. Acesso em: 12 jul. 2010.

Para Marcelo Kokke Gomes³, “A relação de consumo é aquela em que uma das partes adquire produtos ou serviços tendo em vista sua utilização final enquanto a outra parte fornece tais bens em caráter de habitualidade e profissionalismo”.

Didaticamente, a relação de consumo para ser bem compreendida dentro do contexto social e econômico, obrigatoriamente terá que ser vista em um ambiente que é formado por 02 (duas) importantes e imprescindíveis partes. Não haveria também o porquê de uma relação de consumo se não houvesse algo a ser consumido ou comercializado (o objeto), ou seja, um produto ou um serviço. Esta relação é bem clara no Código de Defesa do Consumidor, o qual age de acordo com as exigências da sociedade atual, não se eximindo da responsabilidade de garantia de tutela a uma das partes, que é o consumidor, visto que esta parte apresenta-se no pólo frágil dentro da relação de consumo designado como hipossuficiente.

Do outro lado tem-se o fornecedor, que é ao contrário do primeiro citado, a parte dominante da situação, pois detêm o conhecimento do que coloca a disposição no mercado. A massificação, a industrialização com tecnologias avançadas cada vez mais presente na vida de todos, trouxe um aumento espantoso no consumo para toda a sociedade, o que tornou as relações de consumo cada vez mais impessoais, com a produção em larga escala. E uma vez que os consumidores se tornaram em grande número, os contratos e as relações de consumo seguiram o mesmo ritmo.

Ficou para trás o tempo das trocas de mercadorias, onde cada comerciante ou comprador/vendedor era chamado pelo nome, inclusive no panorama nacional, repleto de grandes centros comerciais, lugares estes onde a prioridade é além de tudo, o atendimento e a satisfação de um número cada vez maior de consumidores.

Nesta fase já não se fala mais em personalidade, pois com a massificação não é possível um tratamento comercial individualizado. Nota-se também que as relações de consumo apresentam-se contextualizadas dentro do momento econômico vivido pelo país, pois é impossível pensar em consumo sem o relacionar com a livre iniciativa, a economia e autonomia da vontade.

³ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 87.

Neste sentido, entende-se que tanto a livre iniciativa⁴ que é a expectativa onde externa-se a possibilidade de ser livre e poder exercer uma atividade comercial, desde que o objeto não seja ilícito, que produz bens de consumo para a satisfação de toda a sociedade. Esta prática é considerada de suma importância para constatar a evidência da economia na sociedade⁵.

Sendo assim, para fechar este aparato de conceitos que estão tão intimamente ligados com a relação de consumo, resta informar apenas que a autonomia da vontade há de ser sempre livre e séria, pois configura elemento essencial da concretização das relações citadas⁶. Mesmo com a massificação das relações de consumo não se deve deixar de levar em conta a forma de tratar cada um dos seus participantes, ou seja, o equilíbrio deve ser mantido entre as partes.

A proteção do consumidor e a vigilância quanto aos atos abusivos e enganosos praticados pelos fornecedores é um dos grandes motivos também de se ter um código próprio onde a relação de consumo passa do *status* de contrato de compra e venda para uma situação especial a ser tratada por uma lei nova também especial. Dentro desse aspecto pode-se verificar as escolhas feitas, empurrados ou não pela correnteza do forte capitalismo, a verdade é que tomou-se uma direção e decisão de priorizar as relações de consumo.

Movidos pelo desejo de lucro, pelo destaque frente a outros estados, pela autonomia econômica conquistada, pela grande demanda do avanço tecnológico, por todos estes critérios que cercaram e cercam as relações de consumo, as quais não se mantiveram imunes. Marcelo Gomes Sodré⁷ nos explica que:

As fases da história nunca se apresentam como compartimentos estanques; elas se interpenetram. Tudo depende do olhar disponível. Na verdade, a

⁴ GABRIEL, Sergio. *O papel da empresa no sistema econômico capitalista no Brasil: subsídios para compreensão do ciclo do desenvolvimento econômico*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30035>. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁵ NUNES, Paulo. *Conceito de economia pública*. 01 jun. 2006. Disponível em: http://www.notapositiva.com/trab_professores/textos_apoio/economia/01conceconomia.htm. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁶ ADORNO, Rodrigo dos Santos. *Breves considerações sobre a limitação da autonomia da vontade contratual*. 01/06/2005. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=2219>. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor: avanços e retrocessos legislativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19-20.

história não tem fases. Ela é um todo contínuo. Se o desenrolar dos fatos históricos é resultado da contínua ação humana, a teorização histórica é criação da razão humana, ou de algo que tenta ser racional. Dentre as várias opções, escolhe-se uma. Busca-se o critério e seu fundamento. Quando se trata de optar, os erros são a tônica. O acerto é apenas uma das escolhas erradas pelo ângulo do critério distinto. E é tão violento como o próprio erro, pois mobiliza o desenrolar dos acontecimentos. Mas é assim que o conhecimento se faz e é o que torna possível o diálogo científico. Se o conhecer limita, o refletir pode transbordar; melhor dizendo o refletir é transbordar. Criar fases da história é bordar a moldura pela flexão racional.

Importante frisar que a política adotada pelo CDC não tem o intuito de criar um clima de concorrência, de privilégios de uma parte em detrimento da outra parte. O que ocorre no CDC é o reconhecimento da situação desigual ou desfavorável de uma das partes. Com a atuação do CDC há aproximação e perpetuação da relação.

Têm-se relação de consumo como o resultado harmônico entre os diversos interesses que cercam os mesmos objetos disponíveis no mercado. Leva-se em conta que o consumidor é a parte mais fraca nesta relação, o que produz uma proteção especial justificável pela sua hipossuficiência reconhecida. A mesma postura quanto ao consumidor continua quando se refere à publicidade dos produtos e serviços dispostos no mercado para o consumo.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Poderia-se citar aqui fatos da Revolução Industrial e todas as mudanças nos diversos aspectos a partir de então. Mas como já se sabe, o século XVIII foi um século de transformações, as quais foram recebidas e amplamente multiplicadas em todo o mundo. Declarava-se que a partir da Revolução Industrial Inglesa o mundo entraria em outro ritmo, pois a principal característica desta grande revolução sem dúvida nenhuma foi o *caminhar da carruagem*, o diferente e tão acelerado ritmo imposto. Antes, sofrível e desgastante basicamente servia de subsistência para alguns diante da exploração em vários aspectos.

Agora as *passadas* teriam que ser mais largas, pois a partir deste momento, a velocidade das relações econômicas se multiplicariam. O trabalho, principal quesito que alavancou toda esta nova diretriz, nesta nova época, é visto como um norte, como algo que influenciou tanto nas relações econômicas quanto sociais.

Com a Revolução deu-se então o primeiro passo, talvez não para solucionar, mas para pelo menos minimizar as diferenças. E sem muito tempo para analisar todas as situações, viu-se envolvidos por este movimento que produz em larga escala, a ponto de fazer surgir na sequência os tão conhecidos contratos de adesão.

Segundo Claudia Lima Marques⁸, os contratos de adesão são: “[...] os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato”. As relações de consumo em grandes proporções tornaram-se o grande motivo para todo este desenvolvimento em volta de um componente que neste momento passou a ser vital, o consumidor, que vem simplesmente avançando e alcançando as posições de destaque dentro da sociedade.

Este que aponta-se e que ao mesmo tempo figura como sendo “eu” ou “você”. Não havia outro caminho a seguir que não fosse reconhecer a importância e ao mesmo tempo a fragilidade do consumidor frente a um processo cada dia mais acelerado de produção e consumo.

Com a liberdade de escolha, o consumidor ganhou espaço e deu agilidade a um sistema que engloba começo, meio e fim, seja de produtos ou serviços oferecidos. Nesta mesma velocidade passa a ser exposto a um número cada vez maior de possibilidades de ser explorado devido a sua inexperiência e o despreparo. As normas surgem então, a fim de proteger aquele que inegavelmente dentro da relação de consumo é hipossuficiente.

Anteriormente à Revolução Francesa observa-se indicações de que houve o reconhecimento da importância e proteção do consumidor, como no Código de Hamurabi. Mas, de forma a gerar reais reflexos, digamos que foi a partir de alguns bons tempos do Séc. XX. Ressalto que Claudia Gongora⁹ concorda neste aspecto dizendo que,

[...], a efetiva proteção aos consumidores surgiu após a segunda metade do século XX, devido à expansão da massificação dos produtos em decorrência do modelo capitalista, surgindo, assim, a preocupação do Estado no controle

⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52.

⁹ GONGORA, Claudia. *O direito do consumidor e o mercosul*. Relações de consumo no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Método, 2001. p 52.

das relações de consumo devido ao desequilíbrio entre o poder econômico dos fornecedores frente aos consumidores.

Nota-se que a celeridade quanto ao reconhecimento e valorização da relação de consumo é item buscado e almejado não só no Brasil, mas também por outros países como EUA, França, Inglaterra e Itália. Movimentos que alavancaram o chamado à responsabilidade e proteção do pólo frágil, conhecido como consumidor¹⁰.

Um exemplo do desrespeito com o consumidor é o caso da TALIDOMIDA¹¹. Um calmante receitado para mulheres grávidas e as mesmas tiveram bebês com deformidades variadas. O efeito colateral grave jamais fora mencionado na bula do medicamento.

Históricamente, o direito do consumidor só ganhou espaço no século XX. É recente e faz parte de uma geração de direitos pleiteados em nome da coletividade e é por isso que aprofunda-se neste assunto dentro da demanda dos direitos difusos, coletivos e homogêneos.

Há algumas décadas o direito difuso vêm tomando proporções cada vez maiores, conquistando espaços, tanto nas essência individual que se torna coletiva ou com origem já coletiva. Logo adiante ter-se-á oportunidade de aprofundar um pouco mais sobre estas vertentes.

Regrados no início de forma bastante divergente os direitos do consumidor já foram analisados por institutos diversos como Lei Antitrustes (Lei 8.884/1994), e principalmente pelo Código Civil (Lei 10.406/2002) e Código Penal (Lei 2.848/1940). Uma visão geral e nada aprofundada, inclusive com termos pouco apropriados.

Na década de 70, o Brasil, em meio a tantas e iminentes mudanças sociais e econômicas, tentou ser possível relacionar uma série de atitudes e comandos que começaram a privilegiar a defesa do consumidor. Para salientar apenas os fatos mais significativos, traz-se para o estudo o nome do primeiro órgão com competência para dirimir

¹⁰ LOPES, Edgard Oliveira. *A tutela consumerista na União Européia e no Mercosul*. 31 maio 2002. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4109. Acesso em: 02 set. 2010.

¹¹ BOCHINNI, Bruno. Repórter da Agência Brasil. 19 maio 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1549033>. Acesso em: 22 ago. 2010.

os conflitos e proteger o consumidor, o PROCON¹² - Órgão de Proteção ao Consumidor. Criado em 1976, num primeiro momento sua atuação restrita ao estado de São Paulo e mais tarde com alcance nacional. Outro órgão responsável pelo desfecho das diretrizes e rumos tomados na economia nacional é chamado CADE¹³ – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado em 1962.

Mesmo com tantas tomadas no sentido de equilibrar a relação de consumo, isto só foi realmente alcançado segundo Ada Pellegrini Grinover¹⁴, “com a proteção constitucional do consumidor, fruto do movimento consumerista brasileiro, inserido no texto constitucional de 1988, onde constam quatro dispositivos específicos sobre o tema”¹⁵.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

Inovação, esta é a palavra para explicar o fenômeno que justifica todas as mudanças visíveis que foram trazidas para o texto do Código de Proteção do Consumidor com bases na norma constitucional. A responsabilidade objetiva, a possibilidade imediata da inversão do ônus da prova, a designação clara de vários conceitos como fornecedores, consumidores, consumidores por equiparação, publicidade abusiva e enganosa foram conceitos terminológicos que ganharam ênfase a partir do CDC. Este último, inclusive é o ponto culminante desta pesquisa.

¹² PROCON – Órgão de Proteção ao Consumidor. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

¹³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

¹⁴ GRINOVER et al, 2007, op cit., p. 273.

¹⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 ago. 2010.

Todas estas novas designações reunidas dentro de um tempo que passa pelo neoliberalismo, um capitalismo selvagem até chegar ao panorama atual do *neocapitalismo*, aonde finalmente a questão social veio superar todos os modelos de individualismo. Embora com uma realidade paradoxalmente contrária, o Direito do Consumidor foi o resultado do reconhecimento da desigualdade entre as partes, já observado inclusive no Direito do Trabalho.

Um verdadeiro “instrumento de mobilização social”, como diz muito bem Josué Rios¹⁶, diante da construção de uma política nacional que ao mesmo tempo que ordena as relações de consumo, atende também as necessidades do consumidor. O mesmo autor concorda com Ragazzi¹⁷, quando salienta que o Código de Defesa do Consumidor “é a democratização de uma lei nova que começa a dar os primeiros passos, e como tudo que é novo, é certo averiguar um período de adaptações e graduais reformulações, inclusive com a participação da comunidade internacional.”

O direcionamento econômico indica que a proteção do consumidor está consolidando a estrutura que viabiliza e aumenta as relações de consumo. Obedece aos anseios do consumidor e ao mesmo tempo enseja valoração à economia sem se distanciar do reconhecimento e real importância dos valores da dignidade humana.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

Refere-se ao termo natureza como sendo algo que está no seu início, que seja inerente ao estado natural naquele momento. A natureza jurídica da relação de consumo para o direito é o mesmo que designar a realização de um contrato com equilíbrio entre consumidores e fornecedores. O ponto de encontro que liga as partes interessadas a fim de que consigam levar adiante não só a relação de consumo propriamente dita, mas todo o contexto que a insere no panorama econômico.

¹⁶ RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. In: RAGAZZI, José Luiz. *Intervenção de terceiros e o código de defesa do consumidor*. 2. ed. Editora Verbatim, 2010, p. 34.

¹⁷ RAGAZZI, José Luiz. *Intervenção de terceiros e o código de defesa do consumidor*. 2. ed. Editora Verbatim, 2010, p. 36.

O CDC não deixou dúvida de que a natureza jurídica desta relação está voltada para a publicidade de seus pontos convergentes, na tentativa de equilibrar os dispositivos econômicos, levando em conta o princípio da boa-fé. Apenas para melhor compreensão ressalta-se a opinião de alguns autores no tocante ao real significado da palavra natureza.

Para De Plácido e Silva¹⁸:

Natureza. Na terminologia jurídica assinala, notadamente, a essência, a substância, ou a compleição das coisas. Assim, a natureza se revela pelos requisitos ou atributos essenciais e que devem vir com a própria coisa. Eles se mostram, por isso, a razão de ser, seja do ato, do contrato ou do negócio. A natureza da coisa, pois, põe em evidência sua própria essência ou substância, que dela não se separa, sem que a modifique ou a mostre diferente ou sem os atributos, que são de seu caráter. É portanto, a matéria de que se compõe a própria coisa, ou lhe é inerente ou congênita.

Estabelece-se então, com base no equilíbrio, que a natureza jurídica da relação de consumo está fundamentada no contrato de compra e venda. Pressupõe-se movida pela boa-fé contratual. Para Pedron e Xavier¹⁹:

Os sujeitos da relação de consumo são, então, o consumidor e o fornecedor. Ambos definidos pelo próprio texto do Código de Defesa do Consumidor. Não se pode confundir a figura do comprador com a do consumidor, já que são distintas e apresentam características básicas que os diferenciam. A relação de consumo é uma relação contratual especial, o que justificou a sua regulamentação por meio de uma norma especial.

Houve a necessidade de especialização e criação de um novo instituto. Algo contínuo, importante e mais atualizado no contexto social e econômico. Fez com que uma atuação mais presente neste tipo de relação assim lhe fosse conferida. Juridicamente, um inegável avanço visto que as leis especiais, neste caso o “Código de Defesa do Consumidor”, são muito mais apropriadas ao contexto real do que aquelas com textos de abrangência geral sem muitas especificidades.

Criou-se uma norma especializada para um tipo de relação contratual que é a relação de consumo. Este é o tipo de relação com mais destaque no atual momento econômico. Fala-

¹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 550.

¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; XAVIER, Rogério Miranda. *Da figura jurídica do consumidor*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/615>. Acesso em: 13 jul. 2010.

se com propriedade do termo “consumidor” e a própria lei especial, chamada “Código de Defesa do Consumidor” ensina isto, como é mostrado no seu Art. 2º. Parágrafo único²⁰:

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

Sugere-se que a relação de consumo seja uma extensão de um contrato de compra e venda, mas engana-se quem chega a conclusões impróprias e irrelevantes quando diz que basta uma compra ou venda de um produto para se ter uma relação de consumo. Além das partes, há algumas características específicas que se fazem presentes nas relações de consumo. A hipossuficiência e a vulnerabilidade, são exemplos que devem estar sempre em evidência, pois são características importantes. Se não houvesse nenhuma diferença nestas relações, não haveria necessidade de se criar uma lei especial e não faria sentido criar um novo instituto para continuar a ter o mesmo tipo de postura com relação a elas.

Diante do exposto percebe-se que a natureza jurídica desta relação está ligada com as questões econômicas, onde duas partes se relacionam a fim de produzir um contrato, ou então melhor dizendo, um ato bilateral com duas vontades declaradas: a primeira em vender um produto ou um serviço e a outra (segunda) em contrapartida querendo adquirir este produto ou serviço, sem deixar de levar em conta o eixo desta relação, que é o pagamento.

Não se encaixa aqui o tipo de relação isolada entre um vendedor e um comprador pura e simplesmente, pois a habitualidade também é um quesito importante para formação deste vínculo. Fica totalmente descartada a possibilidade de se encaixar neste tipo de tutela emanada do Código de Defesa do Consumidor, as atividades precedentes das relações trabalhistas.

²⁰ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 2º. Parágrafo único. Capítulo I – Disposições Gerais.

1.4 CONCEITOS GERAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A vida cotidiana é feita de uma infinidade de relações jurídicas, cada ramo com suas particularidades. Isto posto, cabe dizer que este termo chamado relação de consumo reporta-se diretamente para os direitos difusos. Deste ponto, revela-se algumas definições já pré-estabelecidas. Especificamente a relação de consumo é formada por 3 pilares que merecem ser bem conceituados para que se possa ter uma visão macro do que é ou como é formada a relação de consumo. Os pilares são: consumidor, fornecedor e o objeto da relação de consumo.

1.4.1 Consumidor

Segundo Plácido e Silva²¹ é todo aquele que consome, ou como ele mesmo melhor explica:

Designa a pessoa que consome uma coisa, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significativo próprio; entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la. Desse modo, toda pessoa que adquire mercadorias, seja de que natureza forem como particular e para uso doméstico ou mesmo profissional, sem intuito de revenda, considera-se consumidor. E o ato, que pratica, diz-se um ato de consumo, pois consumo não compreende simplesmente o gasto ou destruição da mercadoria, pelo seu uso, mas o aproveitamento de sua utilidade, o que se pode repetir sem alterá-la em sua substância.

Consumidor é aquele que adquire produtos ou serviços colocados no mercado pelo fornecedor, para seu uso próprio ou para sua própria satisfação. Conceitua Bulgarelli²²:

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 valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos.

²¹ SILVA, De Plácido e. *Vocábulo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v.1, p. 417.

²² BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, 1983, n. 49, v. 22, p. 44.

Críticas foram lançadas ao conceito de consumidor adotado pelo código, alegando que levou-se em conta apenas o cunho econômico para discriminá-lo. Continuando este pensamento, nota-se que os juristas que participaram dos estudos do anteprojeto, comentam esta linha de pensamento complementando que²³:

[...] personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

O conceito que mais se aproxima da menção feita no CDC, é o conceito de Othon Sidou²⁴, que diz o seguinte:

[...] quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular, o direito exige explicação mais precisa. Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é sem forma especial, salvo quando a lei expressamente o exigir.

No CDC, Art. 2.²⁵, *caput*, tem-se a seguinte literatura:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A maior das afirmativas declaradas no CDC e multiplicada por toda a sociedade é a proteção do consumidor. É o sujeito mais importante da relação jurídica apresentada.

É inegável a tutela de forma bem clara exposta no instituto, e não resta dúvida que o consumidor é o protegido e beneficiário das relações de consumo, afinal, este personagem é vulnerável, o que acaba levando-o a uma postura imatura e frágil com posterior submissão frente fornecedores de produtos e serviços.

²³ FILOMENO, Jose Roberto. *CDC Comentado*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 28.

²⁴ SIDOU, José Maria Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 74.

²⁵ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 2º. *caput*. Capítulo I – Disposições Gerais.

Existe um panorama que sinaliza que o consumidor faz parte do desenvolvimento de uma atividade econômica sem ter domínio dela, uma relação do especializado, o profissional da área (fornecedor) com a pessoa comum física ou jurídica.

Lopes,²⁶ completa ainda que:

[...] um elemento essencial, que no fundo é o que justifica a existência da própria disciplina da relação de consumo: a subordinação econômica do consumidor... Mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular artigo do Código... Bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital... Que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro.

Cita-se um conhecido exemplo para notadamente entender onde há ou não, de fato um consumidor²⁷:

hospital adquirente de equipamento médico não se utiliza do mesmo como destinatário final, mas para desenvolvimento de sua própria atividade negocial; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada, pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há de falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, ausente a relação, afasta a incidência [...].

Não são todos os consumidores que fazem parte da esfera do CDC. Os que não são abarcados pelo microsistema são compradores pura e simplesmente. Estes divergem da proposta feita por este código²⁸:

Art. 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. O Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Quando se menciona que neste instituto a tutela é diferenciada, que trata de relações especiais, não há nenhuma inverdade ou exagero nisso. Desde sua promulgação o CDC estabelece e tutela de forma especialíssima às verdadeiras relações de consumo e

²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. Revista dos tribunais, 1992, p. 78-79.

²⁷ MARTINS, Humberto Martins. *A revisão contratual EX OFFICIO*: questões atuais. Disponível em: <http://www.revistajc.com.br/Artigos/LerArtigo.aspx?ID=140>. Acesso em: 12 jul. 2010.

²⁸ GRINOVER et al., 2007, op cit., Arts. 2º., 17. e 29.

subsidiariamente pode lançar mão de outras leis e não o contrário. De forma alguma a tutela especial pode ou deve ser deixada em segundo plano, afinal o CDC é a resposta emergente do direito em relação a uma sociedade atuante e dinâmica.

Desta forma, o CDC é a “materialização da norma”, como mencionou muito bem os autores Pedron e Xavier²⁹ em seu artigo “Da figura do consumidor”.

Tenta-se aqui ser o mais fiel possível ao texto exposto com imparcialidade no CDC, porque se assim não for, corre-se o mesmo risco de continuar apresentando os conceitos com a mesma generalização encontrada em tantas leis que por este motivo são intituladas como ultrapassadas ou não funcionais. A peculiaridade da visão jurídica após as definições, inclusive a definição legal do termo “consumidor”, avançou em direção aos complementos trazidos também para análise neste mesmo contexto.

Um dos complementos que mereceu atenção é a expressão “destinatário final”. Reporta-se para uma idéia de que seja aquela pessoa onde termina a relação de consumo. Encerra-se desta forma o ciclo que teve início na atividade do fornecedor. Destinatário final ou alguém que não tem a intenção de dar continuidade ao processo deste produto ou serviço, a fim de obter lucro. A atenção é chamada para o uso do produto ou serviço, pois emana desta observação a designação de ser ou não ser uma relação de consumo.

Contrato de compra e venda, contratos de adesão, atividades meio, todos estes termos, por si só não configuram relação de consumo, e não foram observados na esfera consumerista, pois apresentam-se de forma totalmente desqualificada dos requisitos exigidos pela tutela do Código de Defesa do Consumidor.

A onerosidade correlacionada com a aquisição de um produto ou serviço disponibilizado no mercado pelo fornecedor, faz do adquirente de acordo com os termos do CDC, um consumidor ou destinatário final. Forma-se então a relação de consumo tutelada. Observa-se que a análise dos termos isoladamente é falha na tentativa de conceituação.

²⁹ DA FIGURA JURÍDICA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/615>. Acesso em: 13 jul. 2010.

Luiz Eduardo da Silva³⁰, complementa:

Daí que vem, então, a idéia de consumo absoluto e do consumo relativo, em que se distinguem as duas modalidades do sentido de consumo, isto é, tanto o gasto da coisa utilizada, como a aquisição para uma utilidade de muitas discussões decorrem da exata compreensão da figura do consumidor.

Desta forma, já que o CDC cita apenas a expressão “destinatário final”, mas não explica o que seria exatamente, ou quem seria, surge aí um impasse nas interpretações. Duas fortes correntes se formam na defesa de suas linhas de pensamento, a finalista e a maximalista.

Autores, como Antonio Herman Benjamin, Alcides Tomasetti Junior, Eros Grau, Adalberto Pasqualotto interpretam a linha finalista da seguinte forma. A lei foi especialmente feita para tutelar um tipo de relação de consumo. Não há que se falar em generalizações de casos, o que levaria ao enquadramento desastroso da tutela específica³¹.

Somente nas relações em que é visível a presença do “destinatário final”, aquele que de acordo com esta linha é o consumidor que adquire o produto ou o serviço disponível no mercado para seu uso pessoal ou de sua família, sem intenção de adquirir vantagem lucrativa com este ato. Diferentemente daquele “destinatário final”, que adquire o produto ou serviço para obtenção de lucro.

De acordo com esta corrente, a designação “destinatário final” não se encaixa nos exemplos onde o ciclo comercial da relação errôneamente intitulada de consumo não se encerra com a aquisição do produto ou do serviço. Nestes casos não se enquadraria como consumidor conforme ditames do CDC³².

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: I-reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

³⁰ SILVA, Luiz Eduardo. *O sistema financeiro perante o Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfa, 2004, p. 67.

³¹ GRINOVER et al., 2007, op cit., p. 21, 31-32.

³² GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 4º.I, Capítulo II. Da política nacional de consumo.

Ainda nesta teoria não há que se falar na utilização do método analógico, considerando um profissional como um vulnerável consumidor, pois estes são amplamente verificados com o texto jurídico comercial. Há que se dizer que esta teoria chamada finalista já foi muito mais rígida com relação a este tipo de conceituação, mas ela se apresenta de modo bem menos abrangente do que a maximalista.

Já a linha de pensamento maximalista³³, entende que o CDC foi feito para abarcar o maior número de consumidores possível, só assim o verdadeiro objetivo de tutela específica seria alcançado. O novo instituto é visto nesta teoria como um verdadeiro manual para ajudar a resolver conflitos que possam surgir nas relações de consumo, inclusive aqueles que têm no seu pólo um “consumidor-profissional”³⁴.

Nesta relação de consumo existe o profissional tradicionalmente visto no CDC, que é o fornecedor e também temos outro profissional que especificamente neste momento de aquisição do bem ou do serviço assume a postura do consumidor tutelado pelo código. Logo, não se pode descaracterizá-lo como consumidor e possivelmente um hipossuficiente frente ao fornecedor, pois sua vulnerabilidade está constatada pela sua falta de conhecimento do que está adquirindo (produto ou serviço).

Pode-se encontrar situações que notadamente não serão qualificadas de imediato como merecedoras de tal proteção. Mas, num momento seguinte apresentariam argumentos que facilmente seriam aceitos pela corrente maximalista. Pode-se citar inclusive o próprio Ministério Público figurando numa dessas situações.

O Ministério Público pode ser considerado hipossuficiente, visto que a inferioridade pode ser configurada não só no plano econômico, mas também de conhecimentos técnicos ou assuntos específicos³⁵. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendido desta forma, quando observa que frente à produção de provas específicas e complexas o Órgão Público terá as mesmas dificuldades e hipossuficiência descritas no CDC.

³³ ZANETTI, Robson. *A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual*. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/18785/2>. Acesso em: 16 ago. 2010.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 304.

³⁵ LIMA, Cláudio Braga. *O Ministério Público como hipossuficiente para efeitos de inversão do ônus da prova nas ações coletivas de defesa do consumidor*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs>. Acesso em: 22 ago. 2010.

Seguindo esta linha de pensamento chega-se a conclusão de que a inversão do ônus da prova por exemplo, não está limitada simplesmente a ser designada como um adiantamento de custas, mas sim tornar compreensível o desfecho dos fatos³⁶.

Segundo Antonio Gidi³⁷:

[...] se a hipossuficiência descrita no CDC fosse apenas com relação a situação financeira, o CDC estaria estendendo seu objetivo de tutela apenas aos consumidores pobres e não a todos os sujeitos vulneráveis das relações de consumo. Diante disso o réu munido de conhecimentos técnicos específicos não faria uso dos mesmos em prejuízo próprio.

Pode-se trazer a esta discussão decisões do Supremo Tribunal de Justiça que contextualizam no plano concreto a questão do alargamento da abrangência da hipossuficiência frente aos abusos contra o consumidor. Em um processo de Goiás apresenta-se a seguinte ementa³⁸:

EMENTA: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

Observa-se que neste caso em especial a hipossuficiência de uma empresa menor é caracterizada pela falta de conhecimentos técnicos em comparação com a empresa maior, que é a outra parte, o Tribunal firmou sua decisão de admitir neste caso um consumidor que utiliza produtos para sua produção e não como destinatário final.

A consumidora em questão afirmou que continha cláusulas abusivas no contrato assinado com a empresa que vende as máquinas de bordar. Aceita a revisão contratual, verificou-se que era verídica tal alegação. A empresa Marbor recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça alegando que não se tratava de uma relação de consumo, visto que além da parte

³⁶ RECURSO ESPECIAL 140.097. Recorrente: Philip Morris Marketing S/A. Recorrido: Associação de Defesa da Saúde do Fumante – Adesf. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/4/docs/stj_hipossuficiencia_entidade_consumidor.pdf. Acesso em: 23 ago 2010.

³⁷ GIDI, Antonio. *Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais: 1995, V. 13, p. 35.

³⁸ RECURSO ESPECIAL N. 1010834 GO (2007/0283503-8). Recorrente: Marbor Máquinas Ltda. Recorrido: Sheila de Souza Lima. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 03/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200702835038>. Acesso em: 02 set. 2010.

contrária não ser consumidor final, ainda utilizava a máquina para obter lucro. Ainda argumentou que o foro competente não era o qual foi proposta a ação.

Para o reconhecimento da condição de consumidor da parte, a Relatora explicita que³⁹ para alcançar o justo e amplo entendimento, necessário se faz uma interpretação maximalista. Complementa ainda justificando que neste caso em concreto o que se observa é uma grande empresa, fornecedora de máquinas e equipamentos diversos e do outro lado uma pessoa física que adquiriu uma máquina para bordar para utilizá-la a fim de complementar assim sua renda familiar. (Voto Unânime)

Diante da linha de pensamento exposta fica clara a vulnerabilidade econômica de uma das partes e por conta de decisões como esta verifica-se que realmente profissionais podem ser considerados consumidores dotados de hipossuficiência, seja ela econômica, técnica ou jurídica.

Para finalizar este tópico, ressalta-se que pacificamente nas situações em que há a necessidade de reparação pelos danos sofridos pelos consumidores, a dificuldade de interpretação não é tão grande assim, visto que é considerado consumidor e merecedor do efeito citado, todo aquele que sofre o dano, diretamente ou não. Neste caso, melhor seria se utilizar do termo “vítimas”⁴⁰.

De acordo com Ragazzi⁴¹, ocorreu uma “ampliação do conceito de partes”, ex vi no Art. 2º,⁴² Parágrafo único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Ou melhor dizendo ainda, segundo Claudia Maria Marques⁴³,

A solução do CDC é coerente, uma vez que a responsabilidade é objetiva, logo, sem culpa, tal prova não é necessária e não será motivo de exclusão da responsabilidade. O importante neste sistema não será o motivo de exclusão da responsabilidade. O importante neste sistema não é a culpa subjetiva de um ou de muitos da cadeia de fornecimento de serviços, mas sim a prova do

³⁹ STJ reconhece amplitude do conceito de consumidor em casos especiais. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI116240.71043STJ+reconhece+amplitude+do+conceito+de+consumidor+em+casos+especiais>. Acesso em: 02 set. 2010.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 22.

⁴¹ RAGAZZI, 2010, op cit., p. 91.

⁴² GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 2º. Parágrafo único. Capítulo I- Disposições gerais.

⁴³ MARQUES, Claudia Lima; SILVA, Clovis do Couto e. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 412.

(fato) defeito do serviço e do nexo causal com o dano causado às vítimas, todas agora consideradas consumidoras.

Através da análise e da interpretação do contexto geral é que se chega à conclusão de que ao adquirir o bem ou serviço o adquirente estava numa posição de consumidor final ou não, se foi para complementar sua atividade fim ou não. Depois de encontradas às respostas para estas questões, poderá incluir ou não a pessoa jurídica na seara de proteção deste código.

1.4.2 Fornecedor

Quando se menciona no CDC a figura do fornecedor, imediatamente se reporta ao quesito profissionalismo. Diferentemente do que se observou com relação ao consumidor. Desta vez, ao designar exatamente quem é o fornecedor, o legislador quis trazer para esta categoria todos que pudessem realmente ser aqui enquadrados. Usou-se uma expressão que deu cobertura a todas as atividades que envolvem desde a produção até a comercialização de produtos ou de serviços.

No Art. 3. CDC⁴⁴, encontra-se a seguinte definição:

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

Mesmo sendo clara, sempre existiram algumas dúvidas e para que muitas delas já se esvaíssem, o próprio CDC em seu Art. 3º., parágrafo 2º. já complementa que: “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”⁴⁵.

Convém informar que a categoria bancária/financeira era a única que ainda relutava quanto ao enquadramento do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Esta atividade assim como todos os outros fornecedores deve ser submetida ao texto jurídico exposto.

⁴⁴ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 3º. Capítulo I – Disposições Gerais.

⁴⁵ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 3º. Parágrafo 2. Capítulo I-Disposições Gerais.

O enunciado sobre fornecedores no CDC pode englobar muitas outras profissões, pois a discriminação feita no texto jurídico não consta todas as situações possíveis, sendo apresentado então apenas um rol exemplificativo. Estão imunes a esta categoria apenas e unicamente as atividades relacionadas à atividade trabalhista.

Salienta-se que por este motivo as cláusulas abusivas, item sempre encontrado nos contratos financeiros, são inspecionadas com mais frequência o que cria um certo desconforto dentro da relação, mais um agravante para que se torne “nula a cláusula abusiva ou tudo o que fosse decorrer da mesma”⁴⁶.

No CDC a designação *terceiros* é a designação dada a um personagem importante tanto na esfera do consumidor, citado como *consumidor por equiparação* ou na esfera do *fornecedor*. Na esfera do fornecedor, o mesmo pode aparecer ou ser chamado à relação, mas num primeiro momento não configura diretamente ainda como fornecedor, ou seja, ainda não faz parte no pólo (fornecedor) da relação de consumo.

Duas espécies são bem apresentadas por Ragazzi⁴⁷, quando faz referência ao CDC:

- a) Aqueles que embora sem relação com o fornecedor sejam causadores do dano. Tomemos como exemplos: um contrato de transporte de pessoas, em que, durante o percurso o ônibus é assaltado, esse assaltante não mantém qualquer relação jurídica com o fornecedor, e acaba por causar um dano ao consumidor. A secretária do advogado, que causa dano ao consumidor, leva o fornecedor-advogado a responder pelo ato do preposto.
- b) Aqueles que atuam em auxílio ao fornecedor quando da prestação dos serviços, ou seja, contratados pelo fornecedor para o fornecimento de peças necessárias a prestação do serviço.

Sendo assim, o fornecedor pode e deve responder de imediato quando acionado juridicamente quanto à sua responsabilidade numa relação de consumo que apresentou problemas, podendo na sequência chamar ao processo (acionar) aqueles que aos olhos do CDC, são tão responsáveis quanto o primeiro.

⁴⁶ SILVA, 2004 op cit., p. 66.

⁴⁷ RAGAZZI, 2010, op cit., p. 92.

Tem-se a descrição exata do direito de regresso que poderá ser efetuado em outro processo, logo após o acerto da demanda proposta, ou nos mesmos autos, onde já se figura consumidor e fornecedor.

Cavalcante⁴⁸ explica que “a profissionalidade é, portanto, o que determina a incidência jurídica da norma, ao mesmo tempo que afasta normas civis”. Percebe-se então, que a norma é clara e abrangente.

1.4.3 Objeto das Relações de Consumo

Este é o terceiro pilar importante para a formação estrutural da relação de consumo. Não existiria o porquê de todo este aparato de tutela se não houvesse um bem (produto) ou (serviço) de consumo para ser consumido ou utilizado. Entre o consumidor e o fornecedor existe um elo que une as duas partes fazendo realmente existir uma relação ou a fruição de produtos ou serviços dispostos no mercado.

Falar-se-á primeiramente dos produtos, “coisas” que estão à disposição das pessoas para serem adquiridas. Os produtos considerados “grátis” também fazem parte do rol de objetos de uma relação de consumo, pois seu valor já foi incluso no desenvolver e na aquisição do produto.

Significa que desta forma o fornecedor está priorizando a fidelização ou o ganho a longo prazo. Não deixa de ser uma técnica para a lucratividade comercial. O CDC traz disposto da seguinte forma no seu Art. 3. Parágrafo 1º.⁴⁹: “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

⁴⁸ CAVALCANTI, Flavio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 44.

⁴⁹ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 3. Parágrafo 1º. Capítulo I – Disposições Gerais.

Araújo Junior⁵⁰ complementa este conceito dizendo também que: “[...] produto no CDC é empregado no sentido econômico, como fruto da produção, é portando, [sic] um bem. Algo elaborado por alguém, com o fim de colocá-lo no comércio para satisfazer uma necessidade humana”.

Objeto de consumo é aquele que uma vez colocado à disposição do mercado, é remunerado e exercido com certa habitualidade e profissionalismo. Ressalta-se que quanto à gratuidade também vale para os serviços. Um exemplo disso são⁵¹ as contas-poupança abertas gratuitamente pelas agências bancárias, o que cria uma oportunidade bem maior de estreitamento com o cliente. Ficam fora desta seara de tutela específica os produtos considerados na ocasião como insumos e também os serviços decorrentes de relações trabalhistas. O conceito de objeto da relação de consumo é bastante abrangente tanto quanto aos produtos e quanto aos serviços também.

De acordo com CDC⁵² os produtos podem ser apresentar como móvel ou imóvel, material ou imaterial, desde que sejam provenientes de um processo de produção e acabem finalizando o ciclo no consumidor final. Podem se apresentar também como bens duráveis ou não duráveis.

Os serviços são bens de consumo,⁵³ dispostos no mercado a fim de que possam sanar as necessidades dos consumidores. Enquadram-se aqui também inclusive os serviços de natureza bancária.

1.5 DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Qualquer documento importante a ponto de ser elaborado como lei é tomado por uma decisão de fundamentá-lo com algumas diretrizes ou princípios para servirem de base ao conteúdo gramatical e sociológico da idéia a ser criada e exposta.

⁵⁰ ARAUJO JR, João Marcelo. *Comentários ao código do consumidor*. Organizado por Geraldo Magella. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 57.

⁵¹ BASTOS, Rodrigo Garcia. *Dos produtos e serviços gratuitos e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2005. Disponível em: http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6605&. Acesso em: 17 ago. 2010.

⁵² GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 3º. Parágrafo I – Capítulo I – Disposições Gerais.

⁵³ INSTITUCIONAL. Conceitos Gerais. Disponível em: http://www.sjcdh.ba.gov.br/procon/conceitos_gerais.htm#Produto. Acesso em: 17 ago. 2010.

Têm-se alguns pontos que aos poucos tomam forma e se transformam em princípios, expoentes de responsabilidade. É a partir destes que, pelo menos juridicamente, emanará soluções para conflitos e maneiras próprias para resolver questões que normalmente envolvem um grande número de pessoas. No caso do CDC, por exemplo, este número de pessoas alcançadas, muitas vezes é até um número indeterminável.

Os princípios na verdade são um modo de colocar em prática os valores identificados como relevantes dentro de determinado campo jurídico, em que a sociedade está vivendo neste momento. Reflete num conteúdo que pode durar a vida toda, ou até mesmo sofrer algumas mudanças no sentido de melhor adaptação dependendo do contexto atual da sociedade, já que estas normas ou leis são criadas exatamente para dar garantias aqueles que dentro da sociedade delas careçam, principalmente quando se refere a uma classe que se relaciona diretamente com as questões econômicas.

Para Cretella Junior⁵⁴: “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Movidos por este olhar, com intuito de tornar alcançável a todos os reflexos dos desígnios do CDC, este instituto se preocupou não só em tornar acessível o conteúdo do código com uma linguagem limpa e clara quanto aos direitos e deveres, como também se preocupou com os verdadeiros pilares para a funcionalidade deste.

São muitos os fundamentos que norteiam o CDC, alguns emprestados do Código Civil, por ser pressupostamente um instituto voltado aos princípios já elencados no Art. 170 da nossa Constituição Federal⁵⁵.

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

⁵⁴ CRETILLA JUNIOR, José. Princípios jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, n. 97, Jan/Marc. 1988, p. 7.

⁵⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 170.

Partindo destas boas premissas é possível começar a desmembrar estes tão notáveis princípios. A sintonia destes com a instrumentalidade notória do juiz acaba por produzir neste tipo de demanda um eixo fundamental para seu perfeito funcionamento.

Credibilidade, esta é a palavra que explica as demandas e os bons resultados cada vez mais sociáveis e por isto mais satisfatórios. Os princípios são uma verdadeira alavanca na resolução das situações a serem talhadas diariamente.

Ragazzi diz que “o que verdadeiramente faz com que a participação do juiz, se torne cada vez mais efetiva nas decisões é a constante busca que o mesmo faz, na tentativa de conciliar o caso concreto e seus reflexos na sociedade naquele momento”⁵⁶. Para Nelson Nery⁵⁷:

[...] como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social (Art. 1º). O que compreende dizer que ao juiz cabe apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, uma vez que não incide nessa matéria o princípio dispositivo. Sobre tais matérias não se opera a preclusão, bem como as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode, inclusive decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denomina de *reformatio in pejus permitida*, pois trata-se de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz a examine de ofício.

Marcelo Abelha Rodrigues⁵⁸, diz:

Os princípios nada mais são que normas orientadoras de um sistema jurídico, de forma que tanto podem estar nelas embutidos, ou expressamente previstos. Em outras, as normas de um sistema devem traduzir, sempre, seja direta ou indiretamente os princípios que norteiam aquele sistema.

É também baseado nestes mesmos princípios, todas as diretrizes que apontam para constituição dos direitos dos consumidores e também nos deveres da outra parte envolvida, no caso os fornecedores. Salienta nesta linha de pensamento, Cláudia Lima Marques⁵⁹: “As

⁵⁶ RAGAZZI, 2010, op cit., p. 69.

⁵⁷ NERY JR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 121.

⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor. *Revista do Inst. Bras. de política do consumidor*, São Paulo: RT, v. 15. Jul/set. 1995.

⁵⁹ MARQUES, 2006, op cit., p. 54.

normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, más [sic] de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos”.

Com estas idéias colocadas de forma tão fundamentada fica simples compreender os princípios e o porquê de sua aplicabilidade. Iguala-se em condições aquele que é vulnerável, para que o mesmo possa vislumbrar a satisfação de seu desejo sem com isto causar nenhum desequilíbrio contratual, econômico ou financeiro.

Rodrigues⁶⁰ ainda complementa que:

Desta forma, está revelada a gigantesca importância de um princípio num sistema jurídico, de maneira que, insofisticadamente, podemos concluir que ao se ferir uma norma, indiretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido.

Já Carazza⁶¹, afirma que:

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

O que a Constituição Federal quis em 1988 quando trouxe para seu texto jurídico era não se mostrar isenta às preocupações sociais vigentes e às vindouras em proporções muito maiores. Plano de visão digno de um país emergente e atuante em sustentabilidade.

Para Jesús Gonzales Perez⁶²:

os princípios jurídicos constituem a base do Ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação.

Com o domínio da importância dos princípios, os quais serão analisados com a explanação individual, conclui-se que eles servem para criar uma atmosfera mais favorável e propícia à continuidade das relações.

⁶⁰ RODRIGUES, 1995, op cit.

⁶¹ CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30.

⁶² PEREZ, Jesús Gonzales. In: SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito publicitário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136.

1.5.1 Princípio da Transparência e da Boa-Fé

São vários os princípios a serem destacados no CDC⁶³. Já no seu Art. 4º., III, por exemplo, pode-se salientar a presença de um dos mais importantes, se não o mais deste instituto, que é o princípio da boa-fé. Ressalta-se a política nacional de relações de consumo neste capítulo:

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

Oscar Ivan Prux⁶⁴, assim define boa-fé:

[...] é quase o princípio dos princípios, pois, orienta todas as condutas legal e moralmente lícitas na área pertinente às relações de consumo, sendo que paira sobre o sistema legal de proteção do consumidor como um todo. Outro detalhe muito relevante reside no fato de não comportar exceções. Portanto, como já dissemos, é princípio geral que não pode ser ignorado ou esquecido em qualquer relação social bem constituída, elemento que ganha destaque especial nas relações de consumo em razão das peculiaridades *sui generis* que essas apresentam.

Princípios importantíssimos que nos interessam e muito por ocasião da abordagem da publicidade abusiva ou enganosa. Contratos com tais práticas reprováveis lesam o consumidor, vítima da relação de consumo e também desconsideram a importância de um dos mais destacáveis princípios norteadores do código. Daí a gravidade da conduta e posterior sanção justificada.

Nas palavras de Nelson Nery Junior⁶⁵, observa-se que:

⁶³ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art 4º., parágrafo 3º. Capítulo II – Da política nacional de relações de consumo.

⁶⁴ PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo: Tese de Doutorado/Direito, PUC, 2001, p. 186.

⁶⁵ NERY JR, Nelson. Código do processo civil comentado apud RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 53.

Mesmo que as partes nada tenham convencionado sobre este princípio, deixando de ser objeto das tratativas contratuais, ou, ainda, não constando do instrumento de contrato de consumo, reputa-se existente o que denominamos de cláusula geral de boa-fé.

A boa-fé fica explícita quando um contrato é feito com transparência. Não há o que falar em contratos com boa-fé sem a transparência que lhe é peculiar. No CDC a intenção proposta é que esta transparência se dê não somente durante o contrato, mas que ela já seja visível nos atos do pré-contrato e posterior a esta relação, dando sentido ao pós-venda do produto ou serviço. Inclusive quando cita-se a situação de um pós-venda, na verdade já adentra-se na esfera de outro princípio a ser destacado, que é o da equidade, o equilíbrio contratual da relação de consumo.

O princípio se refere no contexto do CDC à boa-fé objetiva, aquela que se firma como um modo correto de agir, levando em conta o respeito com a outra parte da relação. Nas relações de consumo que apresentam desvios de condutas publicitárias, sejam elas abusivas ou enganosas são fundamentadas em condutas totalmente desprovidas da valoração deste princípio.

A boa-fé objetiva deve se fazer presente nos mais diversos documentos formais que acompanham a relação de consumo. Sendo assim conclui-se que este princípio é recorrente não só para proteção do consumidor como também o reconhecimento do profissionalismo do fornecedor e em última observação contribui também para a valorização dos ditames da ordem econômica, já preconizados no Art. 170 da Constituição Federal.

Segundo Agathe Schimidt⁶⁶:

[...] a aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir.

Em face desta observação esclarecedora salienta-se que o princípio da boa-fé pode facilmente ser inserido no contexto das normas das relações de consumo e figurar também como cláusula geral, o

⁶⁶ SCHIMIDT, Agathe. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. In: *Revista do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 17, p 156.

que dá margens para uma atuação do judiciário cada vez mais firme e condizente com a realidade o que traz maior proximidade inclusive com o princípio da equidade, conforme cita-se a seguir.

1.5.2 Princípio da Equidade Contratual

A relação de consumo pode ser verificada antes mesmo do contrato ser formalmente celebrado. Consumidor e fornecedor ligados por um objeto como eixo acordam entre si. Necessariamente esta relação não precisa neste momento se findar, principalmente quando for o caso de um contrato relacionado a produtos com garantias ou serviços continuados.

Apresenta-se então, um contrato legal como realmente deve ser. Baseado nos princípios da boa-fé e da transparência conjugados com o terceiro princípio citado que é o da equidade contratual, surgindo um acordo leal entre as partes.

A expressão “lealdade” faz um resgate à segurança contratual. A certeza de que não haverá incompatibilidade entre as duas categorias que formam a relação de consumo ou mesmo que uma delas vislumbre vantagens em detrimento da outra.

Em tempo, salienta-se que o resultado do contrato no CDC é mais importante do que a cláusula em si, até porque ela será considerada nula de pleno valor caso seja viciosa. O contrato pronto e assinado pelo consumidor será concluído independente da autonomia da vontade ao ferir os desígnios ou princípios de ordem pública do CDC.

Este princípio encontra embasamento no Art. 51, IV, onde o CDC deixa claro que principalmente no caso da publicidade que será considerada abusiva quando apresentar conteúdo incompatível em consideração à equidade. É muito menos dispendioso entender a equidade já no plano concreto visto que a vulnerabilidade do consumidor além de econômica, como normalmente se apresenta é por vezes também técnica por conta da carência de informações e negocial pela vulnerabilidade jurídica⁶⁷.

⁶⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 181.

Segundo Pasqualotto⁶⁸:

Tem-se o conceito formado no CDC de que a equidade deve ser também observada no pólo contrário quando se referir aos prejuízos. Estes devem ser distribuídos a fim de que supra o mais rápido possível sua aplicação no intuito de sanear a responsabilidade pelos danos causados.

Nestes termos é possível ainda dizer que a publicidade abusiva ou enganosa num primeiro momento destrói a confiança colocada em xeque e torna-se inevitável a simetria da proximidade da causa e do resultado o prejuízo constatado.

1.5.3 Princípio da Vulnerabilidade

Dentro da relação de consumo vulnerabilidade é o fato de constatar a condição desigual do consumidor com relação ao fornecedor. Parte sofrível diante do conhecimento da outra parte com referência ao objeto da relação. Este princípio leva em consideração o visível despreparo do consumidor diante dos produtos e serviços a ele oferecidos.

A hipossuficiência é condição para que se realmente se constate a relação de consumo. A hipossuficiência não está ligada apenas ao cunho econômico, mas ao despreparo diverso da figura do consumidor frente às questões que envolvem o consumo. Não há o que se falar quanto ao disposto no CDC, com referência a proteção do consumidor. A lei foi feita exatamente com este intuito.

Não há então o que contestar. São muitos os pontos de vista, mas o termo protecionista vem causando, como tudo que é novo, certo desconforto por invadir a esfera de outro princípio agora fundamental, que é o da isonomia. Princípio este que diz no texto constitucional que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁶⁹.

⁶⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176.

⁶⁹ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 5. *caput*.

Quando Roberto Basillone Leite⁷⁰ se debruça sobre o tema, ensina que:

A expressão protecionista pode, em face de uma análise superficial, levar à idéia errônea de que a lei de consumo tem espírito antiisonômico, ou seja, pode-se vislumbrar um conflito entre o princípio protecionista e o princípio da isonomia, constante no caput do artigo 5º. da Constituição Federal.

A Constituição Federal faz neste mesmo princípio algumas ponderações importantíssimas onde ela assume a postura de ser desigual quando tratar de desiguais, a fim de que possa equilibrá-los e harmonizá-los dentro do contexto social para que não insurja no seio da sociedade tratamentos privilegiados a uns e tratamentos providos de estrangulamentos a outros, principalmente por meio de discriminações, aqui no sentido exato da palavra.

Celso Bandeira de Mello⁷¹, pode explicar bem esta questão:

[...] têm que se investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamentação racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Têm-se a primeira vista um panorama contraditório. A busca e o resultado de toda a questão, levando em conta o princípio da vulnerabilidade, vai muito além de ser somente um conflito de princípios. Aqui a visão constitucional mostra o quanto é macro seu alcance, até porque o princípio da vulnerabilidade não é um fim em si mesmo.

A essência do princípio da vulnerabilidade está justamente na “armadilha” de qualificar alguns (os menos favorecidos) da relação, para que mais adiante a relação se equilibre e tenha-se assim condições de dar tratamentos isonômicos.

⁷⁰ LEITE, Roberto Basillone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTR, 2002, p. 58.

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

1.5.4 Princípio do Dever Governamental

A tutela do consumidor é de responsabilidade do Estado, é o que diz o Art. 4º. Inciso II do CDC. Tutela específica, mas que engloba vários aspectos para proteger o hipossuficiente. O estado age deliberadamente, inclusive *ex officio*, por menções administrativas ou legislativas. Esta ação do estado pode ser observada de várias formas, através de órgãos, associações etc.

A ação do estado no sentido de tutelar o consumidor se insere no cotidiano com o poder e dever de intervir. Faz-se cumprir e garantir ao consumidor a qualidade dos produtos e serviços, a segurança do consumidor frente aos produtos, principalmente os que aferem cuidados especiais por representarem certa nocividade.

O Estado não pode se omitir frente aos abusos cometidos, e só não age com mais eficiência, por falta de estrutura administrativa, ainda observada. Neste princípio se encaixa perfeitamente a figura do órgão mais conhecido na esfera do direito do consumidor, que é o PROCON, (Proteção ao Consumidor).

Sua principal finalidade é apontar soluções para as demandas de consumo sempre que houver necessidade, fiscalizar e fazer funcionar as normas estipuladas pelo CDC para estas relações.

Além dos PROCONs, existe uma gama de muitas outras entidades que fiscalizam as ações e demandas de consumo, prestam serviços e atuam nas comunidades de modo mais efetivo. O IDEC⁷² (Instituto brasileiro de Defesa do Consumidor); ADECCON⁷³ (Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor). Estas associações normalmente surgem e começam a funcionar emanadas a princípio por um episódio que afetou várias pessoas que a compõem.

Mas isto não é regra, o que interessa é notar a mobilização das pessoas no sentido de aprimorar cada vez mais o sistema. As associações se comunicam, fazem trocas de

⁷² INSTITUCIONAL. Disponível em: <http://www.idec.org.br>. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁷³ INSTITUCIONAL. Disponível em: <http://www.adecon.org.br>. Acesso em: 16 ago. 2010.

experiências, confabulam desfechos e até propõem ações de interesses coletivos. O intuito é sempre no sentido de tornar cada vez mais clara, aprimorada e eficiente a estrutura que tutela o consumidor.

Um exemplo deste tipo de associação que podemos aqui citar é a Associação de Vítimas da TAM⁷⁴, criada em ocasião do trágico acidente em São Paulo que vitimou quase 100 pessoas. Parentes destas vítimas se uniram, formaram esta associação com a intenção de agilizar o processo indenizatório, que é a pragmática prestação da tutela.

É notável ação poder/dever do Estado em funcionamento paralelo com a sociedade. Diante deste prisma, a conotação da atuação do Estado é vista como descentralizada, pois no próprio texto do Art. 170, Constituição Federal, já se podia ver o incentivo dado à livre iniciativa, bem como o apoio a leal concorrência.

Cita-se outros institutos que igualmente se organizam para alcançar benesses para a sociedade como um todo. CADE⁷⁵ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que cuida para que o mercado praticamente se auto regule, sem causar desvios como o monopólio, visto como verdadeiro vício de mercado. Têm-se o SINMETRO⁷⁶ (Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial), que cuida das normas de qualidade dos produtos e muitos outros.

Todo este aparato traz resultados dos mais variados devido aos meios de produção diversificados, cada vez com mais qualidade e competitividade. Estes critérios além de elevar o nível de satisfação dos consumidores e protegê-los de possíveis ações abusivas dos fornecedores, responde com a mesma veemência que lhe é cobrada.

Dispõe-se no mercado cada vez menos, produtos e serviços com vícios e defeitos. Acirra a concorrência, o que evidência a médio e longo prazo um ganho estrategicamente “natural” de toda a sociedade, como se pode constatar nas estatísticas.

⁷⁴ TAM: familiares de vítimas criam associação. 21/10/2007. Redação Terra. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/acidentecongonghas/interna>. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁷⁵ INSTITUCIONAL. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 16 ago 2010.

⁷⁶ OBJETIVOS DO SINMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>. Acesso em: 16 ago. 2010.

1.5.5 Princípio da Informação e Conscientização do Consumidor e Fornecedor

Diz-se que o código é um primor jurídico, visto que detalhou além da postura que deve ser assumida pelas partes da relação de consumo sobre seus direitos e deveres, vai além, emite parecer favorável a toda forma criada pelas associações e órgãos no sentido de educar, ensinar e esclarecer.

O segredo do grande sucesso de uma “lei que pegou” se dá principalmente por conta desta abertura que o próprio sistema criou de dar autonomia para que a sociedade colabore de forma atuante junto ao texto jurídico exposto. Nota-se que este implemento vai desde informações básicas na rede de ensino, como se fazer possível a matéria Direito do Consumidor, nos mais variados cursos oferecidos, inclusive em áreas distintas das humanas sociais.

Este comprometimento também é observado nos programas de iniciativa privada, sem falar é claro na presente atuação da imprensa em todo o país. Desde rádio, revistas, tv, internet e tudo mais, funcionam e informam milhares de pessoas.

Num dado momento, passa-se a atuar na sociedade não mais como mero consumidor ou “telespectador”, mas sim como agente fiscal do sistema educacional de consumo. Em tempo, informa-se ainda a obrigatoriedade do CDC em todos os estabelecimentos comerciais.

1.5.6 Princípio da Responsabilidade Objetiva

Responsabilidade objetiva é mais um dos grandes destaques deste instituto e por isso classificado como princípio a ser seguido. O CDC⁷⁷, adota e parte da hipótese da teoria do risco, onde o fornecedor arca ou responde pelo dano causado ao consumidor, independente de culpa.

⁷⁷ GRINOVER et al., 2007, op cit., Artigo 12.Seção II – Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

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

Tem-se exceções, mas além de não ter necessariamente que provar a culpa do fornecedor, o consumidor ainda é beneficiado com a inversão do ônus da prova, mesmo que esteja na posição de réu dentro de um processo. Este princípio leva-se em conta para seu enquadramento o nexo existente entre o dano e a conduta do fornecedor do bem ou serviço.

É pacífica no judiciário esta vertente, existindo exceções apenas quando confirmada algumas situações, como explica melhor Nelson Nery⁷⁸:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral do CDC. Assim toda indenização derivada de relação de consumo sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva salvo quando o código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor por danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.

Sendo assim, percebe-se que não é prioridade para o microsistema se houve ou não intenção real de lesar o consumidor. Interessa sim nesta esfera a reparação do dano sofrido e prevenção para que o mesmo não se repita.

Um exemplo⁷⁹ onde fica bem caracterizado o tipo de resposta que se espera ao chamamento à responsabilidade é o desfecho de um episódio que ocorre dentro de um hospital. Neste caso, onde fica claro que o médico realizou um diagnóstico e procedimento imprecisos e que graças a isso houve uma consequência danosa à saúde da paciente, e só mais tarde a mesma recebeu o diagnóstico correto quando seu estado de saúde já havia se agravado.

Nestas situações aciona-se o hospital que responde objetivamente quanto ao dano causado ao consumidor. A questão de culpa do médico está em segundo plano neste momento, onde o mais importante é sanar ou amenizar o dano causado ao consumidor. O

⁷⁸ JUNIOR, Nelson Nery. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725.

⁷⁹ DECISÕES E CASOS. FGV, Direito, Rio de Janeiro. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/Decis%C3%A3o_5_Art_932_do_CC_e_CDC. Acesso em: 18 ago. 2010.

médico responde subjetivamente, pois profissionalmente faz parte do quadro de exceções dentro deste instituto, os autônomos.

Ainda neste assunto é importante frisar que no caso dos tipos de publicidades abusivas e enganosas, a aplicação da responsabilidade desta forma facilita o controle do desencadeamento da lesão, visto que a partir do momento que se responsabiliza objetivamente os envolvidos, o resultado que se alcança em termos de prevenção torna-se muito mais relevante.

Observa-se a necessidade de estreita relação entre o dano e a causa, constatando isso descartar-se a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte do consumidor o que lhe dá legitimidade inclusive em uma possível indenização.

O mesmo acontece em se tratando da publicidade abusiva ou enganosa que envolve o consumidor. Independente da intenção, o fornecedor que anuncia é responsável pelo que possa acontecer com o consumidor, desde que fique claro que há nexos causal entre seu produto ou serviço anunciado e o defeito danoso observado.

Ressalta-se que normalmente no caso responsabilidade objetiva proveniente da publicidade enganosa, a resposta vem em forma de compensação material e no caso da publicidade abusiva a compensação esta ligada a questão moral⁸⁰.

Além da proteção presente neste princípio nota-se que a responsabilidade objetiva dá também a oportunidade do consumidor fazer valer seus direitos em condições favoráveis, independente de sua condição financeira⁸¹.

O princípio da responsabilidade objetiva se tornou relevante e eficiente por ocasião de algumas ressalvas feitas a outros princípios. Segundo Passarelli⁸²:

⁸⁰ SILVA, Andréa Lopes da. *Responsabilidade civil aos vinculadores de publicidade enganosa ou abusiva*. 01/05/2010. Disponível em: <http://consumidoinformado.tuningblog.com.br/13271>. Acesso em: 18 ago. 2010.

⁸¹ ARRUDA, Luiz Renato Tegacini de. *Responsabilidade objetiva ou teoria do risco*. 11/02/04. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=209>. Acesso em: 18 ago 2010.

⁸² SILVA, Gustavo Passarelli da. *A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após do novo código civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>. Acesso em: 18 ago. 2010.

a observância pontual do interesse ativo, da prevenção ao alcance de todos, da equidade ou do interesse preponderante, da repartição do dano e do caráter perigoso do ato, fizeram com que a postura frente a responsabilização mediante nexos causal presente tanto na norma específica do CDC como também no Código Civil, se tornasse evidente e pacificada nas relações de consumo.

É fato que toda pessoa que realiza alguma atividade comercial que lhe traga lucratividade, de regra já faz parte do rol que integra os que estão sujeitos a teoria do risco. Tira-se proveito economicamente da situação e em contrapartida assume-se o risco e a responsabilidade diante de qualquer infortúnio danoso que venha causar ao consumidor, independente de culpa.

2 DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE

No século XIII existia uma regra com relação ao consumo aferida diretamente ao despreparo do consumidor. Não era um princípio, mas era imposto e seguido sem pestanejar pelos envolvidos na relação. Um costume pejorativo que reinava nas relações de consumo para total desespero do consumidor.

A expressão que qualifica este costume que por anos foi lei entre as partes é conhecida como *caveat emptor*⁸³, “deixar que o comprador...”. Esta é a maior prova de que a exploração do consumidor ultrapassou todos os limites possíveis. Nesta época o consumidor numa situação de aquisição de algo, se via diante de duas opções ao adquirir um produto ou serviço com vícios ou defeitos: ou arcaria com os prejuízos que pudesse ter ou não compraria.

Comprar, adquirir algo de consumo seria o mesmo que arriscar-se desmedidamente, assumir o risco e ainda ouvir mais tarde a famosa expressão costumeira da época: “Por que não prestou atenção no que estava comprando?”. Desta forma, não havia a menor chance para o consumidor se estabelecer como figura atuante no mercado de consumo. O consumidor tinha que praticamente adivinhar se o produto iria apresentar algum problema ou não. Esta situação caótica ficou para trás no momento em que se reconheceu a real importância da publicidade.

Com a Revolução Francesa as normas jurídicas evoluíram e mudaram, passava-se do conceito primitivo para o conceito contemporâneo de integração, passa-se a existência de normas vigentes com a interação da publicidade. A publicidade a partir de então vêm funcionando como um convite, uma porta de entrada para a comercialização efetiva dos produtos e serviços de consumo.

⁸³ INSTITUCIONAL. 16.10.2010. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor. Acesso em: 13 ago. 2010.

Para Antonio Herman⁸⁴:

A publicidade é um dos temas mais complexos do direito do consumidor. Desafia o legislador, o aplicador e a doutrina, seja com sua relevância e imprescindibilidade ao funcionamento do mercado, seja com suas múltiplas facetas, um fato jurídico em permanente transformação. [...] mais longe está de compreender sua real dimensão, e mais que tudo, os riscos variados que traz para o consumidor, como agente econômico (o bolso), mas, principalmente como ser humano (a dignidade).

Não se pode negar que a questão econômica é mais uma vez a pedra de partida para este passo. A idéia de obter mais lucro, alcançar cada vez um número maior de consumidores faz com que o investimento nesta área seja cada dia maior. É simples dizer que a publicidade não funciona por outro meio que não seja o público, e é exatamente por este motivo que ela se alastra a todos incontestavelmente e por este motivo também fica evidente quando comete abusos. Em todas as esferas que o homem atua sempre há a necessidade de uma ação externa controladora para coibir os excessos ou para controlar para que estas práticas não se tornem comuns.

Não há como negar as mudanças trazidas para o panorama jurídico deste país através do CDC. Os reflexos positivos se fazem presentes na vida cotidiana das pessoas e estes são mostrados em tempo real pela publicidade de seus atos e pela publicidade lida como oferta que alcança e instiga tantos consumidores.

A parte contratual passou a assumir o papel apenas formal, fica-se a mercê das proposituras feitas ao consumidor outrora, de forma direta ou indireta mediante um anúncio publicitário.

Não existe uma hierarquia entre os vários aspectos levados em conta dentro da estrutura que dá credibilidade ao funcionamento das relações de consumo, mas é incontestável a importância e espaço conquistado pela publicidade, visto que o contrato firmado já havia se iniciado no momento em que a publicidade daquele produto ou serviço invadiu a casa do consumidor através de tantos meios de comunicação como internet, tv, rádio, jornais.

⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. Comentários ao código de defesa do consumidor apud AZEVEDO, Ney Queiroz de. *Sociedade da informação: os limites jurídicos da publicidade à luz do código de defesa do consumidor*. 4. ed. Curitiba: Dóris, 2007, p. 12.

A expectativa do fornecedor com relação à lucratividade triplicou, pois o tempo que leva-se hoje para alcançar o público alvo de um produto ou serviço ultrapassa qualquer precedente, um verdadeiro fenômeno chamado publicidade tomado por tantos recursos tecnológicos.

Os resultados surgem tanto positivamente como negativamente, dependendo do desfecho da relação de consumo. A menção é feita apenas para se recordar que as responsabilidades do fornecedor para com o consumidor, nem sempre são apenas as que estão dispostas no contrato e sim o que foi veiculado na publicidade daquele produto ou serviço. O CDC se refere a este assunto como sendo obrigações pré-contratuais, as quais devem ser vistas com a mesma responsabilidade dispensada às contratuais, sob pena de sanção. Conforme dispõe o Art. 35 do CDC⁸⁵.

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 de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Segundo Pasqualotto⁸⁶, o disposto por meio da publicidade forma o “contrato invisível”. É o mesmo que dizer cláusula oral e caso não a seja, que seja escrita, mas escrita fora do contrato.

Art.30 CDC⁸⁷:

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.

O CDC não diz que é obrigatório ao fornecedor fazer publicidade de seus produtos ou serviços, mas já que se fez esta opção, que a faça dentro dos preâmbulos ditados e exigidos na lei.

⁸⁵ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 35. Seção II – Da oferta.

⁸⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *VI Curso Nacional de Direito do Consumidor*. Recife, 1994 apud MARQUES, 2006, op cit., p. 747.

⁸⁷ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 30. Sessão II – Da oferta.

Bittar⁸⁸, explica que:

a publicidade responde, em seu íntimo, a uma necessidade do homem: a de comunicar-se, de outro lado, centro transmissor de idéias. Com efeito a mensagem através da qual o bem é apresentado ao público vaza-se, não raro, em termos didáticos, acompanhada, pois, de ensinamentos a respeito da matéria.

Ninguém faz publicidade simplesmente por fazer, a publicidade é feita com intuito comercial, caso contrário conceitualmente não seria publicidade e sim simplesmente propaganda, o que é bem diferente. Diferenciação esta que será mais detalhada em ocasião do estudo aos tipos de publicidade abusiva e enganosa

Para haver uma boa publicidade ou uma publicidade de real alcance faz-se necessário a elaboração de um anúncio. Isto requer estudos aprimorados sobre estratégias a serem utilizadas, feitas por um profissional da área de publicidade e marketing. É claro que toda esta manobra tem um custo e é claro também que alguém terá que pagar por este custo.

Sendo assim, quando se adquire um produto, na maioria das vezes este ato foi movido pela instigação causada por uma publicidade eficiente. A compra realizada significa que o objetivo com a publicidade lançada no mercado com base naquele produto foi alcançada e apresentou os resultados desejados. Os custos da criação e elaboração da publicidade são diluídos no valor do produto.

A palavra *publicidade*⁸⁹ surge como “mensagem que publicita produto ou serviço= anúncio”. O pensamento do legislador foi muito além disso, afinal, como tudo que é peculiar no CDC, quanto à publicidade não seria diferente. A lisura da publicidade também têm suas nuances bem demarcadas no instituto em estudo. De qualquer forma é demasiadamente significativa as observações que se seguem sobre o assunto.

Como já dito, na introdução deste trabalho, não se pode falar em conceito de publicidade sem alinhavá-lo com o mercado e as normas de direito. A Lei 4.680/65, que é

⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 78.

⁸⁹ DICCIONARIO PRIBERAM DA LINGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=micro sistema>. Acesso em: 12 ago. 2010.

Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, (CARP) diz que⁹⁰, “publicidade comercial é toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Diante do exposto vale ressaltar o Art. 27 da Lei 4.680/65, o qual poderá ser observado no anexo 3⁹¹. Os publicitários concordam quando nitidamente conceituam publicidade como um trabalho profissional que se adéqua perfeitamente a uma realidade já pesquisada, facilitando e possibilitando a comercialização de produtos ou serviços.

Este trabalho, apesar de ser elaborado por uma equipe profissional de publicidade, em nada responde juridicamente por problemas surgidos com referência aos produtos ou serviços do anúncio, vistos que apenas foram contratados e pagos para elaboração. O patrocinador é o único responsável, já que o mesmo tem o domínio das particularidades dos produtos como os serviços colocados em evidência para o consumo.

Segundo Walter Ceneviva⁹², para o direito:

Publicidade é o termo que compreende diversas realidades jurídicas, submetidas a tratamento legislativo variado, ao qual o CDC acrescentou regras novas e importantes, relacionadas com a divulgação comercial de produtos e serviços.

São muitos os conceitos de publicidade, mas é certo dizer que publicidade é um trabalho realizado por profissionais, de forma racional e focada. Dão vazão às idéias propostas pelos fornecedores, criam um jeito de informar com uma boa dose de convencimento, o que acaba instigando o público a ponto de influenciar potencialmente sua decisão na hora da compra.

Vários aspectos estão envolvidos no desenrolar desta trama de sucesso, em toda campanha publicitária faz se presente alguns itens como patrocínio, impessoalidade, serviços, idéias, produtos, informação, persuasão e é claro tudo isto com direcionado ao público.

⁹⁰ CARP - Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Art. 3º.

⁹¹ *Ibidem*, Art. 27.

⁹² CENEVIVA, Walter. *Publicidade e o direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 70.

É importante esclarecer alguns pontos que começam a ser confundidos por conta da cultura popular. Um exemplo disso é o patrocínio, que neste caso, necessariamente não quer dizer pagamento. Quanto à impessoalidade é um item importante porque a publicidade tem a ver com produto ou o serviço e não com a pessoa que a está patrocinando. Não é a figura pessoal o grande interesse neste tipo de publicidade.

Ressalta-se que mesmo quando há publicidade de pessoas que são autônomas, é interessante que fique bem claro a importância do serviço que este profissional liberal está se propondo a realizar com a máxima competência.

Mesmo diante de todas estas ponderações, há também ao lado da publicidade comercial, a publicidade institucional, aquela que realmente fala de determinada instituição, na intenção de promoção da pessoa vinculada a esta. Neste caso sim a publicidade teria uma natureza jurídica diversa da primeira citada.

Um dado importante é sobre como é feito o controle da publicidade. Falou-se muito em um controle puramente estatal, onde o estado toma as rédeas da situação, controla, dita normas, modifica e incrementa quando necessário. Neste tipo de controle somente o Poder judiciário ou os órgãos da administração pública (Departamento de proteção e defesa do consumidor – DPDC e Procons)⁹³ é que verdadeiramente e somente estes atuam.

Esta forma de controle⁹⁴ é dirigida primeiramente pelas diretrizes da Constituição Federal que são efetivadas juntamente com a norma especial conhecida como CDC e outras leis ordinárias que compõem o ordenamento e se relacionam com este assunto.

O controle deste modo ainda é muito criticado pelos que representam a classe publicitária, pois estes se sentem perseguidos e fadados a um tipo de obediência ultrapassada (censura) e pouco democrática. Pasqualotto⁹⁵ explica que:

⁹³ CONTROLE BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/download/ControleBrasileiroDePublicidade.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2010.

⁹⁴ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *Panorama normativo de controle da publicidade de consumo no direito brasileiro*. 2001. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PqmwITM14rcJ:ojs.c3sl.ufpr.br>. Acesso em: 18 ago. 2010.

⁹⁵ PASQUALOTTO, 1997, op cit., p. 64.

As restrições que se fazem à publicidade são frequentemente confrontadas com argumentos em favor da liberdade de expressão. Segundo esta linha de raciocínio a publicidade seria uma forma de expressão protegida constitucionalmente e, por isso, não seria suscetível à restrições. Ela seria uma espécie de liberdade de expressão artística. Qualquer forma de limitação constituiria uma espécie de censura.

Percebe-se que este tipo de linha de pensamento tem um fim em si mesmo, ou seja, não leva em consideração todos os tipos de liberdade disponíveis no texto jurídico, nem sequer nota que ao avançar em rumo a uma liberdade sem restrições, por outro lado esmaga ou afere o direito à liberdade de outrem. De outro lado, apresenta-se a teoria do controle privado, onde a interferência do estado seria totalmente dispensável. Deste modo, apenas os participantes atuariam no sentido de realizar todas as diretrizes já enunciadas no outro modelo.

Pois bem, a teoria adotada pelo CDC é a mista, o código acredita na autorregulamentação até certo ponto, mas também acredita necessária a intervenção estatal, principalmente em épocas com grandes oscilações de mercado, com grande frequência de abusos publicitários.

Segundo Herman⁹⁶ “este é realmente o modelo ideal”, visto que acata sugestões do público e do privado. Participam conjuntamente neste modelo de intervenção as normas privadas de regulamentação publicitárias, como o CONAR com seu código de autorregulamentação próprio e também a administração pública representada pelo judiciário.

2.2 DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

Antes de apresentar as diferenças entre publicidade abusiva e enganosa, para melhor compreensão, necessário seria definir o termo propaganda. O termo propaganda se refere a algo bem distinto do que se espera em relação ao termo publicidade. Cuidados são necessários para que não incuta no mesmo erro que a maioria das pessoas que definem este termo sem conhecimento da questão.

⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. *Oferta e publicidade*. p. 27. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16356>. Acesso em: 18 ago. 2010.

Esta confusão quanto aos termos, por muitas vezes não é muito levada em conta, porque são pouquíssimas as passagens que realmente estão se referindo a propaganda, então em situações como esta, por via comum as pessoas quando escutam o termo “propaganda”, já entendem que estão se referindo a publicidade.

Os publicitários ou o grupo de pessoas que trabalha diariamente com estes termos se sentem bastante ofendidos com esta confusão, pois não percebem nenhum movimento no sentido de realmente esclarecer tal ponto, até porque os próprios não conseguem chegar a um consenso. No caso da discussão em questão, é inevitável a distinção, visto que a regulamentação e as sanções dispostas no CDC se referem à publicidade e não a propaganda.

Segundo Eugênio Malanga⁹⁷,

A Propaganda pode ser conceituada como: atividades que tendem a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico. Propaganda, portanto, é a propagação de idéias, mas, sem finalidade comercial. A Publicidade, que é uma decorrência do conceito de Propaganda, é também persuasiva, mas com objetivo comercial bem caracterizado. Portanto, a **Publicidade** é definida como a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. A Publicidade é um conjunto de técnicas de ação coletiva, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes. A Propaganda é um conjunto de técnicas de ação individual, utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico).

Depois deste conceito esclarecedor, fica visível as diferenças entre os termos. Conclui-se que publicidade é algo muito mais elaborado do que a propaganda. Trata-se de uma fase posterior, de avanço dentro do ramo da comunicação. A publicidade é composta por uma série de atividades que se relacionam, cita-se o marketing por exemplo.

Para Mário Guerreiro⁹⁸, a propaganda:

É uma atividade voltada para a difusão de uma idéia (a propaganda política é o mais conhecido exemplo), ao passo que a publicidade é uma atividade

⁹⁷ MALANGA, Eugene. *Publicidade e propaganda? Existe diferença entre elas?* Disponível em: <http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.

⁹⁸ GUERREIRO, Mário. A. L. apud MARANHÃO, Jorge. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas: Papyrus, 1988, p. 12.

voltada para a difusão de uma mercadoria específica (publicidade desta marca de cigarro ou daquela marca de sabão em pó).

É preciso frisar que no caso do CDC o único termo que nos interessa referente às relações de consumo é a publicidade. Outro detalhe importante é que o CDC apesar de frisar a postura frente às práticas reprováveis dos fornecedores como a publicidade feita com abuso ou a publicidade que cause engano ao consumidor. O instituto não mostra e nem conceitua o que é exatamente publicidade.

O mundo moderno e democrático não poderia se esquivar da responsabilidade de gerir de certo modo um setor capaz de emanar tantas influências positivas ou negativas em vários outros setores importantes. Não se tem a intenção aqui de instigar e sugerir a afrontação da livre expressão como era feito durante o período da ditadura, apenas dizer que é preciso o controle.

Claudia Lima Marques⁹⁹ dentro deste contexto afirma e levanta algumas questões sobre o assunto, já que a publicidade abusiva é considerada um ilícito civil:

Se publicidade tem apenas duas funções: informar os consumidores e estimular o consumo. São funções econômicas e que podem causar danos patrimoniais ao consumidor. Mas, e os danos morais causados pela publicidade? É inegável seu poder condicionante do comportamento dos consumidores. O próprio art 7º. do Código de Auto-Regulamentação Publicitária reconhece que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população.”

Nota-se que tanto o abuso como o engano ainda subsistem nesta relação porque temos comportamentos ou pessoas que ainda agem movidos pela má-fé. A intenção é sempre lesar o consumidor, negligenciando informações importantes sobre o produto ou serviço, influenciando negativamente o consumidor, fazendo uso de seus medos, causando insegurança.

De várias formas ainda acontecem estas práticas dentro da publicidade utilizada para aumentar o consumo. Este tipo de publicidade é visto como desenfreada, são os famosos desvios, praticados por fornecedores que agem sem fazer projeções e sem se importar com a outra ponta que forma este grande elo que é o consumidor.

⁹⁹ MARQUES, 2006, op cit., p. 807.

Publicidade abusiva é o tipo de desvio dentro do meio publicitário, configurada basicamente a partir do uso da discriminação. Discriminação esta que pode estar diretamente ligada às questões que instiguem a violência e que de algum modo faça o fornecedor obter vantagens explorando o medo, a superstição e até mesmo a inexperiência do consumidor e das crianças principalmente.

Este tipo de desvio chamado de abusivo dentro da publicidade têm sido o grande impasse para as normas vigentes, tanto do instituto publicitário que normatiza os diversos tipos de propaganda e publicidade e até mesmo para o CDC.

No artigo 37, parágrafo 2º do CDC¹⁰⁰, como pode-se observar abaixo, cita-se vários tipos de conduta (exemplos), mas nenhuma delas age de forma condicionada para causar prejuízos financeiros ao consumidor, pelo menos diretamente não, o que dificulta a análise e posterior sanção:

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

O termo abusivo está muito relacionado com a concorrência desleal, aquela que se utiliza de todo tipo de manobra perigosa para conseguir o objeto desejado. Para Thierry Bourgoignie¹⁰¹: “a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesses dos concorrentes, e, com o desenvolvimento do mercado e de novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor”.

Se explicita várias opiniões sobre o conceito abusivo na publicidade já que este ponto não é o mais esclarecedor no código. O CDC preocupa-se muito mais em se debruçar sobre a “poda” das práticas consideradas como desvios.

Chega-se a um patamar de visão de que tenha o legislador, de propósito, deixado de conceituar publicidade abusiva de modo mais claro para assim dar margem para que a atuação

¹⁰⁰ GRINOVER, et al., 2007, op cit., Art. 37, Parágrafo 2º. Seção III – Da publicidade.

¹⁰¹ BOURGOIGNIE, Thierry. “La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d’une réflexion” apud GRINOVER et al., 2007, op cit., p. 351.

do juiz possa realmente ser protetiva no caso concreto. Tudo que afeta a saúde, a segurança, a segurança social e o ambiente do consumidor, pode de certa forma configurar objeto afetado por uma publicidade abusiva.

Para tais abusos vale lembrar que o próprio CDC dita efeitos e sanções. A publicidade abusiva movida por fornecedores com comportamentos sem ética, reprováveis, com objetivo apenas do lucro incessante e o ganho de mercado. Os consumidores, vítimas deste tipo de relação podem sofrer o abuso de várias maneiras.

A publicidade abusiva pode ressurgir inclusive na forma de discriminação. Neste tipo de publicidade o desrespeito com a pessoa humana é fato. Percebe-se esta intolerável ofensa quando se denigre a raça, o sexo, a condição social da pessoa e ou até mesmo as crenças religiosas. Este tipo de publicidade fere demasiadamente o princípio da igualdade (Art. 5º. *Caput* CF).

Um exemplo de abusividade racial, veiculado nos meios de comunicação foi a campanha da Benetton, onde se exibia duas crianças, uma branca e a outra negra. No cabelo da criança negra, providenciaram um penteado que fazia analogia à presença de chifres. O CONAR¹⁰², órgão responsável pela correção destes desvios publicitários “decidiu por suspender publicidade e advertir o anunciante”.

Porém, acatou um recurso concordando que realmente pode não ter havido intenção de discriminar, mesmo apresentando-se de forma ofensiva. Para Adalberto Pasqualotto¹⁰³:

A decisão recursal foi contraditória e equivocada. Contraditória, porque não se explica que algo possa ser ofensivo a uma raça, sem que esta ofensa implique discriminação. Equivocada, porque o elemento subjetivo – dolo ou culpa – é irrelevante, posto que o dano decorrente da publicidade abusiva é objetivamente verificável e deve ser imputado, também objetivamente, ao anunciante. Não há lugar para escusas e o voto condutor da decisão admitiu expressamente a infração àquele dispositivo. Infelizmente a decisão não guardou relação com seus fundamentos.

Uma das principais ofensas abusivas da publicidade das quais sofre o consumidor, é também aquela que lança mão das fraquezas emocionais das pessoas. Sem limites, avança e

¹⁰² CASOS. Disponível em: http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/casos.htm. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁰³ PASQUALOTTO, 1997, op cit., p. 129.

causa medo, explora a superstição, e dependendo do grau da informação pode levar até ao pânico.

Têm-se registos de publicidade abusiva também por via da incitação de violência. É terminantemente proibida por ser um dos piores abusos publicitários. Pode-se enquadrar nesta categoria qualquer tipo de violência que seja vinculada de pessoa para pessoa, de pessoa com animais ou até mesmo contra bens, inclusive os bens públicos.

Ainda conceituando publicidade abusiva, Walter Ceneviva¹⁰⁴ ensina que: “A publicidade abusiva instigará ou estimulará de modo eficaz e atual [...]. A instigação ou o estímulo devem contar tal habilidade que se caracterize sua irresistibilidade para o homem médio, comum, sensato e razoável”.

O meio ambiente também se tornou prioridade para o consumidor, diante disto, surge uma série de produtos e serviços voltados para esta esfera. Um exemplo disso são as embalagens recicláveis dos produtos (cosméticos) da empresa Natura. Torna-se por via de regra, comportamento abusivo ou enganoso toda publicidade que instigue o comportamento contrário.

A Bombril por exemplo¹⁰⁵, lançou uma nova esponja onde em sua embalagem vem a informação “produto 100% ecológico”. Quando questionada da diferença desta para as outras esponjas não apresentou nenhuma resposta. O mesmo acontece com marcas de carvão que em sua publicidade apresenta a seguinte informação: 100% eucalipto, 100% ecológico. Nestes casos as publicidades enganosas são também abusivas, visto que além de enganar o consumidor ainda prejudica sua saúde, fator deveras importante.

Comportamentos perigosos sempre preocupantes, principalmente na seara de normas jurídicas. Sendo assim qualquer menção publicitária, principalmente que acirre este desejo é considerado abusivo. Perigo em relação à saúde ou a segurança de modo geral. É importante ressaltar que a autorregulamentação publicitária também refere-se a este tipo de abusividade, em seu Art. 33, com a mesma veemência.

¹⁰⁴ CENEVIVA, 1991, op cit., p. 129.

¹⁰⁵ CASOS. Disponível em: http://www.conar.org.br/html/decisoes_e_casos/casos.htm. Acesso em: 12 ago. 2010.

Nesta mesma linha de pensamento quando se dirige à figura do consumidor, nem sempre é um consumidor adulto que está recebendo a mensagem, este que já é vulnerável por sua natureza jurídica, agora com agravante da vulnerabilidade que lhe é peculiar em algumas condições.

Vulnerabilidade distinta e peculiar às crianças, aos idosos por exemplo. Premissa para que maiores cuidados sejam dispensados neste aspecto, como o faz o CDC. Têm-se números expressivos quanto ao alcance de uma publicidade direcionada às crianças. No ano de 2009, segundo dados do Ministério Público, os EUA investiram R\$ 17 Bilhões, e o Brasil R\$ 209, 7 Milhões em publicidade infantil. Desta estatística citada do Brasil, movimentaram R\$ 15 bilhões da economia. (Roupas, *fast food*, brinquedos). Hoje no Brasil temos em torno de 50 milhões de crianças¹⁰⁶.

No Art. 37, parágrafo 2º. É notável que os exemplos de abusividade apresentado é apenas exemplificativo. Sendo assim é possível fazer alcançar inclusive os abusos que acontecem por meio de publicidade eletrônica. Exemplo desta prática é o chamado *spam*, considerado um abuso comercial, por ser um método invasivo e indesejável. No CDC faz-se referência sobre o *spam* até no Art. 39, que o enquadra como abuso mesmo que a publicidade a este vinculada não seja de produtos ou serviços de consumo.

Já publicidade enganosa é conceituada por Rizzato Nunes¹⁰⁷ da seguinte forma:

Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir a erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos ou serviços oferecidos.

Outra vez a má-fé ou a intenção dolosa está representada em vias de fatos. Nesta modalidade a publicidade deixa de informar o consumidor com dados importantes do produto ou serviço. Aproveita-se da boa-fé e da hipossuficiência do consumidor e acaba por induzi-lo a erro na hora de adquirir.

¹⁰⁶ COSTA, Gilberto. *Reportagem*, Agência Brasil, publicada pelo Ecodebate em 28/04/10. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

¹⁰⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 459.

Novamente o rol apresentado no CDC, é apenas exemplificativo, podendo se enquadrar ali todas as práticas publicitárias que vulnere ou exponha o consumidor a este tipo de situação. A indução ao erro pode se concretizar de várias formas, principalmente quando a mensagem da publicidade é inteiramente ou parcialmente falsa.

A falsidade pode ser desmascarada quando as informações contidas na mensagem diferem total ou em parte da realidade. O fabricante de suco Tang por exemplo, em seus comerciais publicitários, expunha frutas frescas, sendo que o suco tem sabor “artificial” de frutas¹⁰⁸. Neste caso a informação é parcialmente enganosa, pois o suco realmente tem gosto de frutas, mas não provem de frutas frescas como mencionado. Há várias situações similares no Brasil. Um exemplo comum é a oferta feita de móveis com informativo de que são confeccionados a partir da madeira “mogno”. Quando na real situação, apenas a parte que cobre a superfície do móvel é este tipo de madeira.

A maneira de expor a informação confunde e induz o consumidor, principalmente no que se refere a preços. Anuncia-se um valor e não explica que este se relaciona apenas com uma primeira visão do produto ou serviço, sem mencionar os acréscimos que irão incidir sobre o produto e ou juros.

Diante de tantos panoramas enganosos, Adalberto Pasqualotto¹⁰⁹, ressalta que:

A capacidade de indução em erro significa a potencialidade lesiva da mensagem publicitária. É um dano de aferição objetiva, afastado de qualquer consideração de inexistência de má-fé do anunciante. Essa alegação é irrelevante, porque não há lugar para o elemento subjetivo. A ilicitude existe, ainda que não haja a intenção de enganar. Neste sentido, a unanimidade da doutrina estrangeira ou nacional.

Observa-se que a publicidade enganosa pode se configurar de duas formas distintas. Pode se apresentar como *Omissiva*¹¹⁰, quando deixa de dar a informação induzindo em erro o consumidor sobre praticamente qualquer aspecto quantitativo, qualitativo de natureza

¹⁰⁸ CASOS. Disponível em: http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/casos.htm. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁰⁹ PASQUALOTTO, 1997, op cit., p 121.

¹¹⁰ GRAVONKI, Alexandre Amaral. *90 manuais de atuação Tutela coletiva - visão geral e atuação extrajudicial*. 2006. Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

intrínseca ou não do produto ou serviço. Na forma *Comissiva* se refere à falsificação ou distorção de informações.

Dentro da avaliação de tipos de publicidade, seja ela abusiva ou enganosa ainda piora a exploração nela contida, quando as mesmas são providas de comparações. Este é um tipo de publicidade não aceita no CDC, quando a comparação denigre a imagem do concorrente. Esta publicidade aguça a concorrência de mercado, para que fique cada vez mais alto o nível dos produtos e serviços ofertados. Somente a prática de denegrir a imagem alheia não é permitida nem no CONAR e nem no CDC.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À PUBLICIDADE

Necessário se faz o estudo sobre os princípios que norteiam a publicidade da forma como é exposta no CDC. Reconhecer a publicidade abusiva e enganosa nas matérias veiculadas às pessoas, sejam elas provindas de rádio, tv, jornais, revistas, internet.

O mais importante é saber que esta informação sobre o produto ou o serviço que chega até o consumidor foi por ação de um fornecedor. Este se utilizou de um dos meios de comunicação ou vários, dependendo do valor investido na campanha publicitária. Os atos a partir do anúncio no veículo de comunicação refletem na vida do consumidor, mas principalmente na atividade do fornecedor, visto que se este último agiu de má-fé, transmitindo uma mensagem abusiva ou enganosa mesmo que parcial e sofrerá conseqüências deste ato ou omissão.

Para tal estudo, se faz necessário comentar os princípios adotados pelo CDC, no que tange a publicidade: princípio da identificação da publicidade, da vinculação contratual da publicidade, da veracidade da publicidade, da não-abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação da publicidade, da correção do desvio publicitário e da lealdade publicitária.

2.3.1 Princípio da Identificação da Publicidade

De acordo com este princípio fica expressamente proibido o tipo de publicidade que não seja clara e de fácil identificação do consumidor. Quando dito “fácil identificação,” entende-se consumidor mediano. Sendo assim, os tipos clandestinos, ou com informações nas entrelinhas (subliminar) estão banidos.

“Art. 36 CDC¹¹¹. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

O modelo subliminar é a forma clandestina mais comum destas práticas. Age de modo dissimulado o que pode criar muita confusão no discernimento dos consumidores. Age de modo que pareça não estar agindo. Rizzatto¹¹² explica que esta é uma técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes. (*Merchandising*).

Com a efetiva identificação da publicidade, a chance de eventualmente se veicular uma publicidade abusiva ou enganosa é bem menor. Ressalta-se que não haveria problema com a identificação da mensagem publicitária se em todas elas fosse levado em conta o princípio da boa-fé.

O princípio da identificação da publicidade só vêm colaborar para que instrumentos de coibição dos desvios publicitários tenham real eficácia no que tange ao controle da abusividade e enganabilidade manifestados por esta via pelos fornecedores.

2.3.2 Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade

Reintera-se que o código adota este princípio, visto que a publicidade mesmo sendo requisito pré-contratual está vinculada ao contrato como se dele cláusula fosse. Sendo assim

¹¹¹ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 36. Seção III – Da Publicidade.

¹¹² NUNES, op cit., p. 431.

além de proteger o consumidor ainda lhe dá garantias sobre o que realmente o moveu até a aquisição do produto ou serviço.

Art. 30¹¹³. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.
 Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Já que a intenção do anunciante é vender o produto ou o serviço, tudo que estiver contido na informação faz parte do que pode e deve ser exigido pelo consumidor e cumprido pelo fornecedor. Sendo assim, os dois estão vinculados e contratados pelo conteúdo da publicidade em questão.

Herman¹¹⁴ explica que “o contratado é o que está na declaração publicitária e não na vontade publicitária”. A partir da declaração feita através da publicidade o fornecedor outorga direitos ao consumidor com referência ao anúncio, podendo este se beneficiar disso ou se sentir lesado, dependendo da situação, mesmo que não venha adquirir o produto ou o serviço em questão. Caso adquira, firma-se e conclui o contrato.

2.3.3 Princípio da Veracidade da Publicidade

Este princípio é o mais voltado para o controle da publicidade enganosa, visto que a partir deste ponto, valoriza-se ainda mais a questão da verdade contida na informação transmitida sobre o produto ou serviço.

Mesmo quando só se ouvia falar em publicidade comercial quando se referia a defesa da concorrência leal, mesmo assim se notava que o princípio da veracidade já estava contido.

¹¹³ GRINOVER et al., 2007, op cit., Arts. 30 e 35. Seção II – Da oferta.

¹¹⁴ BENJAMIN apud GRINOVER et al., 2007, p. 251.

Tudo que se informa na publicidade deve de fato estar de acordo com as características do produto ou serviço. A publicidade enganosa é aqui observada e colocada em descrédito visto que não poderá ser vinculada, se por exemplo, no caso de um produto promete algo que não cumpra.

Quando o consumidor vê e assimila uma informação em uma publicidade, automaticamente cria-se uma expectativa de consumo para suprir seu desejo ou necessidade a partir do que está sendo vinculado naquela informação sobre o produto ou ao serviço oferecido. O consumidor não é obrigado a se manter alerta e achar que todas as publicidades de produtos ou serviços devam ser desacreditadas, muito pelo contrário está vinculado a um tipo de proteção exclusiva, mas que ainda nos dias de hoje com ocorrências de incidentes inadequados como o desrespeito ao princípio da veracidade.

Este princípio quando lesado, lesa-se também a confiança que o consumidor depositou no fornecedor, visto que as informações a respeito do produto ou do serviço anunciado não condizem com a realidade.

Exemplos deste tipo de lesão ao consumidor podem ser neste tópico destacados quando notamos que numa publicidade de um determinado produto não foi apresentada as devidas informações, principalmente quando o produto apresenta certa periculosidade à saúde do consumidor. Art. 8º. CDC¹¹⁵:

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Entende-se então que além da obrigatoriedade de informar corretamente, o fornecedor quando o faz se auto-vincula. É responsável pelo produto ou serviço que colocou no mercado e todas as informações que a este ou aquele vinculou. Este procedimento vem servindo para coibir tais práticas de enganabilidade.

¹¹⁵ CDC. Art. 8. Seção I – Da proteção à saúde e a segurança.

2.3.4 Princípio da Não-Abusividade da Publicidade

Este princípio é o mais importante deles visto do prisma da pesquisa do momento. Nota-se que esta questão é abordada por todos os institutos que se relacionam de algum modo com a questão do abuso publicitário.

Tanto o CDC, como o código brasileiro de auto-regulamentação publicitária e até mesmo os institutos diversos da legislação comparada, se debruçam sobre os questionamentos no intuito de prevenir e punir este tipo de comportamento. De acordo com o CDC, salienta-se ainda que este tipo de abuso quando cometido deve ser reprimido mesmo que o dano causado ao consumidor não seja de cunho econômico. Frisa-se por último ainda, que a proteção do consumidor é observada também quanto a outros valores considerados tão importantes quanto os financeiros.

2.3.5 Princípio da Inversão do Ônus da Prova

É possível visualizar bem este princípio no CDC em seu Art. 38¹¹⁶: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Este princípio não descartou o que de mais importante se ressalta por várias vezes no CDC, a vulnerabilidade do consumidor. Não consta que seja uma regra e sim uma decisão embasada. O juiz depois de constatar se deve ou não aplicar este dispositivo ao caso concreto deve estar convencido.

Diz-se que na verdade não existe inversão do ônus da prova, fazendo se entender que a produção das provas no CDC, de regra já seria do réu. Cabe ainda dizer que o momento mais oportuno para tal é na produção de provas.

¹¹⁶ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 38. Seção III – Da publicidade.

A hipossuficiência nem sempre está focada apenas nos moldes financeiros, dependendo do produto ou serviço qualquer outra pessoa que não seja o próprio fornecedor terá dificuldades em produzir provas. Percebe-se que este princípio se enquadra perfeitamente nas regras processuais, mas isso não diminui sua importância e por isto consta como um dos mais inovadores princípios de destaque do CDC.

Este princípio traz a grande mudança e adaptação da realidade que evidencia que chegou ao fim o legado do fornecedor-enganador. O juiz diante da situação pode e deve agir com discricionariedade sempre que verificar verossimilhança. Ressalta-se que o juiz apesar da sua discricionariedade não está isento de assim agir simplesmente porque não quis. A partir do momento que declinar desta atitude, deve explicar o porquê deste posicionamento, afinal além de ser um direito do consumidor é também um dos princípios que norteiam o controle da publicidade.

Segundo Basillone¹¹⁷:

O princípio em tela é dotado de sólido fundamento lógico, pois é o fornecedor quem tem o domínio tecnológico do produto ou serviço que coloca no mercado. Ele é quem detém o controle do processo produtivo, o domínio da fórmula e a posse dos instrumentos utilizados na fabricação do produto ou na realização do serviço. Só ele, por isso, tem condições de demonstrar cientificamente se determinado produto apresenta ou não os vícios apontados pelo consumidor.

Desta forma, no caso da publicidade somente assim se verificará a veracidade e posterior correção se necessária.

2.3.6 Princípio da Transparência da Fundamentação da Publicidade

Tem-se aqui mais um dos exemplos de aproveitamento de princípios da legislação comparada. Desta vez lançou-se mão do direito americano. Todo fornecedor pode anunciar seus produtos e serviços, inclusive não é obrigado caso não queira, mas a partir do momento

¹¹⁷ LEITE, Roberto Basillone. *Introdução ao direito do consumidor: Os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 109.

que o faz, deve ser transparente toda e qualquer informação que realmente o consumidor deva saber.

A fundamentação é a base da publicidade do produto ou serviço e é graças a esta informação bem elaborada e pública que fará com que os resultados sejam positivos ou não, resultando em credibilidade ou não do produto ou serviço apresentado.

Assim sendo, todas as informações verídicas, sejam elas de cunho científico, fático ou técnico não devem ser renegadas aos consumidores. Fica claro, de acordo com este princípio que as informações devem ser verídicas e que o consumidor não tem que fazer da sua vida um laboratório de verificação de contraprovas.

Segundo Claudia Lima Marques¹¹⁸:

Na formação de contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo Art. 4º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

No caso concreto pode-se verificar que a ausência deste princípio faz com que na constatação judicial a publicidade passe a ser considerada enganosa. No caso citado abaixo, um cliente (consumidor) que adquiriu um título de capitalização via telemarketing. Após receber informações convincentes de que a 1ª. Prestação seria de R\$ 415,00 e outras 59 prestações no valor fixo de R\$ 216,00, e ainda que no prazo máximo de 6 meses o consumidor poderia retirar na concessionária mais próxima um veículo Gol 1000 da marca VW sem nenhum custo adicional, além de ainda obter gratuitamente o seguro do referido veículo por 01 ano.

¹¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 595.

Diante desta situação o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, se pronuncia informando a seguinte ementa:¹¹⁹

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. DEVER DE INFORMAÇÃO DO FORNECEDOR. PROPAGANDA ENGANOSA. SENTENÇA PROCEDENTE. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Todo consumidor tem o direito à informação correta sobre os produtos e serviços. Este é um dos principais fundamentos do CDC. O consumidor tem o direito de não se deixar lesar pela publicidade abusiva ou enganosa e nem por ações desleais que o levem ao mesmo fim danoso. O consumidor lesado iniciou o processo citado buscando a entrega do bem conforme prometido e já que o mesmo não tem conhecimentos específicos para provar a situação em tese (hipossuficiência), solicitou o pedido de inversão do ônus da prova, indenização por danos morais bem como o pagamento de custas e honorários advocatícios.

O CDC prioriza este *status* e lhe garante tal proteção e por este motivo o recurso não foi provido com embasamento no Art. 6º do próprio CDC, limitando e disciplinando a publicidade. O desfecho deste processo para empresa de títulos de capitalização foi a condenação à restituição dos valores pagos pelo consumidor com as devidas correções, bem como a indenização por danos morais estabelecidas em R\$ 12.000,00.

O relator deixa bem claro em seu deferimento que os argumentos apresentados são inválidos já que a relação existente é de consumo e para tal existe um código próprio para suas resoluções. É notável neste exemplo que o consumidor deixou de receber informações relevantes sobre o produto que estava adquirindo, o que configura facilmente a publicidade enganosa.

Sendo assim, quando configurada a publicidade enganosa está se referindo ao tipo de situação que tira do consumidor o discernimento da realidade do produto ou serviço o deixando sem o poder de decidir com embasamento. A expectativa criada e não realizada

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 2007.007240-4, Processo: 2007.007240-4. Apelante: Sul América Capitalização S.A - Sulacap. Apelado: Silvano Medeiros Silva. Desemb. Dilermano Mota. Data do Julgamento: 23/02/2010. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 31 ago. 2010.

configura dano ao consumidor também. Para se chegar ao valor arbitrado como indenização foi levada em conta o princípio da equidade e da proporcionalidade.

2.3.7 Princípio da Correção do Desvio Publicitário

Este é o princípio que atua no real, visto que obriga a correção do desvio publicitário tão logo seja notado. Esta correção deverá ser efetuada e apesar desta ação o patrocinador da publicidade poderá incorrer em vários tipos de obrigações. Obrigações estas que se traduzem em respostas na esfera cível, administrativa e penal.

Segundo Antonio Herman¹²⁰: “É perfeitamente possível que ocorra no caso concreto, por influência deste princípio, um efeito chamado *corrective advertising*. É a correção efetiva ou a chamada contrapropaganda”. (Art. 56, XII).

Graças a este princípio o consumidor pode ser ressarcido de informações errôneas que o ludibriaram. Pelos mesmos meios de comunicação receberá as informações verídicas, o que restabelece o que de real tem realmente a publicidade. Este procedimento deve se configurar toda vez que o fornecedor incorrer neste erro.

Interessante informar que a agencia de publicidade ou o veículo que veiculou a publicidade só serão responsabilizados quando configurar que os mesmo agiram de forma dolosa ou ainda quando se mostrarem negligentes, não observando as devidas cautelas.

2.3.8 Princípio da Lealdade Publicitária

Quando refere-se à lealdade publicitária, coloca-se em xeque todas as questões que possam denegrir o espaço que engloba os produtos e os serviços dispostos no mercado pelos fornecedores para os consumidores. Este princípio apresenta-se de modo implícito, uma

¹²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Código de defesa do consumidor comentado*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 329.

relação direta com o tipo de concorrência atuante no mercado. Quando a sociedade se nega a admitir a importância deste princípio, acaba por ter que digerir más conseqüências provindas de certos comportamentos de mercado considerados altamente reprováveis.

Com o aparecimento do CDC o controle da publicidade tem sido feito de várias formas. Ora através dos fundamentos da Constituição Federal, ora por via do código próprio de auto-regulamentação (CARP), utilizado pelo CONAR, (Conselho Nacional de Autorregulamentação), e também pelo CDC.

Este último, trazendo à tona a importância e reforçando a regulamentação pontual, visto que a publicidade conquistou um espaço bastante expressivo tanto social como econômico na vida das pessoas. Tanto um instituto como o outro, no caso dos dois primeiros citados, procura-se externar a postura das normas no que diz respeito ao abuso e a enganação que se faz tão comum neste campo.

Na tentativa de se realizar um trabalho coerente com o objetivo do instituto, que é a proteção do consumidor, o CDC não se preocupou em ressaltar o comportamento exemplar publicitário como faz o CONAR. O CDC descreve minuciosamente qual será o tratamento dado em resposta aos comportamentos que não se enquadram, os conhecidos desvios publicitários.

O CDC não deixa dúvidas quanto a conduta e responsabilidade do fornecedor na relação de consumo, principalmente quando refere-se a publicidade abusiva e enganosa que as envolve. Não há regras ou normas novas exclusivas deste instituto, apenas salienta-se a vinculação contratual direta com os fatos ocorridos antes mesmo da existência do contrato. Diz-se então que a responsabilidade do fornecedor já começa quando a publicidade chega de algum modo ao consumidor.

São muitos os aspectos que tenta-se resguardar com todos os dispositivos que cuidam da publicidade. Ora é a imagem do consumidor, ora é a concorrência para que seja realmente leal. Bittar¹²¹, nos esclarece que “inexiste uma sistematização: somente certos aspectos têm recebido regulamentação legal e sob premissas diversas”.

¹²¹ BITTAR, 1981, op cit., p. 90.

No CDC é fato que o contrato se inicia a partir da expectativa de consumo criada com a publicidade do produto ou do serviço. A publicidade ganha destaque dentro do período onde tudo acontece com muita rapidez e agilidade e perdura pelo tempo.

Apenas para que conste e se tenha idéia, as estatísticas se mostram vultuosas quanto aos valores investidos em publicidade nos últimos anos no Brasil, pode-se afirmar que este montante girou em 2009 em torno de 9 milhões de reais. Estima-se que até o fim de 2010 se alcance uma estimativa de aumento em torno de 12 a 15%¹²². Com esta informação pode-se ter uma idéia da quantidade de transações econômicas realizadas.

Aprofundar-se-á um pouco mais sobre as entidades que se relacionam intimamente com o assunto abordado neste tópico. O CONAR¹²³:

Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária, por exemplo, faz parte de um conselho de ética, onde um dos seus principais fundamentos é justamente coibir que a demonstração da publicidade abusiva e enganosa cause constrangimento e prejuízos aos consumidores e empresas.

Faz-se necessária uma pequena explanação de como o CONAR atua dentro do panorama publicitário voltado para o consumo. Este por sua vez se apresenta na forma de um conselho, criado a partir de 1980 e desde então vêm auxiliando as demandas que se relacionam com a publicidade de modo geral.

O CONAR é composto por várias categorias de pessoas propositadamente. Pessoas comuns, consumidores, publicitários, empresários. Chega ao CONAR, assim como aos outros órgãos que se organizam e auxiliam na proteção do consumidor, pedidos para serem averiguados de determinada publicidade. Ocorre que algumas vezes a publicidade apontada não é realmente abusiva ou enganosa, nestes termos a entidade arquiva a averiguação.

A logística do conselho tem em seu funcionamento um modo bem prático de atuação. A pessoa que se sentir ofendida por qualquer anuncio que seja, na TV, no rádio, um outdoor e

¹²² LARA, Luiz. *Investimento publicitário deve crescer até 15% em 2010, segundo ABAP*. Disponível em: <http://portalexame.abril.com.br/negocios/investimento-publicitario-deve-crescer-15-2010-abap-508902.html>. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹²³ INSTITUCIONAL. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 31 jul. 2010.

por tantas outras variadas formas, recorre ao conselho e faz sua reclamação. Observa-se que por esta via a denúncia não poderá ser provinda de anonimato.

Na sequência, depois de uma análise, abre-se um processo ético contra o anunciante, bem como a sua agência de publicidade também. Observa-se que nesta esfera não se pode deixar de fora a agência de publicidade, visto que a mesma tem completo discernimento sobre publicidades abusivas e enganosas.

A atuação do CONAR não se dá de maneira preventiva, visto que a organização leva em conta que o bom senso dos envolvidos na publicidade deve ter chance de existir antes da coibição. Atenta-se ao quesito importante de que o CONAR por si só não tem poder efetivo judicialmente, na verdade ele atua como conselheiro das questões que envolvem publicidade abusiva ou enganosa.

Estas são algumas das entidades que fundaram o CONAR¹²⁴: ABA-Associação brasileira de anunciantes, ABAP - Associação Brasileira de Agências de Publicidade, ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ANER - Associação Nacional de Editores de Revista, ANJ - Associação Nacional de Jornais e Central de Outdoor.

São muitas também as entidades e associações que fazem parte da parceria fundamentada nos princípios do CONAR. Estas foram aderindo e hoje fazem parte do conglomerado publicitário: ABTA (Associação Brasileira de Tv por Assinatura), FENECC (Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas), IAB BRASIL (Interacting Advertising Bureau) de Mídia Interativa.

Apesar desta posição aquém da apropriada, nota-se que é de grande importância seu posicionamento dentro do contexto dos interesses coletivos da sociedade. Seus fundamentos emanam da EASA, que é a entidade que reúne associações e grupos movidos por este mesmo interesse na Europa. Outras questões polêmicas de interesse coletivo como a sustentabilidade, também faz parte da pauta de discussões deste conselho.

¹²⁴ BOLETIM MENSAL DO CONAR JUNHO/2010. Disponível em: <http://www.conar.org.br/images/boletim/01-Conar%20190-internet.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2010.

Desta feita, o resultado é a manifestação do bom senso e da ética emanados do CONAR e a manifestação jurídica trazida e enaltecida pelo CDC.

2.4 DOS REFLEXOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NA ATIVIDADE DO FORNECEDOR

Não há dúvida de que os reflexos da publicidade abusiva e enganosa na atividade do fornecedor são negativos, visto que cada vez que situações como estas se concretizam, é sinal de que a boa-fé primeiramente foi deixada de lado. Um dos mais importantes princípios dentro do CDC não foi levado em conta para a manutenção da relação de consumo. Fere-se a norma e em consequência disto fere-se também a plataforma de proteção ao consumidor.

Em tempo de democracia não se pretende com a edição de normas coibir a liberdade jurídica de expressão, mas sim tornar notável e comum a observância das mesmas, para que os excessos não prejudique ninguém. Esta é uma assertiva que há tempos já era vista com relevância dentro do contexto da aferida liberdade de imprensa¹²⁵. “[...] assim como a liberdade de imprensa é um dos mais firmes sustentáculos dos governos constitucionais, também o abuso dela os leva ao abismo da guerra civil e da anarquia”.

A publicidade deve seguir uma visão dos costumes aceitáveis pela sociedade naquele momento. Mesmo quando se trata de comercialização de produtos ou serviços que é o tema que se versa. Já dizia Sêneca¹²⁶ “[...] vícios de ontem são costumes de hoje”. (...*quae fuerent vitia, mores sunt*).

E mesmo que para muitos, *publicidade* seja um termo longe de ser compatível com o termo *precisão*. Ainda assim, estes reconhecem também que sendo publicidade, que seja clara e funcional para a maioria dos consumidores. Este tipo de coerção exercida no sentido de neutralizar os tipos de publicidade citados, além de proteger o consumidor, ainda faz com que o próprio mercado econômico seja poupado de abusos que se iniciam normalmente por esta via.

¹²⁵ DECRETO, Imperial de 1823 apud CENEVIVA, 1991, op cit., p. 39.

¹²⁶ SÊNeca. Lúcio Aneu apud CENEVIVA, 1991, op cit., p. 41.

A impossibilidade da livre iniciativa, a falta de oportunidades para a concorrência e por fim o monopólio sujeita a sociedade a tolerar arbitrariedades principalmente com referência a preços dos produtos e serviços. É obrigação do fornecedor usar licitamente a publicidade para divulgar e comercializar seus produtos e serviços. Quando a publicidade se envereda por outros caminhos, a atividade do fornecedor fica comprometida e começa a sofrer os reflexos negativos.

Um exemplo destes reflexos é a vinculação imediata da responsabilidade objetiva a fim de que o consumidor seja rapidamente reparado do dano sofrido e estes reflexos podem advir tanto da publicidade abusiva tanto da enganosa.

No caso da publicidade enganosa verifica-se que os danos causados ao consumidor normalmente são de cunho material. Neste tipo de publicidade o primeiro reflexo que o fornecedor já arca é a responsabilidade do ônus da prova, bem como a correção publicitária. Art. 38 CDC¹²⁷: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Segundo Adalberto Pasqualotto¹²⁸:

O que o dispositivo faz é uma *distribuição ordinária* do encargo probatório, não é uma inversão, como é comum que se afirme. Isto porque o CDC instituiu o seu específico regime de responsabilidade, que restaria incompleto se o legislador não distribuísse os correspondentes ônus. E a atribuição do art. 38 atendeu à natureza das coisas, pois designou o patrocinador da mensagem, vale dizer, o verdadeiro anunciante, como aquele que deve responder pela veracidade das informações que a sua *própria mensagem contém*.

É importante frisar neste momento que no CDC impera a proteção do consumidor, não interessando neste primeiro momento quem exatamente infringiu, quem autorizou a publicidade ou quem a praticou. Caso haja vários possíveis responsáveis, poderão ser chamados ao processo em ação de regresso e poderão sofrer também os reflexos negativos.

Admite-se que se faça prova de que a agência ou o veículo de transmissão da publicidade possam ter agido de má-fé. Desta forma de modo direto somente o

¹²⁷ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art 38. Seção III - Da Publicidade.

¹²⁸ PASQUALOTTO, 1997, op cit., p. 170.

fornecedor/anunciante é que ocuparia a posição de infrator por desvio de publicidade. Mas, ainda segundo Pasqualotto¹²⁹:

Pela via reflexa da responsabilidade penal, pode ser estabelecida a solidariedade entre o anunciante e os demais intervenientes na atividade publicitária, de modo particular a agência. É que todos os que, de qualquer forma, concorrerem para um crime de consumo, incidem nas suas penas (art. 75, CDC). Constituindo-se as modalidades de publicidade abusiva em figuras penais típicas (artigos 67 e 68 CDC), a responsabilidade civil decorrente de sentença condenatória apanhará todos os condenados.

Para melhor complementar a explicação¹³⁰:

Art. 75 CDC. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas. Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa. Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Os reflexos podem se mostrar nas mais variadas formas, sem falar na desvalorização do produto ou serviço anunciado, bem como os prejuízos imediatos e prejuízos a longo prazo, a perda da credibilidade da massa e conseqüente perda de espaço na concorrência leal da economia de mercado.

Abaixo algumas das sanções administrativas, as quais se dividem em sanções de cunho econômico, objetivas e subjetivas conforme CDC¹³¹:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:- multa;II - apreensão do produto;III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;V - proibição de fabricação do produto;VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;VII - suspensão temporária de atividade;VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de

¹²⁹ PASQUALOTTO, 1997 op cit., p. 173.

¹³⁰ GRINOVER et al., 2007, op cit.,. Art. 67, 68 e 75. Título II – Das infrações penais.

¹³¹ GRINOVER et al., 2007, op cit.,. Art. 56 – Capítulo VII – Das Sanções Administrativas.

atividade;XI - intervenção administrativa;XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Um dos primeiros enfoques para punir os tipos de publicidade, seja abusiva ou enganosa é a contrapropaganda. Esta medida é de natureza involuntária e emergencial principalmente em casos de produtos que podem causar danos irreversíveis a um número cada vez maior de consumidores, caso não aja uma ação imediata. No Art. 38 CDC¹³², tem-se a seguinte redação: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Lança-se mão deste meio de punição na tentativa de fazer o fornecedor perceber que sua intenção de lesar o consumidor não ficará impune, por isso não deverá se repetir. É também uma questão de fazer-se respeitar as diretrizes do CDC, a fim de coibir outros comportamentos que poderiam seguir o mesmo exemplo caso a punição não fosse aplicada.

Caso não seja cumprida a ação que configura a contrapropaganda, estará caracterizado o crime de desobediência. (Art. 330, CP). O fornecedor não se exime desta responsabilidade nem sob a alegação de que não tenha atributos financeiros para realizá-la.

A defesa do consumidor frente a estes abusos é vista com muita prioridade. O consumidor que sofre os abusos representa a coletividade sendo ofendida e a proteção que é a base constitucional deste instituto. Age para a preservação e manutenção da segurança, da saúde e do bem estar da coletividade.

Frisa-se no entanto, que movido pelo desejo de concretização da proteção do consumidor, o legislador, no Art. 55, parágrafo 1º. do CDC, acabou por ferir o texto constitucional quando menciona que:

Art. 55 § 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

¹³² GRINOVER, et al., 2007, op cit., Art. 38 – Seção III – Da Publicidade.

Os municípios não têm competência legislativa concorrente para atuar desta forma. Este deslize jurídico por vezes é motivo para a formulação de interpretações variadas pelos equivocados fornecedores. Independente de usarem de má-fé para utilizar de benesses rascunhadas como estas, a verdade é que o texto constitucional¹³³ realmente diz que:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

É certo que a parte mais uma vez sofrível frente aos abusos e enganos cometidos pelos fornecedores, ainda continua sendo a coletividade representada por uma situação inegavelmente pública. Sendo assim, é necessário ainda informar que a ação de produzir a contrapropaganda, não exime o responsável (fornecedor), das responsabilidades civis e penais.

Todas estas sanções são apregoadas no intuito de se fazer justiça, possibilitar o crescimento comercial e proteger a coletividade de abusos cometidos por via de condutas impróprias, que não devem permanecer no mercado econômico e muito menos fazer parte da relação de consumo. Hely Lopes¹³⁴ salienta que:

O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previstas na norma legal.

As multas aplicadas não devem ser vistas como motivo para enriquecimento ilícito, mas sim educar mesmo que forçosamente. Este procedimento visa não permitir o surgimento de comportamentos que possam denegrir e fraudar o modelo de sistema presente no código.

Segundo Zelmo Denari¹³⁵: “[...] os limites quantitativos da penalidade pecuniária foram confiados ao prudente arbítrio do legislador, que poderá levar em consideração – como agravante ou atenuante – a vantagem auferida ou condição do fornecedor”.

¹³³ GRINOVER et al., 2007, op cit.,. Art.24. Capítulo II – Da União.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 142.

¹³⁵ DENARI, Zelmo. *Código de defesa do consumidor comentado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 650.

Nota-se que o Art. 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)¹³⁶, faz uma diferenciação quanto a abrangência da infração cometida. Dependendo da repercussão do dano a designação da pecúnia vai para o seu respectivo fundo¹³⁷. Este fundo pode ser definido como nacional, estadual ou municipal.

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

As sanções objetivas e subjetivas estão muito ligadas ao poder de polícia do Estado em pleno exercício. A suspensão, interrupção e até mesmo a interdição da atividade do fornecedor. Um exemplo disso é¹³⁸ quando nota-se que há ausência das especificações no rótulo de um determinado produto, se eximindo assim de explicar-se ao consumidor que estaria exposto ao risco ou intoxicação fazendo uso do mesmo.

A partir da constatação da conseqüência danosa, o Estado pode usar seu poder de polícia imediatamente, acionando sua estrutura administrativa para retirada imediata do produto do mercado. E continuará assim até que se prove o contrário, sem falar na multa de possível contrapropaganda.

É importante informar que em casos muito graves de exposição da sociedade a riscos desmedidos, o fornecedor corre o risco de ver seu produto inclusive inutilizado e cortado da relação de produtos disponíveis no mercado. Cabe ressaltar que todas estas medidas poderão inclusive acontecer antes mesmo que seja feita a instauração do processo.

As medidas cassação, suspensão e interdição só terão provimento a partir do processo administrativo, quando o fornecedor for reincidente ou um caso for considerado urgente. Leva-se em consideração o princípio da livre iniciativa e da concorrência leal de mercado e apesar destas circunstâncias, não se esqueceu também a garantia da ampla defesa.

¹³⁶ LEI N.O 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Lei de Ação Civil Publica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 ago. 2010.

¹³⁷ FRBL - Fundo para recuperação de bens lesados. 05/06/2009. Setor de Acompanhamento dos Fundos Especiais. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br>. Acesso em: 01 ago. 2010.

¹³⁸ CLASSIFICAÇÃO, EMBALAGEM E ROTULAGEM DAS SUBSTÂNCIAS PERIGOSAS. 05/06/2009. Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/_pt.htm. Acesso em: 16 ago. 2010.

Observa-se que estas medidas são tomadas não no intuito de apenar condutas para simples restrição de mercado. O desejo envolve uma obra com dimensão muito maior que isto. Vislumbra-se o bem estar da coletividade e também a repressão daqueles que não se enquadram dentro do padrão exigível de produtos e serviços tanto por parte do consumidor como também do próprio fornecedor.

De acordo com esta teoria, Leandro Adiers¹³⁹ fundamenta que:

Da interpretação harmônica e integrativa dos direitos individuais e sociais conjugada com o princípio da livre iniciativa, vemos que o exercício desta última sofre uma limitação legal – submetida a valores sociais -, sem a observância dos quais seu exercício será irregular ou abusivo.

Para reforçar tal teoria, interessante citar as palavras de Pedro Batista Martins¹⁴⁰:

Poder de ação, o direito não é conferido ao individuo como instrumento de gozo ou de satisfação de apetites, para que possa extrair utilidades meramente egoísticas, às custas do superiores interesses da coletividade. As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é harmonia social. (...) Desde que o exercício do direito se realiza em desconformidade com esta destinação de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que o ato deixa de ser lícito para ser reprovável.

Existe no CDC o dever de informar corretamente o consumidor. Sendo assim, no caso de incidência dos tipos reprováveis de conduta publicitária, não admitidas no CDC, porém ainda cometidas resta ainda sanção penal. Cita-se no Art. 61 do CDC e seguintes¹⁴¹.

É visível que o CDC trouxe para seu conteúdo muitas normas já firmadas pelo Código Penal vigente. Levado pelo desejo de externar a proteção do consumidor acabou descaracterizando princípios do direito penal que estão fundamentados no texto constitucional.

Criou-se uma esfera no CDC onde se faz uma análise de similaridades de conduta, ou então apregoa-se novas infrações com sanções, buscando amparo no Código Penal. Quanto a este assunto, frisa-se ressalva de Sebastián Mello¹⁴², quando ensina que:

¹³⁹ ADIERS, Leandro. *Responsabilidade civil do fabricante de cigarros*. 30/12/2002. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/56>. Acesso em: 02 ago. 2010.

¹⁴⁰ MARTINS, Pedro Batista apud ADIERS, 2002, *ibidem*.

¹⁴¹ CDC, Art. 61 e seguintes. Título II – Das Infrações Penais. (Anexo 6).

O Direito penal que ora denominamos microssistematizado, tende a afastar-se da rigidez do Direito Penal Clássico, criminalizando algumas condutas, comparando outras a crimes já previstos no Código Penal, criando paradigmas particulares com a tipicidade, causalidade, antijuridicidade, culpabilidade e critérios de aplicação da pena.

Em respeito ao constante no CDC resta-se verificar que imprecisões neste aspecto ainda são notáveis. Ajustes nos mais diversos diplomas são quase que inevitáveis. Também se assim não o fossem ter-se-ia a estagnação e juridicamente este termo é impossível.

Ainda sobre esta questão, Filomeno¹⁴³ enaltece que:

Temos boa especialização e tipificação dentro das normas do CDC, no geral elas se harmonizam com as normas penais já existentes, punições mais graves onde as sanções administrativas e indenizações civis se mostram insuficientes, prevenção de comportamentos inadequados e efetividade das normas.

No CDC há vários tipos de crimes mencionados com referência a publicidade abusiva e enganosa. O Ministério Público vem atuando e dando respostas que incidem no bem estar da coletividade. Muitos profissionais, estudiosos e atuantes da esfera penal criticam a postura e o modo de lidar com penalidades dentro do CDC.

Entende-se que realmente houve a necessidade de impor penas aos desvios de comportamentos nesta área, mas o modo como vem se configurando descaracteriza muito da atuação real do direito penal. A ambigüidade e a imprecisão em diagnosticar os tipos penais, além de causar insegurança jurídica ainda é um confronto às normas já vigentes em nosso código penal.

Tais críticas são fundamentadas e recebe atenção até mesmo de um dos responsáveis pelo anteprojeto. Herman¹⁴⁴, sobre este assunto completa que:

os tipos de consumo próprios ou impróprios, são variados, nem sempre com redação esmerada e, por vezes justapostos, cabendo ao intérprete fazer verdadeiros malabarismos no momento de aplicá-los.

¹⁴² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal. Sistemas, códigos e microssistemas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 113.

¹⁴³ FILOMENO, 2007, op cit., p. 671.

¹⁴⁴ GRINOVER et al., 2007, op cit., p. 407.

[...] Os crimes de consumo, próprios ou impróprios cobrem uma larga extensão casuística.

Ressalta-se ainda que é compreensível a dificuldade de entendimento e interpretação dos redatores do microssistema jurídico. Embora a intenção seja desmembrar e simplificar a fim de maior proteção, incute-se em erro e notável despreparo, visto que¹⁴⁵ um instituto criado para ser fracionado não poderá ser totalmente sistêmico.

Os principais crimes expressos no texto jurídico que se relacionam com a publicidade e conseqüentemente afetam a vida profissional do fornecedor podem ser discriminados como: a disseminação da publicidade abusiva e enganosa (Art. 67), a publicidade capaz de provocar ou encorajar comportamentos prejudiciais à saúde ou a segurança do consumidor (Art. 68), deixar de discriminar informações técnicas que dão sustentabilidade ao conteúdo informado. (Art.69).

Nota-se ainda que a carência dentro deste instituto quanto à normatização se dá principalmente pela não observância de uma das principais características do nosso território. O índice de analfabetos ainda é grande e se faz presente na concretização das relações de consumo. Não se pode querer alcançar o melhor da elegibilidade do sistema sem adequar perfeitamente o citado com a situação real consumerista do país. A pena para tais práticas de publicidade abusiva e enganosa é de 3 meses a 2 anos de detenção e multa.

2.5 DAS PRÁTICAS CONSIDERADAS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

Dentro deste contexto, as práticas de publicidade abusiva e enganosa podem se materializar de diversas formas. Podem se apresentar na forma comparativa negativa, subliminar, comissiva ou omissiva.

O CDC não se opõe a publicidade comparativa. Este modo de publicidade pode até ser visto como uma forma de acirrar a economia de mercado, visto que acirra a concorrência leal. O real problema deste tipo de publicidade está justamente no limite. Apenas as comparações

¹⁴⁵ PASSARELLI, Eliana. *Publicidade abusiva dirigida à criança* apud HENRIQUES, Isabela Vieira Machado, p 105. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em: 18 ago. 2010.

que denigrem a concorrência são consideradas prejudiciais e não aceitas. A auto promoção por via de detrimento alheio não configura meio legal de divulgação de produtos ou serviços.

A mensagem subliminar na publicidade vem sendo cercada, mas é difícil manter com certa eficiência o controle deste tipo. Configura-se como exemplo deste tipo de desvio o *Merchandising*. A mensagem assume um aspecto natural quando ocorre, mas na verdade atua no subconsciente do consumidor, que faz com que o mesmo aja sem muito atino ao raciocínio.

A indução nestes casos é muito provável, visto que não há direta afetação ao consumidor. Um exemplo típico lembrado é o que ocorre com produtos, marcas de carro principalmente, no desenvolver de capítulos de uma novela.

No modelo de publicidade enganosa por comissão o fornecedor informa algo que não existe sobre o produto ou serviço. Apresenta características que não são verdadeiras e estas induzem o consumidor ao erro, formando um conceito distorcido, movido diretamente pela mentira apregoada no contexto da informação.

A omissão na publicidade enganosa se dá de forma requintada, pois o fornecedor ciente do desconhecimento de informações sobre o produto ou serviço por parte do consumidor, preenche toda a publicidade com adjetivos que criam uma ótima expectativa de consumo, quando na verdade deveria informar o que é realmente relevante para quem está adquirindo o produto.

Nota-se que neste tipo de publicidade enganosa, informações como, cuidados, efeitos negativos, prejuízos com a aquisição não são informados ao consumidor. Alguns desses tipos se apresentam com informações inteiramente ou parcialmente falsas. Neste último caso não significa dizer que a publicidade não tenha teor de negatividade ou deixe ser considerada enganosa.

A publicidade realmente já se apresentou de um modo mais *perverso*. Assumiu e assume ainda hoje em proporções menores, uma postura que ao invés de se preocupar com a saúde e o bem estar da coletividade, prima e age levando em conta apenas o cunho econômico dos fornecedores.

Observa-se que um exemplo que já esteve presente em vários enunciados jurídicos e em quase todo tipo de publicidade, mas ainda assim vale recorrer mais uma vez no intuito de convalidar e sustentar a posição da sociedade frente a estes abusos, principalmente mormente ao CDC, é o caso do leite infantil que se tornou um marco na luta contra este tipo de desvio publicitário. Por Pasqualotto¹⁴⁶:

Uma trintena de empresas multinacionais sugeriam, especialmente em países do Terceiro Mundo, a substituição da amamentação materna pela mamadeira. Mexiam com a vaidade feminina e com o conforto da mãe. O leite em pó, que substituiria o aleitamento materno, era mais caro e, sendo nutricionalmente menos valioso, transformou-se em causa concorrente de desnutrição.

Consequências desastrosas sucederam de um fato publicitário egoísta e criminoso. Quem são as vítimas? Crianças inocentes sendo usadas e abusadas por via de uma publicidade asquerosa, através de subterfúgios para um convencimento errôneo e maculado das mães. Ações sem limites resultam destes tipos de comportamentos.

A tolerância a estes comportamentos torpes está cada vez menor, cuida-se com o CDC e tantos outros códigos relacionados ao assunto em pauta para que a publicidade não perca seu foco e acabe por se tornar brigas públicas de particulares.

Um exemplo recente desta clássica prática de publicidade agora abusiva, foi o comercial da cerveja “Devassa”, a qual ficou pouquíssimo tempo veiculada. A sugestão para retirada do comercial foi feito pelo CONAR¹⁴⁷, o qual não tem força de lei como já foi dito, mas muitos assim que recebem esta sugestão acabam obedecendo e deixando de veicular.

No caso da cerveja “Devassa”, esta apresentava conotações de sensualidade acima dos padrões toleráveis para os costumes desta época. Além de pouca roupa, o comercial insinuava alguns palavrões. Enquadramento nível alto para publicidade abusiva, aquela que ofende a moral e instiga conclusões errôneas por parte do consumidor médio.

¹⁴⁶ PASQUALOTTO, 1997, op cit., p 33.

¹⁴⁷ LOPES, Paulo Roberto. *Conar veta campanha da cerveja Devassa com Paris Hilton*. 27/02/2010. Disponível em: <http://e-paulopes.blogspot.com/2010/02/conar-veta-campanha-da-cerveja-devassa.html>. Acesso em: 12 ago. 2010.

Em situações de publicidade de bebidas ou publicidade que envolva crianças tem especial atenção por parte do CONAR. As crianças passaram a ser um grande alvo neste seguimento, e muitas das práticas de publicidade são consideradas abusivas porque nos comerciais de produtos, por exemplo a questão da saúde ficou totalmente de lado, o que vem ocasionando um número expressivo de crianças com problemas com obesidade¹⁴⁸.

Segundo a Dra. Ana Beatriz¹⁴⁹: “As crianças obesas podem desenvolver problemas de saúde como diabetes, colesterol alto e hipertensão. Além disso, a chance de se tornarem adultos obesos é de 50%”.

Quando se trata de publicidade que envolve bebidas deve conter sempre a mensagem de moderação¹⁵⁰. Estas publicidades serão vistas como abusivas ou enganosas se lançarem mão de algum argumento que possa criar uma expectativa errada ou irreal ao consumidor. Expressões que causem euforia, que demonstre bem estar somente após beber ou relacione o comportamento de beber exageradamente ao sucesso pessoal devem ser reprovadas.

Segundo a Dra. Ilana Pinsky¹⁵¹:

As peças publicitárias passam a impressão de que o fumo e as bebidas alcoólicas são menos problemáticos do que realmente são, além de estimularem a obrigatoriedade do consumo. [...] estudos científicos que confirmam a influência da publicidade na dependência. Quanto mais a pessoa for exposta às publicidades, maior a probabilidade dela ter problemas com o consumo abusivo do produto.[...] Agora o que precisamos é encontrar maneiras de transformar estes estudos em política pública. É esse passo que queremos dar com este evento.

¹⁴⁸ JOVENS QUE COMEM O QUE ASSISTEM: Publicidade de alimento para criança contribui para obesidade infantil. 26/04/10. Reportagem [Risks for Youths Who Eat What They Watch] do do New York Times, no Portal G1. Tradução de Gabriela d'Ávila. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2010/04/26/jovens-que-comem-o-que-assistem-publicidade-de-alimento-para-crianca-contribui-para-obesidade-infantil>. Acesso em: 16 ago. 2010.

¹⁴⁹ PROPAGANDA INFANTIL: qual é o melhor caminho para a regulamentação? *Revista Crescer Notícias e Comportamentos*. Entrevista com Dra Ana Beatriz Vasconcellos – Coordenadora Geral da Política de Alimentação e Nutrição. (CGAN) do Ministério da Saúde. Agosto/2010. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI63580-15546,00.html>. Acesso em: 16 ago. 2010.

¹⁵⁰ Anexo "a" Bebidas alcoólicas. Disponível em:

http://www.conar.org.br/html/codigos/codigos%20e%20anexos_cap2_anexoA.htm. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁵¹ ARANDA, Fernanda. *Elas gostam de comercial de cerveja como eles*. Entrevista com psiquiatra da Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, para Ig São Paulo, 05/2010. Disponível em: <http://delas.ig.com.br/saudedamulher/n1237623956322.html> . Acesso em: 06/08/2010.

Há limites até para os exageros de excitação causada ao consumidor, mensagens que assumem uma postura muito otimista, por vezes podem não ser enganosas, mas são mentirosas e este tipo também é reprovável. Todos estes tipos de publicidades são reprováveis e não mais toleráveis. Os comerciais de cigarros atualmente apresentam uma conotação totalmente diferenciada e negativa.

O quadro atual apresenta-se muito mais favorável à saúde da coletividade e o bem estar geral. Nos EUA a questão do tabagismo, apesar do país ter um grande histórico de liberdade irrestrita quanto à comunicação, não deixou por menos a questão da supra importância da saúde coletiva em detrimento das empresas que fabricam o cigarro.

Nas diversas decisões verifica-se que a justiça tem se declinado e se mostrado muito favorável às indenizações por entender que o arbítrio do consumidor está avariado e sem condições de discernir o que realmente é bom ou ruim para seu bem estar e tudo isto graças ao vício conquistado de anos de consumo do produto.

Sem falar em todas as complicações de doenças respiratórias que acabam por ocasionar um dispêndio muito maior nas questões que envolvem tratamento hospitalares. Não se pode negar que o cigarro não produz nada que realmente seja bom para a sociedade, o único intuito da permanência deste tipo de empresa é o econômico. Mas quem ganha com isto, se toda a sociedade paga pelos efeitos colaterais?

As pesquisas mostram quadros alarmantes referente ao consumo de bebidas¹⁵². Vale ressaltar as informações dos quadros a seguir:

¹⁵² AGOSTINHO. *Consumo de álcool entre adolescentes*. 03/11/2009. Disponível em: <http://augustinhobiff.blogspot.com/feeds/posts/default>. Acesso em: 06 ago. 2010.

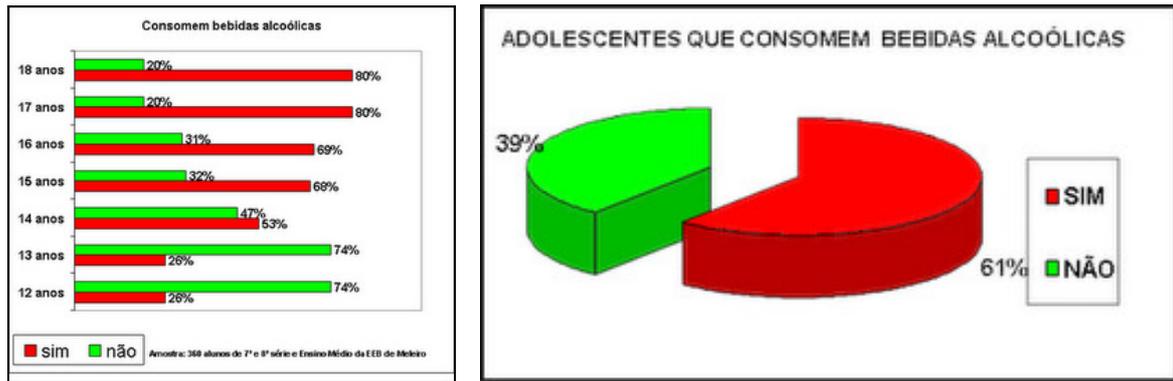


Figura 1 – Consumidores de bebidas
Fonte: AGOSTINHO, 2009

São muitas as práticas que demonstram as infrações cometidas a todo tempo. É nítido o desrespeito quanto ao consumidor e os ditames do microsistema. Registra-se neste tópico alguns exemplos de situações que envolvem os desvios de publicidade, acontecimentos que se desdobram na região de Marília/SP, mas que por conseguinte faz parte do leque de desvios que acometem também outras regiões do país.

Situações enganosas criadas por empresas de telefonia, as quais lideram o número de reclamações em muitas regiões. Especificamente na região de Marília/SP acontece o convencimento por parte destas empresas por uso de mentiras ou promessas de brindes, as quais não apresentam fundamentos e nem se concretizam.

Publicidade enganosa com destaque nacional foi da empresa que não discriminou que o brinde que seria uma viagem a partir da aquisição de um veículo, só se concretizaria em condições especiais. Este é um tipo de publicidade enganosa bem comum apesar das correções neste sentido.

Foi veiculado um comercial do salgadinho Doritos, o qual não resistiu também às correções. Este é o tipo de publicidade que feriu a dignidade da pessoa humana. Foi considerado abusivo por discriminar um determinado grupo, além de usar de linguagem subliminar. Estes e outros exemplos podem ser conferidos na íntegra em documento anexo¹⁵³.

¹⁵³ Anexo 7. Disponível em: <http://www.jornaldamanhamarilia.com/noticia/4081>. Acesso em: 30 jul. 2010.

Diante dos exemplos citados pontualmente o CONAR informa através dos relatórios do SINDEC¹⁵⁴, Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, que no período de setembro 2008 a agosto de 2009 foram 104 mil queixas e apenas 1,19% destas reclamações estão relacionadas à publicidade. A pesquisa não engloba o estado de São Paulo, mas salienta-se que as reclamações registradas são sobre demandas em processos administrativos urgentes ou então com reincidências de empresas.

No estado de São Paulo, temos os números fornecidos pelo Procon (Serviço de proteção ao consumidor)¹⁵⁵, que em 2009 registrou 41.685 reclamações, destas apenas 622 tinham referência com os desvios de publicidade. Com base nestes números, também em São Paulo o percentual não oscila muito do resto do país, girando em torno de 1,49%. Ressalta-se que o grande número se concentra nas empresas de telefonia móvel.

Os tribunais pátrios através de seus escólios vêm declarando práticas consideradas de publicidade abusiva e enganosa. Vale citar exemplos que abaixo seguem:

Exemplo 1:

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA ENGANOSA. DECADÊNCIA. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) manteve decisão da 1ª Vara Cível de Uberaba que condenou a Universidade de Uberaba (Uniube), em virtude da propaganda enganosa por fornecer a um universitário o curso de medicina com um desconto de 40% no valor das mensalidades e o ressarcimento do valor pago a mais desde o início do curso. Segundo o processo, o estudante foi aprovado, dentro do número de vagas, em processo seletivo especial para candidatos que já possuem um diploma de curso superior. O cartaz de divulgação dessa seleção estampava um selo promocional prometendo até 40% de desconto. Entretanto, quando o aluno efetivou a matrícula, a universidade alegou que o benefício somente é concedido aos estudantes que ingressam em vagas remanescentes, após a convocação de todos os aprovados nos diversos processos seletivos que a universidade possui. Porém, de acordo com o estudante, essas vagas nunca são oferecidas porque a Universidade faz várias chamadas dos aprovados no vestibular. O Juiz Lúcio Eduardo de Brito, de Uberaba, entendeu que houve propaganda enganosa, pois o cartaz não esclarecia as condições da promoção. “O esclarecimento preciso e claro das chamadas vagas remanescentes deixou de constar no cartaz publicitário que a universidade veiculou, violando frontal e violentamente o direito do consumidor de ser muito bem informado a respeito do produto que lhe está sendo oferecido”, ressaltou o juiz. Inconformada, a universidade recorreu ao

¹⁵⁴ BOLETIM MENSAL. Junho /2010. Disponível em: <http://www.conar.org.br/images/boletim/01-Conar%20190-internet.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁵⁵ BOLETIM MENSAL. Ibidem.

TJMG. Mas a turma julgadora da 16ª Câmara Cível, formada pelos desembargadores Wagner Wilson (relator), José Marcos Vieira e Batista de Abreu, considerou clara a prática de propaganda enganosa, em virtude da publicidade do processo seletivo trazer benefícios que não se destinavam aos candidatos selecionados¹⁵⁶.

Significa dizer que o relator entendeu que mesmo que a Universidade não tenha agido movida pela má-fé, ou com a intenção real de lesar o consumidor, a publicidade que fora veiculada criou no consumidor a idéia errada de concessão de descontos. Desta forma, diante da responsabilidade objetiva, onde não interessa a intenção e sim o dano causado, o tribunal decidiu manter a decisão.

Exemplo 2:

EMENTA: CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL – PROPAGANDA ENGANOSA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA BOA-FÉ - PROMESSA DE VIAGEM - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL - QUANTUM - RAZOABILIDADE PROPORCIONALIDADE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR - DANO MATERIAL CONFIGURADO¹⁵⁷.

O fornecedor é responsável pela publicidade que envolve seus produtos e serviços. Deste modo e sabido que sua responsabilidade é objetiva. Neste caso especificamente o fornecedor é responsável pelos danos morais que se sucederam devido à publicidade enganosa. Importante ressaltar que a publicidade é parte do contrato firmado, pois foi nele que se criou a primeira expectativa do objeto de consumo desejado. O valor nestes casos de dano moral é estipulado levando-se em conta a razoabilidade e o bom senso do juiz.

Exemplo 3:

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. PROCESSO: 1.0701.08.219861-8/001. Requerente: Gustavo Simões Barroso. Requerida: Sociedade Educacional de Uberaba - Uniube. Relator: Desemb. Wagner Wilson. Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701ano=8&txt_processo=219861&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=

Acesso em: 18 ago. 2010.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal Justiça Minas Gerais. PROCESSO N. 1.0024.05.870359-6/001(1). Apelante: Free Time Turismo S/C Ltda. Apelado: Carla Antônia de Abreu. Relator: Marcia Paoli Balbino. Data do Acórdão: 09/02/2007. Data da Publicação: 08/03/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5910597/100240587035960011-mg-1002405870359-6-001-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 18 ago. 2010.

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PROPAGANDA ENGANOSA - CONFIGURAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA. A técnica mercadológica praticada de forma abusiva, com o propósito de induzir o consumidor à reiterada aquisição de produtos, criando nele uma imediata e quase real expectativa de ganho de prêmios expressivos, desviando-se do marketing sério e legalmente admitido, configura propaganda enganosa, contrária à lei, que gera para a vítima, constrangida e enganada, o direito de ser indenizada pelos danos morais experimentados¹⁵⁸.

Os Tribunais têm entendido que a prática de abusos que vinculam uma publicidade viciosa, seja ela de produtos ou serviços, colocados à disposição do consumidor deve ser punida. Neste caso apresentado ressalta-se que a técnica utilizada pelo fornecedor para vender o produto, não tem outro objetivo que não seja o lucro indiscriminado, enganando e criando expectativas ao consumidor, as quais nunca se realizarão. Publicidades do gênero de panfletos enviados na residência do consumidor sem o consentimento do mesmo. Há então inegavelmente um desvio dos padrões salientados pelo CONAR e a exaltação de comportamentos tão discriminados como incorretos pelo CDC. Ausência de uma publicidade séria que dê credibilidade ao produto e ao fornecedor. Configura-se publicidade enganosa o que na esfera consumerista significa concluir o direito à indenização pelos danos experimentados.

Exemplo 4:

EMENTA: CONTRATO DE CONSUMO – PUBLICIDADE CAPAZ DE INDUZIR O CONSUMIDOR A ERRO – RESCISÃO DE CONTRATO, COM DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO¹⁵⁹.

O contexto citado nesta ementa nos reporta mais uma vez ao uso indevido da publicidade. É fato que a empresa apelante (Sul América Capitalização S/A) usou de má-fé quando ao invés de utilizar-se de termos claros, lançou mão de um tipo de publicidade que além de não esclarecer ainda confundiu o consumidor a ponto de fazê-lo acreditar que estava ciente da negociação acerca do produto.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. PROCESSO N. 1.0313.06.184.902-9/001. Apelante: Reader's Digest Brasil Ltda - Apelada: Aurenice Ferreira Martins. Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes; Data do Julgamento: 26/02/2008; Data da Publicação: 07/03/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 31 set. 2010.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CÍVIL N. 994.07.104545-2. Comarca de Araraquara. Apelante: Sul America Capitalização S A. Apelados: Antonia Aparecida Domingues de Moura e Willian Domingues de Moura. Relator: Luiz Antonio Costa. Data do Acórdão: 21/07/2010. Data da Publicação: 23/07/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15284487/apelacao-apl-994071045452-sp-tjsp>. Acesso em: 01 set. 2010.

Termos como atualizações anuais deveriam estar presentes no contrato de adesão ao invés de pura e simplesmente a palavra fixa, bem como nas chamadas da publicidade vinculada a este contrato. A palavra *fixa* reporta automaticamente o consumidor médio à conclusão de que as parcelas seriam imutáveis até o fim do contrato. Logo, tem-se como decisão o ressarcimento das parcelas pagas.

Exemplo: 5

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS- DEMANDA FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA – CABIMENTO – DIVULGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA, JÁ QUE INDUZIU A ERRO O CONSUMIDOR – CONTEÚDO DO FOLHETO DE PROMOÇÕES DISTRIBUÍDOS GRATUITAMENTE, GARANTINDO A AQUISIÇÃO DE 5 (CINCO) LATAS DE CREME DE LEITE NESTLÉ, CONFOME ANUNCIO E OFERTA DIVULGADO PELA REQUERIDA – NEGADO O DIREITO DO AUTOR EM ADQUIRIR A QUANTIDADE MENCIONADA DOS PRODUTOS, O QUE FOI RATIFICADO PELA GERENCIA – CONSUMIDOR INDUZIDO A ERRO – DANOS MORAIS SUPORTADOS PELO AUTOR QUE DECORREM EXATAMENTE DA TOTAL FALTA DE POSSIBILIDADE DE ADQUIRIR TAIS PRODUTOS. DE POSSE DO PANFLETO E COM PODER AQUISITIVO PARA ADQUIRIR OS PRODUTOS OFERTADOS, RECEBEU UMA NEGATIVA SEM JUSTIFICATIVA – INDENIZACAO DEVIDA – FIXACAO DA INDENIZACAO EM 02 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS – SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO - INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA, SUPORTANDO A RÉ O PAGAMENTO DAS CUSTAS, DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM 20% SOBRE O MONTANTE QUE VIER A SER APURADO COMO TOTAL DA CONDENAÇÃO¹⁶⁰.

Neste caso verificou-se mais uma vez que o fornecedor está vinculado a patrocinar o que evidenciou no seu texto publicitário. O alcance da publicidade foi constatado quando fez com que o consumidor se deslocasse até o estabelecimento para adquirir o produto nas condições previamente conhecidas. Com a negativa da publicidade proposta, há a quebra de confiança, fere-se o princípio da veracidade e ainda denota-se que este fornecedor não merece credibilidade.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CÍVIL N. 990.10.017305-7. Comarca de São Paulo. Apelante: Sílvio Francisco Barbosa (Justiça Gratuita). Apelado: Dia Brasil Sociedade Ltda. Relator: Salles Rossi. Data do Acórdão: 30/06/2010. Data da Publicação: 07/07/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15004972/apelacao-apl-990100173057-sp-tjsp>. Acesso em: 01 set. 2010.

Diante de fatos como este se pronuncia Claudia Lima Marques¹⁶¹:

A característica principal da propaganda enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir a erro o consumidor, mesmo através de suas omissões. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o 'erro' é falsa noção da realidade, falsa noção esta potencial, formada na mente do consumidor por ação da publicidade.

Exemplo: 6

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO. CDC. CABIMENTO. REDAÇÃO OBSCURA DE CLÁUSULA. ABUSIVIDADE. CONSUMIDOR LEVADO A ERRO. INVERSÃO DO ÔNUS DE PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO À UNANIMIDADE DE VOTOS¹⁶².

As questões que envolvem seguradoras também estão vinculadas CDC, de acordo com o Art. 3º. Parágrafo 2º. do referido texto jurídico. O Consumidor se vê numa situação desconfortável e abusiva quando há na publicidade ou no próprio contrato como é o caso em questão, o sufocamento de suas opções ou escolhas.

O Art. 54, parágrafo 4. do Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvida sobre o induzimento do consumidor ao erro. Na ocasião em questão percebe-se a presença de cláusulas não muito claras, nada objetivas na relação, isso quer dizer que coexiste o abuso em proveito da falta de prática e conhecimento em análise de cláusulas por parte do consumidor.

Nota-se também a inversão do ônus da prova, que no caso, cumprida pela outra parte contrária, certifica a hipossuficiência constatada do consumidor. (Art. 6. VIII CDC).

Depois de apresentar alguns enunciados é possível afirmar que qualquer informação passada ao consumidor de forma que não seja clara e objetiva, ocasionará problemas a serem justificados e resolvidos. Um modo de evitar este tipo de desvio, apesar de que, quando vinculada uma publicidade, muitos que não pertencem ao foco da mesma têm acesso ao seu

¹⁶¹ MARQUES, 2002, op cit., p. 676.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. AGRAVO N. 0003697-35.2010.8.17.0000 (0133549-5/01). Agravante: Brasil Veículos Companhia de Seguros. Agravado: Jose Edimar de Alencar Rocha. Relator: Josué Antonio Fonseca de Sena. Data do julgamento: 29/03/2010. Publicação: 76. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14330974/agravo-agv-133549-pe-1335495-tjpe>. Acesso em: 01 set. 2010.

conteúdo. É notável ao fornecedor que atua dentro das normas apregoadas pelo CONAR e CDC, verificar o tipo de cliente, o perfil do consumidor, o verdadeiro alvo que lhe interessa com relação a aquela ação.

Feito estas considerações e partindo-se do prisma de que não se objetiva lesar nenhum dos princípios que norteiam a publicidade, Claudia Lima Marques acentua que¹⁶³:

A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor.

Vale ressaltar ao final deste capítulo que o intuito dessas medidas não é coibir a liberdade de expressão, e sim dar cabo de comportamentos que prejudicam o desenvolvimento de umas das principais relações da atualidade, as quais surtem reflexos para toda a sociedade.

Estas medidas só serão colocadas em prática quando evidenciado notável abuso publicitário direcionado ao consumidor. Ressalta-se ainda também, que a proteção do consumidor tem como origem suas diretrizes fincadas no texto constitucional.

¹⁶³ MARQUES, 2002, op cit., p. 675.

3 DAS TUTELAS JUDICIAIS CONTRA PRÁTICAS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

3.1 DA TUTELA INDIVIDUAL

Chega-se a fase da efetivação dos direitos contemplados no CDC. A tutela dos direitos pretendidos, depois de expor desvios e até crimes cometidos por fornecedores na ânsia de adquirir *status* na esfera comercial. Nesta fase busca-se o alcance do máximo possível de efetividade.

A publicidade é um mecanismo ávido para obter lucro na atualidade. Desta feita, apresenta-se um quadro interessante no que diz respeito às tutelas judiciais que interferem basicamente contra as práticas de publicidade abusiva e enganosa. As práticas publicitárias abusivas e enganosas, devido à proporção do dano que podem causar, exigem determinadas tutelas.

Sabe-se que desde que o homem se relaciona, ele é envolvido por muitos interesses que o cercam. Desta forma seria difícil se relacionar tanto e não ter em mãos o instrumento para dar cabo a possíveis situações maculadas por desvios. Nestes termos entra-se no contexto a expressão “acesso a justiça”

Ressalta-se que com referência a este assunto seria prudente demonstrar algumas vertentes e questionamentos já elencados nesta esfera. Uma delas é a que observa que o CDC não faz nenhuma grande ressalva a questão do foro onde o consumidor se sentindo abusado ou enganado deva propor sua ação, inclusive não deixa claro se o foro será privilegiado ou não, mas segundo Newton Freitas¹⁶⁴, “o tema é pacífico no STJ nas causas envolvendo relação de consumo, compreende-se como absoluta a competência definida pelo foro do domicílio do consumidor, se reconhecida a sua hipossuficiência”.

¹⁶⁴ FREITAS, Newton. *Foro*. Artigo. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=284>. Acesso em: 02/09/2010.

Diante de todas as diretrizes no CDC apresentadas, observa-se que nas situações expostas como de responsabilidade civil, as ações podem ser propostas no domicílio do autor. Segundo o Art. 101, parágrafo I¹⁶⁵ “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;”

Mas diante do desfecho diário que cerca a atuação do CDC, percebe-se que há uma inclinação muito maior nas questões consideradas extrajudiciais. A relação consumidor/fornecedor se manifesta por várias vezes de maneira comum e corriqueira. Decorre de vícios e defeitos de produtos e serviços antes mesmo de existir contrato entre as partes, as chamadas relações extracontratuais.

Nesta seara questiona-se onde seria proposta uma ação que não fosse uma correção administrativa e nem tão somente de responsabilização civil? Dentro desta esfera questionável é justamente onde se encontra grande parte das ações que denotam situações de publicidade abusiva e enganosa.

É recorrente a informação de que no panorama do CDC, quando se trata de produtos ou serviços que foram divulgados por meio da publicidade, não existem cláusulas externas ao contrato, visto que a publicidade que chegou até o consumidor já era vista como pertencente ao texto contratual.

Mesmo com as devidas prerrogativas subsiste o questionamento. Observa-se que no Art. 94 do CPC¹⁶⁶, tem-se a seguinte literatura: “A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”.

Por conseguinte, já que o CDC não expressa claramente sua vontade, estar-se-ia fadado a alçar normas do CPC subsidiariamente. Não obstante a leitura do CDC seria estranho ao conteúdo do instituto este direcionamento, já que em todos os aspectos pelo diploma

¹⁶⁵ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 101,I . Capítulo III – Das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços.

¹⁶⁶ GRINOVER, et al., 2007, op cit., Art. 94. Seção III – Da competência territorial.

ressaltados, o que se viu foi o privilégio e proteção do consumidor, chegando-se a conclusão que nesta questão não seria diferente.

Diante disto, acata-se os argumentos de Paulo Khouri¹⁶⁷:

[...]tem-se que as relações de consumo a questão deve ser resolvida consoante a regra do Art. 6º., inciso VIII, do CDC, que estabelece como direito básico do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com a inversão do ônus da prova[...]. É objetivo claro estabelecido no CDC propiciar ao consumidor a facilitação de seu direito de ação.

Como seria possível, visto que o consumidor que já é considerado hipossuficiente, que tem seu domicílio no Paraná, propor uma ação contra um réu que seu domicílio é Brasília? Totalmente inviável, custos diversos com deslocamento, advogado etc. Sendo assim, será mesmo que um instituto que preza tanto pela proteção do vulnerável consumidor, o colocaria neste tipo de situação logo agora que a proteção sumariamente se concretizaria?

A proteção se faz também nestas situações. Comungam desta opinião Ada Pellegrini¹⁶⁸, Zelmo Denari, dentre outros que se debruçam sobre as indagações preexistentes no texto jurídico. No CDC¹⁶⁹:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Pretende-se neste aspecto realçar as preciosidades deste instituto e mais uma delas foi a declaração contida no Art. 81 do CDC¹⁷⁰, quando o legislador, conivente com o intuito da proteção do consumidor, avança e dita que: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

Para não deixar margens para outras interpretações, o legislador continua sua linha de pensamento dizendo que para se propor uma ação em nome de outro, necessária se faz formal

¹⁶⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor*. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 203.

¹⁶⁸ GRINOVER et al., 2007, op cit., p. 897.

¹⁶⁹ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 6º. Capítulo III – Dos direitos básicos do consumidor.

¹⁷⁰ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 81. Capítulo I – Disposições Gerais.

autorização. “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.¹⁷¹ (Art. 6º. CPC). No CDC o legislador no Art. 82¹⁷², liberta alguns dos vários que comungam da idéia de proteção e salienta que:

Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações [...].

Inegavelmente, os meios mais utilizados de defesa neste tipo de direito em questão são os que se intitulam como tutela coletiva. Deste modo, cria-se um aspecto de fortalecimento frente à parte contrária, que normalmente é formada pelos fornecedores, produtores, comerciantes, integrantes do comércio em geral.

Segundo Bittar¹⁷³ pode ser considerada individual quando movida por um *consumidor apenas ou numa espécie de grupo informal de consumidores individuais, em listisconsorcio ativo facultativo*. De qualquer modo fica claro que o consumidor pode recorrer tanto do processo ordinário, quanto do sumaríssimo para tal.

Pode-se inclusive, apesar de pouco divulgado ainda, fazer uso do juízo arbitral, o que demandaria muito mais celeridade nas controvérsias entre fornecedor e consumidor. Importante informar que processualmente o CDC não traz nenhuma nova forma de encaminhar os trâmites para resolução destas questões. Sendo assim, reporta-se normalmente às diretrizes já ditadas pelo CPC. O Art. 90 do CDC¹⁷⁴ diz: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que diz respeito ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Mas mesmo diante dos melhores desfechos e respostas do judiciário frente às questões propostas individualmente, a sociedade só terá respostas satisfatórias que as envolva realmente e modifique o panorama social atual quando houver um afinamento de interesses que ligue o indivíduo e sua ação proposta a todo o contexto social econômico que o envolve.

¹⁷¹ CPC. Código de Processo Civil, Art.6º. Capítulo II – Da Ação.

¹⁷² GRINOVER et al., 2007 op cit., Art. 82. Capítulo I – Disposições Gerais.

¹⁷³ BITTAR., 1992, op cit., p. 138.

¹⁷⁴ GRINOVER et al., 2007, op cit., Art. 90. Das Sanções Administrativas.

Hoje ainda com todas estas interferências positivadas trazidas pelo CDC, há uma carência da própria figura do juiz em perceber que apesar do dano ter sido neste primeiro momento individual, emanará deste ato conseqüências positivas ou negativas visto que a proposta da tutela individual intrinsecamente está ligada a sociedade coletiva e muito dos desdobramentos dependerá de sua atuação.

Passa-se a observar que a responsabilidade não pode ser designada a apenas alguns que figuram nesta seara. Para se produzir bons finais é preciso cooperação e afinco da sociedade, do indivíduo lesado e também do judiciário. Segundo Gazola¹⁷⁵:

[...] na atividade jurisdicional, o magistrado se preocupe em identificar a ocorrência do dano que se estende além do autor da ação, visualizando elementos objetivos e subjetivos que, por vezes, estão além dos presentes nos autos do processo. [...] conhecer a natureza da demanda, e as estatísticas acerca de sua ocorrência para identificar possível reiteração de conduta. [...] informações acerca da frequência do demandado como “cliente” do Poder Judiciário identificando a possível presença do fornecedor *litigante habitual*.

Absurda será a linha de pensamento que não concilia a reparação ao dano individual sofrido com a penalização sob forma indenizatória, que obrigue o lesador a mudar seu comportamento e sua conduta frente a toda a sociedade. É inegável que este posicionamento surta efeitos práticos vistos com bons olhos no mundo contemporâneo.

Características que não podem se ausentar da instrumentalidade do processo, mesmo que individual, é a visão pormenorizada de que se é parte integrante do macro processo, que dá respostas coletivas capazes de influenciar toda uma sociedade. Apesar de ser perceptível o receio e despreparo na esfera jurídica para assumir a posição que lhe é peculiar, a massificação pressiona e não deixa escolhas.

Ainda assim, o desestímulo frente às indenizações individuais é notável. Há no ordenamento uma ineficácia contida. Comportamentos jurídicos impregnados de um modo ultrapassado de enxergar demandas, constatando o quanto a práxis jurídica caminha a passos lentos.

¹⁷⁵ GAZOLA, Marcelo Dal Pont. *Responsabilidade civil nas relações de consumo: Danos metaindividuais com repercussão nos direitos de personalidade e o acesso à justiça por meio a tutela jurisdicional*. Cesumar/Maringá, 2010.

As ações individuais se apresentam numa escala sucessiva muito grande e é notório que em tempos modernos principalmente nesta esfera não seria diferente. Sendo assim, é inevitável que o judiciário se atualize e se comporte de maneira a conduzir estas demandas com mais agilidade.

A tutela individual é um dos meios que o consumidor tem para se amparar e solicitar respostas ao judiciário, de modo que a partir da configuração da lesão se tenha posterior satisfação. Ter o ressarcimento dos danos e ao mesmo tempo ver que providências são tomadas para que o lesador não repita sua conduta viciosa a fim de prejudicar outras pessoas.

O intuito de abrir o campo de visão da tutela individual é prevenir o dano social, além de instituir um tipo de educação coletiva de respeitabilidade do CDC e por consequência o consumidor. Ainda dentro deste contexto, segundo Khoury¹⁷⁶, vale a pena mencionar que:

[...]de acordo com o Art. 104 do CDC, para beneficiar do julgamento favorável a uma ação coletiva, o consumidor que já propôs uma demanda individual deverá requerer a suspensão de seu processo no prazo de 30 dias, 'a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva'.

A tutela é a real demonstração efetiva de proteção dos consumidores e talvez seja por este motivo que se observa tantos outros desdobramentos para externar o grande avanço e abrangência da tutela coletiva. Notória abrangência esta que poderá ser vista no próximo tópico, mas antes disso, apenas a critério de melhor compor o capítulo em tese, apresenta-se acórdãos relacionados à publicidade abusiva.

- 1) EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. Contrato de prestação de serviços de rastreamento e bloqueio de veículos, em casos de furto e roubo - Roubo do veículo do autor - Comunicação à prestadora de serviços - Veículo não localizado - Propaganda enganosa (art. 37, § 2º, do CDC)-Justa expectativa do autor de recuperação do veículo ? Fato não verificado - Hipótese em que a maneira como os serviços foram oferecidos podem mesmo levar o consumidor a acreditar que o negócio contratado garante mais do que a ré queria oferecer ? Ademais, são abusivas as cláusulas com as quais a ré pretende transferir os riscos de sua atividade para o autor consumidor - Responsabilidade da ré evidenciada ? Condenação da ré à reparação do prejuízo material e lucros cessantes sofrido pelo autor - Sentença mantida - Recurso da ré negado. DANOS MORAIS - Conduta da empresa ré prestadora de serviço a caracterizar dissabor ou

¹⁷⁶ KHOURY, 2006, op cit., p. 213.

aborrecimento, sem atingir a honra da pessoa, não ensejando danos morais - Sentença mantida -Recurso do autor negado.NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS DO AUTOR E DA RÉ.¹⁷⁷.

O que levou o consumidor ao convencimento e efetiva aquisição do rastreador do veículo, foi a expectativa criada pelo fornecedor de que no caso do veículo ser furtado seria bloqueado, o que ocasionaria a parada do veículo e conseqüente localização de onde o encontraria novamente. Logo teria-se a recuperação efetiva do veículo sem maiores transtornos ou dissabores.

Vale lembrar que para convencer o consumidor a efetuar a compra do equipamento, o fornecedor se utilizou de artifícios que o moveram baseados na insegurança e medo diante de um eventual roubo ou furto, o que configura situação prevista no Art. 37, parágrafo 2º. do CDC.

A condenação foi mantida, declarando que a ré pague os prejuízos materiais e lucros cessantes do autor. Quanto aos danos morais o tribunal entendeu que os danos provenientes da conduta da ré, não atingiram a honra do autor, ficando apenas no plano do aborrecimento, o que não leva a crer merecedora de indenização proveniente por este tipo de dano. Salienta-se por fim que o valor ensejado para restituição por danos materiais ao autor foi de R\$ 54.000,00, sendo que o equipamento teve um custo de R\$ 2.046,00¹⁷⁸.

Ademais o Art. 14 do CDC¹⁷⁹ é claro quando menciona que:

O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

¹⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO: 991070289205. Apelante: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Apelado: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Relator: Francisco Giaquinto Julgamento: 27/07/2010 Publicação: 17/08/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15746218/apelacao-apl-991070289205-sp-tjsp>. Acesso em: 03 set. 2010.

¹⁷⁸ JURISPRUDENCIAS - Indenização Por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes. Apelante: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Apelado: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15746218/apelacao-apl-991070289205-sp-tjsp>. Acesso em: 03 set. 2010

¹⁷⁹ CDC. Código de defesa do consumidor. Art. 14. Seção II – Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Logo, mesmo que não exista má-fé no comportamento do fornecedor, o que se notou foi que mediante sua oferta, houve um entendimento além do real para o consumidor e o Art. 30 CDC também é explícito quando diz que toda a publicidade que envolve a oferta do fornecedor faz parte do contrato como assim o fosse.

3.2 DA TUTELA COLETIVA

Refere-se aqui a um tipo de direito pleiteado onde inexistente a possibilidade de ausência de relevância social. É o resultado da junção da visão do direito público com contornos de direito privado. Estaria esta categoria numa linha tênue e por isso o motivo de tantas interpretações? Não exatamente, mas para tanto é preciso alguns esclarecimentos no que diz respeito aos interesses transindividuais.

Procura-se nesta etapa não exatamente aprofundar em conceitos tantos e de formas variadas e sim em concentrar esforços para transcrever a mais fiel interpretação do instituto em questão, o CDC. Assim que observados os casos concretos chega-se a conclusão de que as pessoas que compõem este pólo têm interesse homogêneo, interesse coletivo ou então interesse difuso. Hugo Mazzilli¹⁸⁰, salienta bem isso quando diz:

Interesse individual homogêneo: (interessados determináveis, com interesses divisíveis), é a origem comum da lesão. Ex: consumidores que adquirem produtos fabricados em série com o mesmo defeito). Interesse Coletivo (estrito): (interessados determináveis com relação jurídica indivisível) Ex: consumidores que se submetem a mesma cláusula ilegal do contrato de adesão. Interesse Difuso: (interessados indetermináveis, a mesma situação de fato, mas o dano é individualmente indivisível) Ex: os que assistem pela tv a mesma propaganda enganosa.

Desta forma, observa-se que todos merecem a tutela coletiva e é importante frisar que neste tipo de situação acontece um fenômeno que até então só se via presente nos conflitos individuais e entre as partes contrárias. Na tutela coletiva acontece conflitos preexistentes entre os próprios tutelados.

¹⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

Não existe o resultado individualmente por si só conquistado por assim dizer. A decisão deve ser de alcance *erga omnes*. Ultrapassa a notoriedade da parte que em outras decisões em esferas diversas da mencionada seria apenas restritiva às mesmas. Rosado Aguiar¹⁸¹, explica bem que:

é preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão.[...] a ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, eliminando os entraves da ação individual.[...].

Não há como negar que a massificação é o fenômeno que se alastra e agiliza as demandas a fim de que se possa dar respostas a um número cada vez maior de pessoas. É claro dentro do contexto deste tipo de direito que antes mesmo de haver um direito individual lesado, há o aferimento indiscutível aos fundamentos que regulam toda a ordem jurídica e econômica.

Nesta esfera, quando há ofensa individualizada ao consumidor, há também neste mesmo momento o desencadeamento de conseqüências para toda a coletividade. O dano coletivo cria o ambiente perfeito para se verificar o fenômeno conhecido como massificação. As demandas são muitas e o consumo no Brasil é avassalador, isto significa que por este motivo as lesões também são muitas.

O esquema tático utilizado pela economia de mercado ainda não é suficiente para controle e punição dos desmandos ainda bem comuns. Há ainda dentro do setor econômico uma espécie de camuflagem, a qual retira do consumidor um pouco da sua autonomia e discernimento frente aos abusos.

É própria da economia de mercado a preocupação primordialmente com o lucro. Isto significa dizer que o consumidor automaticamente fica em segundo plano e é por este desvio de interesse que ocasiona infindáveis situações de intervenção jurídica. É notável os investimentos cada vez maiores por conta das empresas em marketing e publicidade

¹⁸¹ AGUIAR, Rosado de. DJU. 4ª. Turma. STJ – 18/12/00, p. 202 apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

direcionada para alcance dos mais variáveis consumidores, o que significa um aumento gradativo nas vendas e lucros.

É uma pena que ainda assim não se tenha a sensibilidade para direcionar um olhar de *importância econômica primordial* também para o consumidor, visto que sua fidelização é cada vez mais rara graças muito por este tipo de comportamento dos fornecedores e também pelo leque nada pequeno de opções.

Uma observação pontual a este respeito são as questões levantadas até por emissoras de TV, quando notadamente mostram o quanto o desejo de lesionar está impregnado nas políticas comerciais adotadas pelos que compõem esta classe. Ações reprováveis do tipo falsificar ou informar erroneamente o peso e medidas de produtos de primeira utilidade podem ser citadas como exemplos.

Prejuízos individuais a princípio direcionados servem de alavanca para colaborar para uma visão nada agradável social e economicamente da sociedade. Todas estas observações têm um teor negativo que precipuamente começa com um desconforto que se multiplica rapidamente. Instala-se justamente na estrutura cível e judiciária o que vem sendo a causa dos altos índices de não-credibilidade sentidos por toda a sociedade.

No CDC observa-se que apesar do uso comum da expressão *tutela coletiva*, a mesma funciona através de ação civil pública, levando-se em conta que na esfera consumerista é contemplado todo pedido feito desde que seja coerente. Observa-se que mesmo com esta ressalva, há uma certa deficiência na efetiva construção da mesma.

A Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) traz o seguinte enunciado em seu Art. 3º¹⁸², “a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Clara e precisa, mas ainda com deficiências quanto à interpretação.

A expressão “ou” no texto jurídico do Art. 3º. da Lei de Ação Civil Pública, vem sendo mal interpretada civilmente e imagina-se que seja por conta desta interpretação nada

¹⁸² A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA 7.347/85. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 13 ago. 2010.

extensiva o insucesso observado nas tutelas coletivas. As indenizações que são respostas jurídicas dadas aos abusos cometidos pelos réus, tão importantes quanto qualquer outra solicitação, fica a mercê, em segundo plano.

Segundo Perácio de Paula¹⁸³:

[...] ação de conhecimento, que pode se desbordar em qualquer destas situações, a prioridade tem sido dada aos pedidos de cunho condenatório, e em particular às condenações envolvendo obrigação de fazer ou de não fazer. Porém o pedido ou a opção (parágrafo 1º. do Art. 84 CDC) de caráter indenizatório tem sido relegado a um plano secundário, apesar de não ser menos importante para a espécie.

Há uma disfunção nítida de valores, pois o CDC não deixa dúvidas quando dita que seu principal mandamento é a proteção aos consumidores, bem como a prevenção para que o mesmo não seja submetido a tais desmandos nas situações concretas.

Para se tornar real esta assertiva, é necessário coibir e prevenir os desvios para que estes se tornem cada vez mais raros para o consumidor. Inegavelmente, o modo de tornar funcional esta situação e alcançar objetivos é com uma mudança gradual quanto ao modo de utilização da compensação pecuniária.

As decisões se mostram insatisfatórias. O ajustamento de condutas desviadas, as quais depois de ajustadas, inegavelmente trazem benefícios para a coletividade não representam resultados expressivos. Diante da permissão da lei, melhor seria realizar o aproveitamento e conseqüente efetivação dentro da mesma ação.

Conclui-se nesta linha de pensamento que a tutela indenizatória não é uma opção a ser feita quando se trata de uma situação em que aparece também a tutela obrigacional.

Xisto¹⁸⁴ esclarece que:

[...] apenas exigir do ofensor o ajustamento da sua conduta aos ditames legais, algumas vezes seguido da simples indenização dos danos materiais verificados, refletiria, no plano da responsabilização, uma resposta débil, sem nenhuma força sancionatória para o autor ou mesmo bastante para

¹⁸³ DE PAULA, Adriano Perácio. Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jan/mar. 2003, p. 56.

¹⁸⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 157.

obstar novas violações, dada a desproporção entre a gravidade do ilícito, o proveito obtido com sua prática e a reação insuficiente e frágil, até estimuladora, do sistema jurídico. Isto implicaria, pode mesmo dizer, no fenômeno esvaziamento ético dos sistema de responsabilidade civil, refletindo na perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.

Os danos normalmente encontrados neste tipo de tutela, os chamados danos de massa, têm uma proporção muito maior do que a princípio se imagina. As lesões se confirmam nestes casos e se apresentam configurando-se tanto no âmbito dos envolvidos diretamente como também em diversas esferas principalmente jurídicas e sociais.

Infelizmente, a atuação do sistema de normas vigente é formado por pessoas e estas também fazem parte do rol que compõe a sociedade. Sofrem muitas influências, mas deveriam ter o discernimento para análise e consequentemente convenientes decisões. Sumariamente se observa o quanto a formação de conceitos nestas decisões ainda é precária.

O interesse individual passou a ser o interesse coletivo. Tudo que se relaciona com a vida cotidiana de um indivíduo reflete também no plano coletivo. Situações que envolvem desde a simples aquisição de algum produto ou serviço até nos atos que compõem relacionamentos que se destinam à saúde ou ao lazer. Chegou-se o ponto que importa a todos não só a procedência dos produtos e serviços, bem como suas garantias, mas também quem está por detrás deles, quem são seus verdadeiros fornecedores e até que ponto pode-se acreditar na publicidade emanada dos mesmos.

O desestímulo jurídico é diariamente reforçado diante de situações reais, onde se conseguiu colocar em xeque a dignidade humana sem dar a devida valoração a ela. Dignidade esta que a partir deste ponto de vista, tem preço e apresenta-se em promoção para alegria das grandes empresas que normalmente compõem a parte contrária frente aos direitos coletivos.

A *indecisão jurídica*, fato notado diariamente nos tribunais e considerado falha sistêmica presente na maioria das decisões dos tribunais, ocasiona deterioração da celeridade processual. Prejudica a sustentação jurídica que poderia ser mais apropriada e mais abrangente no que diz respeito às respostas às infrações causadas por abusos publicitários. Abusos estes que devem ser configurados também como causadores de danos morais massificados, pois refletem em toda sociedade coletiva.

Nestes termos, tem-se uma inoperância de alcance nos tribunais causada não por falhas jurídicas, mas por pura falta de preparo em reafirmar ou fazer o que notoriamente já esta disseminado no texto jurídico próprio para tais questões.

A leitura do Art. 5º. Inciso X da Constituição Federal¹⁸⁵, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, não vincula também, assim como já foi dito do texto jurídico da Lei de Ação Civil Pública, o resultado da ação a ser praticada como alternância (dano material ou moral) e sim a explicitação da solução caso haja dano material e da explicitação também caso haja dano moral.

Para que não reste mais nenhuma dúvida quanto à forma correta de interpretação, cita-se também a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que esclarece quanto ao dano material que “são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”¹⁸⁶.

O dano material é de simples averiguação, nota-se o valor do prejuízo material e realiza a indenização pecuniária, já o dano moral não apresenta prejuízos materiais, o que leva a crer que a indenização neste ponto assume uma responsabilidade satisfativa-punitiva, o que toma proporções demasiadamente vultosas principalmente no que se refere à tutela coletiva dos consumidores.

Para Rizzatto Nunes¹⁸⁷:

A paga em pecúnia deverá proporcionar aos ofendidos uma satisfação, uma sensação de compensação capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como punição ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado.

Houve um tempo em que este tipo de reconhecimento indenizatório não era comum e somente era concedido em casos excepcionais, mas de acordo com a Constituição Federal e as

¹⁸⁵ BRASIL. *Constituição Federal* Art. 5º. X

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 37.

¹⁸⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322.

jurisprudências provenientes da interpretação legal do texto jurídico, esta prática do não reconhecimento da indenização já deveria não mais coexistir, principalmente agora com a atuação do Código de Defesa do Consumidor.

Não há mais espaço nesta esfera para justificativas vis de que não se consegue valorar a dor do dano moral, visto que o mesmo além de já ter sua importância individual, agora tomou forma mais expressiva quando abarca a coletividade e por isso designado como dano moral coletivo.

3.3 DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dentro do sistema que orienta e compõe o aparato que se entrelaça e resulta nas práticas de tutela dos direitos difusos, cita-se o Ministério Público. Este por sua vez pode aparecer de maneira bem sucinta. Pode se apresentar no contexto como interventor ou como agente. Pode funcionar como elemento preventivo acompanhando situações que emanam simples procedimentos administrativos, os quais estabelecem inibições inclusive de conduta, como também nas formalizações regradadas pelos inquéritos.

Destaca-se que para a aparição do Ministério Público nas diversas demandas é preciso pré-requisitos, principalmente quando nota-se uma especial conotação de interesse individual de um incapaz ou quando há nas situações em que observa verdadeira intolerância e falta de apreço com os direitos indisponíveis.

Ainda poderá aparecer numa terceira hipótese onde destaca o desfavorecimento do interesse coletivo, mesmo que fora da esfera da indisponibilidade. Esta última opção é a que norteia tais atividades até agora mencionadas e que realmente interessa. Sua atuação é permitida nas mais variadas situações de ameaça ou lesão ao direito público coletivo, ou seja, é o estado agindo em defesa institucional dos interesses individuais de expressivo valor social ou que apresentem uma dificuldade maior para sua defesa pelo particular¹⁸⁸.

¹⁸⁸ ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de medicina nas jurisprudencias do STJ*. p. 23. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 09 set. 2010.

Muitas destas atuações só pode se efetivar de maneira condizente quando o Ministério Público recebe auxílio principalmente de técnicos para realização de perícias. Estas respostas ao direito coletivo ainda são movidas por aparatos escassos. Destas falhas é que se provem normalmente resultados pouco satisfatórios. Segundo Alfredo Costa¹⁸⁹: “O móvel que autoriza a atuação do Ministério Público, quer no processo penal, quer no processo civil, em qualquer de seus desdobramentos, é sempre o interesse público”.

Desta forma, verifica-se que uma ação onde poderia haver a perda da devida tutela por motivos variados, inclusive o não pronunciamento, tem respaldo e atitude no Ministério Público que age legitimamente como o fosse. Importa-se ainda afirmar que além da ação, os atos vinculados a ela também. Édis Milaré¹⁹⁰ acentua que: “[...] integram o conceito de ação civil pública todas as providências judiciais para as quais a lei conferiu legitimidade de agir ao Ministério Público, abrangendo, portanto, a ação e os procedimentos de jurisdição voluntária”.

Até onde exatamente poderia ir os grandes tentáculos do Ministério Público a fim de proteger os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos? Ou quem poderia proteger os direitos de outrem mesmo que este se apresente como despersonificado?

Segundo a Súmula n.7¹⁹¹ do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, não há o que questionar, pois o Ministério Público está inteiramente ligado às garantias constitucionais da coletividade ou o que seja relevante para a sociedade como um todo. Para complementar e encerrar esta desarmonia de idéias destaca-se ainda a Súmula n. 3¹⁹² também do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que traz maior vinculação com o assunto abordado, quando reafirma a legitimidade do Ministério Público, inclusive nas questões que implicam a contrapropaganda e os possíveis danos morais decorrentes.

De qualquer forma, admite-se melhor a idéia de ação por conta da atitude do Ministério Público, até porque têm-se encontrado muito mais prudência por esta via graças a sua

¹⁸⁹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. *Direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 84.

¹⁹⁰ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública e tutela jurisdicional dos interesses difusos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 34.

¹⁹¹ SÚMULAS do CSMP - Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo disciplinando temas de Direitos Difusos e Coletivos. Súmula n. 7, Vide Anexo 4. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/CSMP-sumulas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

¹⁹² SÚMULAS do CSMP - Conselho Superior do Ministério Público. Súmula n. 3, Vide Anexo 5. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/CSMP-sumulas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

reputação sem manchas, nenhuma menção a envolvimento políticos ou econômicos, do que pelas vias emanadas dos fornecedores, das empresas e até do próprio governo com relação aos direitos da coletividade.

Cabe então ao Ministério Público, discernir com a devida precaução onde devidamente deve agir, já que sua atuação é por muito definida como constitucional. Tem sido louvável a atuação do Ministério Público nas resoluções das demandas cotidianas, visto que nem sempre a atuação judicial é a melhor opção diante de tantos meios *quase-judiciais*¹⁹³ que se apresentam como novos procedimentos.

O Ministério Público não atua sozinho, não há como realizar procedimentos com relação aos direitos difusos sem acompanhamento daqueles que estão mais vinculados a esta esfera, como Secretarias Ambientais, ONGs, Associações etc.

3.4 PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS MEIOS PROCESSUAIS CONTRA A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

Ajustes no intuito de diminuir lacunas entre os diversos sistemas que se debruçam sobre as questões da publicidade. A eficiência do microsistema chamado CDC só se concretizará a partir do momento de maior integração de normas. A criação de verdadeiras estruturas específicas com pessoas especializadas nestas demandas quando em questão. Juizados especiais com critérios especiais para atendimento de uma tutela também especial. Desta forma se tornaria realidade o que se atina mensurar com a expressão “juizados especiais”

Como fazer a sociedade compreender e interagir com as mudanças? Através da divulgação feita em escolas, cursos em entidades diversas, através de literatura cultural e investimentos publicitários governamentais. A real importância desta mudança de comportamento que denota nas atitudes individuais com reais reflexos que desencadeiam na vida em sociedade.

¹⁹³ CAPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 59.

Aprimoramentos das esferas administrativas para a criação e prática do instituto que ampara as demandas da massificação. Com esta ação tem-se a descentralização e utilização de normas especiais. Discernir e aprimorar reais conceitos a serem abrangidos pelo instituto.

Acredita-se que abarcar tudo e todos é uma tendência ultrapassada juridicamente e desta forma se reportaria ao conceito de normas gerais. Codificar quem são os reais integrantes do conluio a serem responsabilizados pelo dispositivo frente aos danos publicitários ocorridos. Discriminar reincidências, agravantes e atenuantes.

Aperfeiçoamento do banco de dados e tornar a aceitação da prevenção com indenizações financeiras, evento natural assim como as respostas frente aos diversos eventos danosos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução no aspecto econômico influencia e ao mesmo tempo é influenciada pelos setores que estão intimamente ligados a este panorama. O comércio e inegavelmente as relações de consumo fazem parte deste rol. A figura do consumidor dentro deste momento histórico tomou forma e notoriedade.

Os direitos adquiridos pelos consumidores por via da massificação estão cada vez mais evidentes. A gama de princípios, os valores utilizados pelo microssistema chamado Código de Defesa do Consumidor deu particularidade e embasamento jurídico necessário para que o texto fosse visto como inovador e conseqüentemente se tornasse um modelo de norma interpretada e colocada em prática inclusive por outros países.

A norma apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor é de fácil compreensão, o que não poderia ser diferente, visto que dificultaria inclusive o alcance do seu propósito final que é a interpretação feita por um número cada vez maior de pessoas, ou seja, a coletividade ou a sociedade como um todo.

O Código de Defesa do Consumidor não se mostrou alheio aos acontecimentos que o circundam principalmente os de cunho econômico. Sendo assim o consumidor se apresenta como destaque num dos institutos mais modernos que vigoram nos dias de hoje.

Conclui-se que a conquista em espaço e importância por parte do consumidor, o hipossuficiente da relação de consumo é verificada todos os dias com a prática consumerista. Quanto ao fornecedor, este que a princípio pôde ser renegado a figura de réu da relação de consumo, mas que na verdade é também um grande beneficiário do resultado desta proposta e participe do grande avanço social e jurídico na atualidade.

As medidas de coibição e o olhar sempre atento representam a seleção jurídica para que o mercado econômico permaneça apenas os bons modelos de condutas e conseqüente melhoramento do nível ético e profissional dos fornecedores.

O modelo jurídico estudado apresenta falhas conceituais, mas mesmo assim percebe-se que o entrosamento jurídico com a sociedade em busca do objetivo almejado vem fazendo com que o microsistema se apresente com credibilidade frente à comunidade nacional e estrangeira.

O dinamismo da sociedade, as relações de consumo, a gama de produtos e serviços dispostos no mercado, a publicidade abusiva e enganosa são aspectos que fomentaram o direcionamento tomado pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando além de bom senso e ética, também a responsabilidade percebida nas garantias e tutelas que amparam os anseios da sociedade.

A tutela do Código de Defesa do Consumidor age tanto individualmente como coletivamente. É notável falhas ainda existentes com relação às adaptações jurídicas no que tange ao enquadramento penal. A vulnerabilidade está presente, mas se mantém presente também o dever governamental e como exemplo de juridicidade, não poderia faltar às correções quanto à informação, bem como a conscientização tanto do fornecedor como do consumidor.

Os resultados positivos entre os fornecedores e os consumidores formam as relações de consumo que dão resultados de amplo alcance para toda a sociedade. O poder de polícia abarca condutas inadmissíveis na figura do fornecedor e faz com que o mesmo se curve diante das sanções administrativas, civis e penais.

O Poder Judiciário vem tentando acompanhar as aberturas do mundo contemporâneo. O Código de Defesa do Consumidor se mostra presente e tenta dirimir sua eficiência dentro da estrutura social de econômica atual. Aponta soluções para os casos mais comuns e aplica sempre que possível os fundamentos de proteção e justiça desejados.

Trouxe a valorização sem precedentes da responsabilidade objetiva, coíbe as práticas de publicidade abusiva e enganosa e controla para que não haja reincidências nesta esfera. Dá uma roupagem nova para a inversão do ônus da prova, que se apresenta como princípio memorável que faz com que a legislação se destaque e ganhe cada vez mais notoriedade na sociedade.

Concluiu-se que a proteção do consumidor se consagra muito antes da menção contratual. Têm-se a proteção mencionada justamente no momento oportuno em que o mesmo é afetado pela publicidade correta, enganosa ou abusiva. Concluiu-se também que a publicidade se tornou com seu profissionalismo um dos grandes, senão o maior influenciador do consumo. Valores expressivos se mostram na economia do país por conta dos investimentos no campo publicitário.

A publicidade passa a assumir uma postura cada vez mais envolvente frente à sociedade consumerista e conseqüentemente, atrai reflexos principalmente na atividade do fornecedor quando maculada por desvios ou abusos. Sendo assim o direito do consumidor se faz presente com as normas do código, a fim de proteger a parte frágil da relação de consumo.

O breve estudo teve o interesse de expor o modo como vem sendo tratada as questões consumeristas aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, trouxe sugestões para melhor aplicabilidade do microsistema, as quais foram explicitadas.

Conclui-se também que propostas como a criação de Juizados Especiais, cartilhas educativas podem trazer efetividade e alcance de resultados positivos nas demandas das relações de consumo, pois a vinculação da coletividade passou a ser considerada nesta fase em que se vivência, instrumento de realização social. Esta atuação tem sido vital para desdobramentos e controle dos diversos tipos de desvios publicitários, fazendo com que a conscientização massificada se apresente como resultado positivo que influencia a sociedade.

Todavia, a publicidade pode se tornar o motivo da ruína econômica de um país, prejudicando o indivíduo e conseqüentemente a coletividade. Sua persuasão quando não moldada por limites, tende a assumir características negativas pouco aceitas dentro da uma nova linguagem contemporânea que vem rendendo muitas benesses a toda sociedade.

Com esta afirmativa fica claro concluir que o alastramento da publicidade globalizada abusiva ou enganosa só pode ser contido por via judiciária responsável do país. É relevante também concluir que a base desta proteção emanada do Poder Judiciário só se dará com muito maior efetividade a partir da ética e da responsabilidade de cada participante da relação de consumo.

Concluiu-se ao final deste trabalho que a publicidade nas relações de consumo além de se fazer presente na vida pessoal, social e econômica, ainda condiciona a realidade vivida por todos. Não se deve renegar a publicidade do objeto da relação de consumo a algo digno de pouca relevância, pois se algo interfere tanto assim na sociedade, esta interferência pode ser benéfica ou não, dependendo do tipo de recepção e controle que se tem sobre ela.

REFERÊNCIAS

ADIERS, Leandro. *Responsabilidade civil do fabricante de cigarros*. 30/12/2002. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/56>. Acesso em: 02 ago. 2010.

ADORNO, Rodrigo dos Santos. *Breves considerações sobre a limitação da autonomia da vontade contratual*. 01/06/2005. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=2219>. Acesso em: 16 ago. 2010.

AGOSTINHO. *Consumo de álcool entre adolescentes*. 03/11/2009. Disponível em: <http://augustinhobiff.blogspot.com/feeds/posts/default>. Acesso em: 06 ago. 2010.

AGUIAR, Rosado de. DJU. 4ª. Turma. STJ – 18/12/00, p. 202. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA 7.347/85. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 13 ago. 2010.

ARANDA, Fernanda. *Elas gostam de comercial de cerveja como eles*. Entrevista com psiquiatra da Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, para Ig São Paulo, 05/2010. Disponível em: <http://delas.ig.com.br/saudedamulher/n1237623956322.html>. Acesso em: 06/08/2010.

ARAÚJO JR, João Marcelo. *Comentários ao código do consumidor*. Organizado por Geraldo Magella. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ARRUDA, Luiz Renato Tegacini de. *Responsabilidade objetiva ou teoria do risco*. 11/02/04. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=209>. Acesso em: 18 ago 2010.

BASTOS, Rodrigo Garcia. *Dos produtos e serviços gratuitos e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2005. Disponível em: http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6605&. Acesso em: 17 ago. 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Código de defesa do consumidor comentado*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 329.

_____. Comentários ao código de defesa do consumidor. In: AZEVEDO, Ney Queiroz de. *Sociedade da informação: os limites jurídicos da publicidade à luz do código de defesa do consumidor*. 4. ed. Curitiba: Dóris, 2007.

_____. *Oferta e publicidade*. p 27. Disponível em:
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16356>. Acesso em: 18 ago. 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOCHINNI, Bruno. Repórter da Agência Brasil. 19 maio 2009. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1549033>. Acesso em: 22 ago. 2010.

BOLETIM MENSAL DO CONAR JUNHO/2010. Disponível em:
<http://www.conar.org.br/images/boletim/01-Conar%20190-internet.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2010.

BOURGOIGNIE, Thierry. “La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d’une réflexion”.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Tribunal Justiça Minas Gerais. PROCESSO N. 1.0024.05.870359-6/001(1). Apelante: Free Time Turismo S/C Ltda. Apelado: Carla Antônia de Abreu. Relator: Marcia Paoli Balbino. Data do Acórdão: 09/02/2007. Data da Publicação: 08/03/2007. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5910597/100240587035960011-mg-1002405870359-6-001-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. PROCESSO N. 1. 0313.06.184.902-9/001. Apelante: Reader's Digest Brasil Ltda. Apelada: Aurenice Ferreira Martins. Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes; Data do Julgamento: 26/02/2008; Data da Publicação: 07/03/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 31 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. PROCESSO: 1.0701.08.219861-8/001. Requerente: Gustavo Simões Barroso. Requerida: Sociedade Educacional de Uberaba - Uniube. Relator: Desemb. Wagner Wilson. Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt /inteiro teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701ano=8&txt_processo=219861&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. AGRAVO N. 0003697-35.2010.8.17.0000 (0133549-5/01). Agravante: Brasil Veículos Companhia de Seguros. Agravado: Jose Edimar de Alencar Rocha. Relator: Josué Antonio Fonseca de Sena. Data do julgamento: 29/03/2010. Publicação: 76. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14330974/agravo-agv-133549-pe-1335495-tjpe>. Acesso em: 01 set. 2010

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 2007.007240-4, Processo: 2007.007240-4. Apelante: Sul América Capitalização S.A - Sulacap. Apelado: Silvano Medeiros Silva. Relator: Desemb. Dilermano Mota. Data do Julgamento: 23/02/2010. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 31 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CÍVIL N. 994.07.104545-2. Comarca de Araraquara. Apelante: Sul America Capitalização S A. Apelados: Antonia Aparecida Domingues de Moura e Willian Domingues de Moura. Relator: Luiz Antonio Costa. Data do Acórdão: 21/07/2010. Data da Publicação: 23/07/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15284487/apelacao-apl-994071045452-sp-tjsp>.. Acesso em: 01 set. 2010

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CÍVIL N. 990.10.017305-7. Comarca de São Paulo. Apelante: Sílvio Francisco Barbosa (Justiça Gratuita). Apelado: Dia Brasil Sociedade Ltda. Relator: Salles Rossi. Data do Acórdão: 30/06/2010. Data da Publicação: 07/07/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15004972/apelacao-apl-990100173057-sp-tjsp>. Acesso em: 01 set. 2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO: 991070289205. Apelante: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Apelado: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Relator: Francisco Giaquinto Julgamento: 27/07/2010 Publicação: 17/08/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15746218/apelacao-apl-991070289205-sp-tjsp>. Acesso em: 03 set. 2010.

BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, 1983, n. 49, v. 22, p. 44.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993).

CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASOS. Disponível em: http://www.conar.org.br/html/decisoese_casos/casos.htm. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.conar.org.br/html/boletim/index.htm>. Acesso em: 12 ago. 2010.

CAVALCANTI, Flavio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

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

CLASSIFICAÇÃO, EMBALAGEM E ROTULAGEM DAS SUBSTÂNCIAS PERIGOSAS. 05/06/2009. Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/_pt.htm. Acesso em: 16 ago. 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 181.

CONTROLE BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/download/ControleBrasileiroDePublicidade.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2010.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes. *Direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 84.

COSTA, Gilberto. *Reportagem*, Agência Brasil, publicada pelo Ecodebate em 28/04/10. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. Princípios jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, n. 97, Jan/Marc., 1988, p. 7.

DA FIGURA JURÍDICA DO CONSUMIDOR. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/615>. Acesso em: 13 jul. 2010.

DECISÕES E CASOS. FGV, Direito, Rio de Janeiro. Disponível em: http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Decis%C3%A3o_5:_Art._932_do_CC_e_CDC. Acesso em: 18 ago. 2010.

DE PAULA, Adriano Perácio. Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jan/mar., 2003.
DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DENARI, Zelmo. *Código de defesa do consumidor comentado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DICIONARIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=micro sistema>. Acesso em: 12 ago. 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de defesa do consumidor comentado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 671.

FRBL - Fundo para Recuperação de Bens Lesados. 05/06/2009. Setor de Acompanhamento dos Fundos Especiais. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br>. Acesso em: 01 ago. 2010.

FREITAS, Newton. *Foro*. Artigo. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=284>. Acesso em: 02/09/2010

GABRIEL, Sergio. *O papel da empresa no sistema econômico capitalista no Brasil: subsídios para compreensão do ciclo do desenvolvimento econômico*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/30035>. Acesso em: 16 ago. 2010.

GAZOLA, Marcelo Dal Pont. *Responsabilidade civil nas relações de consumo: danos metaindividuais com repercussão nos direitos de personalidade e o acesso à justiça por meio a tutela jurisdicional*. Dissertação de Mestrado/Cesumar – Maringá, 2010.

GIDI, Antonio. *Direito do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais: 1995, v. 13, p. 35.

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

GONGORA, Claudia. *O direito do consumidor e o mercosul*. Relações de consumo no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Método, 2001.

GRAVONKI, Alexandre Amaral. *90 manuais de atuação Tutela coletiva - visão geral e atuação extrajudicial*. 2006. Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

GRINOVER, Alda Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERREIRO, Mário. A. L. apud Jorge Maranhão. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas, Papirus, 1988, p 12.

HENRIQUES, Isabela Vieira Machado, p 105. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em: 18 ago. 2010.

INSTITUCIONAL. *Conceitos gerais*. Disponível em: http://www.sjcdh.ba.gov.br/procon/conceitos_gerais.htm#Produto. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 31 jul. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.idec.org.br>. Acesso em: 16 ago. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.adecon.org.br>. Acesso em: 16 ago. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 16 ago 2010.

_____. 16.10.2010. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor. Acesso em: 13 ago. 2010.

_____. Memória do PROCON. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1131>. Acesso em: 11 ago. 2010.

JOVENS QUE COMEM O QUE ASSISTEM: Publicidade de alimento para criança contribui para obesidade infantil. 26/04/10. Reportagem [Risks for Youths Who Eat What They Watch] do do New York Times, no Portal G1. Tradução de Gabriela d'Ávila. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2010/04/26/jovens-que-comem-o-que-assistem-publicidade-de-alimento-para-crianca-contribui-para-obesidade-infantil>. Acesso em: 16 ago. 2010.

JUNIOR, Nelson Nery. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JURISPRUDENCIAS - Indenização Por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes. Apelante: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Apelado: Vanaldo Cardoso da Silva e Car System Alarmes Ltda. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15746218/apelacao-apl-991070289205-sp-tjst>. Acesso em: 03 set. 2010.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor*. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LARA, Luiz. *Investimento publicitário deve crescer até 15% em 2010, segundo ABAP*. Disponível em: <http://portalexame.abril.com.br/negocios/investimento-publicitario-deve-crescer-15-2010-abap-508902.html>. Acesso em: 12 ago. 2010.

LEI N.º 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01 ago. 2010.

LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTR, 2002.

LIMA, Claudio Braga. *O Ministério Público como hipossuficiente para efeitos de inversão do ônus da prova nas ações coletivas de defesa do consumidor*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs>. Acesso em: 22 ago. 2010.

LOPES, Edgard Oliveira. *A tutela consumerista na União Européia e no Mercosul*. 31 maio 2002. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4109. Acesso em: 02 set. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. Revista dos Tribunais, 1992.

LOPES, Paulo Roberto. *Conar veta campanha da cerveja Devassa com Paris Hilton*. 27/02/2010. Disponível em: <http://e-paulopes.blogspot.com/2010/02/conar-veta-campanha-da-cerveja-devassa.html>. Acesso em: 12 ago. 2010.

MALANGA, Eugene. *Publicidade e propaganda? Existe diferença entre elas?* Disponível em: <http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm>. Acesso em: 23 jul. 2010.

MARANHÃO, Jorge. *A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch*. Campinas, Papirus, 1988, p. 12.

MARQUES, Claudia Lima; SILVA, Clovis do Couto e. *Contratos no código de defesa do consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 676.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *Panorama normativo de controle da publicidade de consumo no direito brasileiro*. 2001. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PqmwITM14rcJ:ojs.c3sl.ufpr.br>. Acesso em: 18 ago. 2010.

MARTINS, Humberto Martins. *A revisão contratual EX OFFICIO: questões atuais*. Disponível em: <http://www.revistajc.com.br/Artigos/LerArtigo.aspx?ID=140>. Acesso em: 12 jul. 2010.

MARTINS, Plinio Lacerda. *O conceito de consumidor no direito comparado*. 01/2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=691>. Acesso em: 12 ago 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal*. Sistemas, códigos e microsistemas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública e tutela jurisdicional dos interesses difusos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Código do processo civil comentado apud RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NUNES, Paulo. *Conceito de economia pública*. 01 jun. 2006. Disponível em: http://www.notapositiva.com/trab_professores/textos_apoio/economia/01conceconomia.htm. Acesso em: 16 ago. 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OBJETIVOS DO SINMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>. Acesso em: 16 ago. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. *VI Curso Nacional de Direito do Consumidor*. Recife, 1994.

_____. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. Instituto brasileiro de política e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 129.

PASSARELLI, Eliana. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. In: Henriques, Isabela Vieira Machado, p 105. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em: 18 ago. 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud; XAVIER, Rogério Miranda. *Da figura jurídica do consumidor*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/615>. Acesso em: 13 jul. 2010.

PEREZ, Jesús Gonzales. In: SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito publicitário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PROCON – Órgão de Proteção ao Consumidor. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2010.

PROPAGANDA INFANTIL: qual é o melhor caminho para a regulamentação? *Revista Crescer Notícias e Comportamentos*. Entrevista com Dra Ana Beatriz Vasconcellos – Coordenadora Geral da Política de Alimentação e Nutrição. (CGAN) do Ministério da Saúde.. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI63580-15546,00.html>. Acesso em: 16 ago. 2010.

PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo: Tese de Doutorado/Direito, PUC, 2001.

_____. *Relação de consumo: conceito e extensão*. Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/colunistas/235/43623/?postagem=RELACAODECONSUMOCONCEITO>. Acesso em: 12 jul. 2010.

PUBLICIDADE COMPARATIVA. Junho/2009. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Publicidade#Publicidade_comparativa. Acesso em: 12 ago. 2010.

RAGAZZI, Jose Luiz. *Intervenção de terceiros e o código de defesa do consumidor*. 2. ed. Editora Verbatim, 2010.

RECURSO ESPECIAL 140.097. Recorrente: Philip Morris Marketing S/A. Recorrido: Associação de Defesa da Saúde do Fumante – Adesf. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/stj_hipossuficiencia_entidade_consumidor.pdf. Acesso em: 23 ago 2010.

RECURSO ESPECIAL N. 1010834 GO (2007/0283503-8). Recorrente: Marbor Máquinas Ltda. Recorrido: Sheila de Souza Lima. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 03/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200702835038>. Acesso em: 02 set. 2010

RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. In: RAGAZZI, José Luiz. *Intervenção de terceiros e o código de defesa do consumidor*. 2. ed. Editora Verbatim, 2010, p. 34

ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de medicina nas jurisprudencias do STJ*. p. 23. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 09 set. 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor. *Revista do Inst. Bras. de política do consumidor*, São Paulo: RT, v. 15, Julh/set. 1995.

SCHIMIDT, Agathe. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. In: *Revista do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

SIDOU, José Maria Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Andréa Lopes da. *Responsabilidade civil aos vinculadores de publicidade enganosa ou abusiva*. 01/05/2010. Disponível em: <http://consumidoinformado.tuningblog.com.br/13271>. Acesso em: 18 ago. 2010.

SILVA, Gustavo Passarelli da. *A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após do novo código civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4045>. Acesso em: 18 ago. 2010.

SILVA, Luiz Eduardo. *O sistema financeiro perante o Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfa, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v.1.

_____. *Vocabulário jurídico*. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do sistema nacional de defesa do consumidor: avanços e retrocessos legislativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19-20.

STJ reconhece amplitude do conceito de consumidor em casos especiais. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI116240,71043STJ+reconhece+amplitude+do+conceito+de+consumidor+em+casos+especiais>. Acesso em: 02 set. 2010.

SÚMULAS do CSMP - Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo disciplinando temas de Direitos Difusos e Coletivos. Súmula n. 7. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/CSMP-sumulas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

SÚMULAS do CSMP Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo disciplinando temas de Direitos Difusos e Coletivos. Súmula n. 3. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/CSMP-sumulas.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

TAM: familiares de vítimas criam associação. 21/10/2007. Redação Terra. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/acidentecongonghas/interna>. Acesso em: 16 ago. 2010.

ZANETTI, Robson. *A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual*. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/18785/2>. Acesso em: 16 ago. 2010.

ANEXOS

ANEXO 1
DIRETRIZES DO PROCON

ANEXO 1

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON.

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon tem por **objetivo elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores do Estado de São Paulo**. Para tanto conta com o apoio de um grupo técnico multidisciplinar que desenvolve atividades nas mais diversas áreas de atuação, tais como:

- i. educação para o consumo;
- ii. recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços;
- iii. orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo;
- iv. fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor;
- v. acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas;
- vi. estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor;
- vii. pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor;
- viii. suporte técnico para a implantação de Procons Municipais Conveniados;
- ix. intercâmbio técnico com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, inclusive internacionais;
- x. disponibilização de uma Ouvidoria para o recebimento, encaminhamento de críticas, sugestões ou elogios feitos pelos cidadão quanto aos serviços prestados pela Fundação Procon, com o objetivo de melhoria continua desses serviços.

Criada pela **Lei nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995**, e **Decreto nº 41.170, de 23 de setembro de 1996**, a Fundação Procon é uma instituição vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo e tem personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira.

A Fundação Procon-SP **é o ente público pioneiro na defesa do consumidor do Brasil** sendo considerado sinônimo de respeito na proteção dos direitos do cidadão. Os frutos deste trabalho, são colhidos a cada passo dado, rumo ao equilíbrio e harmonização das relações de consumo, e à incessante busca, inclusive por meio dos serviços oferecidos pela instituição, para a melhoria da qualidade de vida da população bem como facilitar o exercício da cidadania

ANEXO 2

ART. 27 DO CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

LEI Nº 4.680/65

ANEXO 2

Art. 27 do CARP

O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção. **§ 1º Descrições:** No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas. **§ 2º Alegações:** O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à: **a.** natureza do produto (natural ou artificial); **b.** procedência (nacional ou estrangeira); **c.** composição; **d.** finalidade. **§ 3º Valor, Preço, Condições:** O anúncio deverá ser claro quanto a: **a.** valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior; **b.** entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo; **c.** condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto; **d.** condições e limitações da garantia oferecida. **§ 4º Uso da Palavra "Grátis":** **a.** O uso da palavra "grátis" ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente; **b.** nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido.

§ 5º Uso de Expressões Vendedoras: O uso de expressões como "direto do fabricante", "preço de atacado", "sem entrada" e outras de igual teor não devem levar o consumidor a engano e só serão admitidas quando o Anunciante ou a Agência puderem comprovar a alegação. **§ 6º Nomenclatura, Linguagem, "Clima":** **a.** O anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expressões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o "clima" pretendido. Todavia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e ideias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o poeta já qualificou como "Língua errada do povo / Língua certa do povo / Porque ele é que fala gostoso / O português no Brasil". **b.** na publicidade veiculada pelo Rádio e pela Televisão, devem os Anunciantes, Agências e Veículos zelar pela boa pronúncia da língua portuguesa, evitando agravar os vícios de prosódia que tanto já estão contribuindo para desfigurar o legado que recebemos de nossos antepassados; **c.** todo anúncio deve ser criado em função do contexto sociocultural brasileiro, limitando-se o mais possível a utilização ou transposição de contextos culturais estrangeiros; **d.** o anúncio não utilizará o calão; **e.** nas descrições técnicas do produto, o anúncio adotará a nomenclatura oficial do setor respectivo e, sempre que possível, seguirá os preceitos e as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro. **§ 7º Pesquisas e Estatísticas:** **a.** o anúncio não se referirá a pesquisa ou estatística que não tenha fonte identificável e responsável; **b.** o uso de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência. **§ 8º Informação Científica:** O anúncio

só utilizará informação científica pertinente e defensável, expressa de forma clara até para leigos. § 9º **Testemunhais:** **a.** O anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar; **b.** o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável; **c.** quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como "licença publicitária" que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal; **d.** o uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o Consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada; **e.** o uso de sócias depende de autorização da pessoa retratada ou imitada e não deverá induzir a confusão.

ANEXO 3
SUMULA N.7

ANEXO 3**SUMULA N. 7 – Conselho Superior do Ministério Público - CSMP**

Súmula nº 7: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade, dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.”

Fundamento – legitimação que o Código do Consumidor confere ao Ministério Público para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos há de ser vista dentro da destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo (PT. N. 15.939/91). Em três modalidades principais de interesses e direitos individuais homogêneos mostra-se presente o pressuposto de relevância social, previsto no art. 127, da Constituição Federal. Primeiro, quando a conduta do infrator afetar direitos ou garantias constitucionais, hipótese em que a legitimação decorre da natureza e relevância jurídicas do bem jurídico afetado (dignidade da pessoa humana, saúde, segurança, educação, etc.). Neste caso, a relevância social está fundada em ratio substantiva. Segundo, quando o número de lesados impossibilita, dificultar ou inviabilizar a tutela dos interesses e direitos afetados (v.g., danos massificados); aqui, estamos diante de relevância social decorrente de ratio quantitativa Terceiro, quando, pela via da defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, o que pretende o Ministério Público é zelar pelo respeito à ordem jurídica em vigor, levando aos tribunais violações que, de outra parte, dificilmente a eles chegariam, o que poderia, em consequência, desacreditar o ordenamento econômico, social ou tributário. Temos, aí, relevância social alicerçada em ratio pragmática (PT 39.727/02, alterada a edição anterior).

ANEXO 4
SÚMULA N. 3

ANEXO 4**SUMULA N. 3 – Conselho Superior do Ministério Público - CSMP**

SÚMULA n.º 3: “O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando à contrapropaganda e a responsabilidade por danos morais difusos.”

Fundamento: A contrapropaganda é uma das medidas que o Código de Defesa do Consumidor coloca à disposição dos legitimados à defesa de interesses difusos, para combate de publicidade enganosa ou abusiva (art. 60). Tratando-se conceitualmente de defesa de interesses difusos, incontestável a legitimidade do Ministério Público para propor a ação coletiva de que cuida o Código do Consumidor (ou ação civil pública, na terminologia da Lei 7.347/85), com o objetivo de obter a contrapropaganda, quando necessário; igualmente, também inequívoca sua legitimidade para promover a responsabilização dos eventuais causadores de danos morais difusos (arts. 6º, IV e VI, 37, 38 e 82, I do Código de Defesa do Consumidor; Pt. n.º 5.961/93).

ANEXO 5
ART. 61 DO CDC
LEI 8.078/90

ANEXO 5- ART. 61 DO CDC

CDC Código de defesa do consumidor. Art. 61 e seguintes. Título II – Das Infrações Penais.

Art. 61. 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.

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º Incurrerá 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.

Art. 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. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo. [...]

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

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa. [...]

Art. 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.

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

Art. 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 da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdidas ou não; V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Art. 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 da liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o juiz observará o disposto no art. 60, §1º do Código Penal.

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 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.

Art. 79. O valor da fiança, nas infrações de que trata este código, será fixado pelo juiz, ou pela autoridade que presidir o inquérito, entre cem e duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. Parágrafo único. Se assim recomendar a situação econômica do indiciado ou réu, a fiança poderá ser: a) reduzida até a metade do seu valor mínimo; b) aumentada pelo juiz até vinte vezes.

Art. 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 art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

ANEXO 6

EXEMPLOS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

ANEXO 6

EXEMPLOS DE PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

1) Procon alerta sobre falsas ofertas da telefonia. 18/07/2010.

Apesar de todos os esforços do Procon municipal, falsas ofertas e propostas mentirosas que são feitas à consumidores que adquirem produtos ou serviços relativos à telefonia, principalmente móvel, ainda se faz presente no mercado consumidor de nossa cidade. De acordo com o órgão de proteção e defesa do consumidor, com a criação desses planos "Controle" por parte das empresas, muitas vezes o consumidor se vê diante de uma situação absurdamente ilegal: a "obrigatoriedade" imposta pelas empresas na aquisição desse tipo de serviço. Não são raros os casos em que, durante o relato feito junto Procon, o consumidor informa que, na loja, tentou apenas compra créditos para sua linha pré paga, mas a habilitação da linha foi feita assim mesmo. De acordo com o supervisor de atendimento do Procon, Guilherme Moraes, há também outro "modus operandi" que apesar de há muito tempo sendo utilizado, tem surtido seus efeitos e de modo muito eficaz, lesado muitos consumidores, falamos da falsa entrega de brindes ou supostos sorteios, raspadinhas (sempre premiadas), entre outros. "Este tipo de procedimento deve ser evitado pelas empresas, porém o que vimos é que as empresas não estão muito preocupadas com a situação dos consumidores, visam atingir suas metas e para isso, muitas vezes, o consumidor acaba ficando em segundo plano", explicou. Providencias estão sendo adotadas, porém o consumidor deve estar ciente e cauteloso, principalmente no que verte aos documentos que estão sendo assinados. As reclamações referentes a telefonia móvel tem liderado o ranking das reclamações levadas ao órgão de proteção e defesa do consumidor.

2) Telefonia móvel concentra 80% das reclamações registradas no Procon.

Segundo Guilherme Moraes, supervisor de atendimentos do Procon de Marília, a falsa entrega de brindes há muito tempo vem sendo utilizada e tem surtido seus efeitos de modo eficaz, lesando muitos consumidores - 16/07/10. Rosana ganhou um chip de "graça" na rua, porém, três meses depois recebeu carta avisando que seu nome seria incluído no Serasa por falta de pagamento das faturas.

3) CITRÔEN É MULTADA POR PROPAGANDA ENGANOSA

Valor Econômico 29/08/2006

REF: Setor Automobilístico - Leis & Mercado - Marketing Promocional

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça multou, na última quarta-feira, em R\$ 287,7 mil, a montadora Citroën por "publicidade enganosa". Segundo o Ministério da Justiça, a montadora veiculou, em 2000, promoção em que oferecia duas passagens aéreas para Paris aos consumidores que comprassem um veículo Xsara. O problema, de acordo com o DPDC, é que a empresa não informou nas peças da campanha que a passagem seria para apenas para viagens feitas a partir de São Paulo e do Rio de Janeiro. O texto da promoção dizia: "Compre um Citroën 0 km e ganhe duas passagens para Paris. Não é sorteio. Comprou, ganhou". O DPDC concluiu que não havia ressalvas sobre as restrições de partida dos trechos aéreos. Havia apenas a menção: "Consulte o regulamento junto a uma concessionária Citroën". O Ministério da Justiça abriu processo a partir de uma representação feita por um consumidor de Brasília. A concessionária que vendeu o veículo alegou que ele teria dinheiro suficiente para uma passagem a São Paulo. "O comprador que dispõe de mais de R\$ 30 mil para adquirir um veículo pode pagar o preço de uma passagem Brasília-São Paulo." Mas, o Ministério da Justiça concluiu que as informações sobre a promoção deveriam ter sido detalhadas. "Deve-se considerar a publicidade enganosa por omissão, já que as informações deveriam ser facilmente alcançadas pelo consumidor", disse Ricardo Morishita, diretor do DPDC, na conclusão do processo. A Citroën tem dez dias para apresentar recurso à Secretaria de Direito Econômico. <http://www.mercadocompetitivo.com.br/mc/site/index.jsp?cod=001&pag=616>. Acesso em 04/08/10.

4) Publicidade Doritos



Depois de ter despertado muita polêmica entre o público e o mercado publicitário, o filme televisivo da campanha do salgadinho Doritos, criado pela AlmapBBDO foi susgado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Em sessão plenária realizada nessa quinta-feira, 16, O Conselho de Ética do órgão determinou a sustação do comercial, por uma divisão de 7 votos a favor e 5 contra. De acordo com informações obtidas pela reportagem, a decisão gerou um grande embate e divergência de opiniões até mesmo dentro do próprio Conar, já que não é comum acontecer uma disputa tão acirrada no julgamento dos processos do Conselho de Ética. Conclusão: Publicidade abusiva. <http://www.mmoline.com.br/noticias>. Por Barbara Sacchitiello. Acesso em 05/08/10.

5) Conar manda Fiat retirar anúncios pró-velocidade

Plantão | Publicada em 26/04/2007 às 23h44m - *O Globo*

SÃO PAULO e RIO- Dois filmes da campanha de lançamento do Palio, da Fiat, na TV foram retirados do ar por determinação do Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar). A medida atende a queixas de consumidores, que acusam os filmes da Fiat de incitar os jovens a dirigirem em alta velocidade, contrariando os preceitos do Código de Ética publicitária. No início desta semana, o Conar já havia instaurado processos administrativos para analisar o teor dos filmes, produzidos pela agência Leo Burnett. O processo sobre os dois filmes será julgado somente na próxima reunião do Conselho de Ética, em 16 de maio. Assim, o relator incumbido do caso antecipou-se e expediu liminar recomendando a suspensão imediata da campanha. <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/04/26/295534557.asp>. Acesso em 05/08/10.

6) Publicidade Enganosa | "Abba - The Show" induz consumidores ao erro



QUINTA-FEIRA, 13 DE MAIO DE 2010

Sim, publicidade enganosa pode dar prisão! Prevista do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor,

a publicidade enganosa é aquela que pode induzir o consumidor ao erro. Segundo a polícia, foi isso que aconteceu na divulgação do evento Abba - The Show na cidade de Goiânia. Um dos organizadores do show da banda cover ABBA The Show foi preso nesta quarta-feira (12) em Goiânia. O rapaz de 27 anos foi detido em flagrante, acusado de "propaganda" enganosa do evento da banda na cidade. Para a polícia, a maneira como o show do grupo vinha sendo anunciado poderia levar o público a acreditar que se tratava da banda original. Outdoors e pinturas de muro pela cidade destacavam o nome ABBA isoladamente. Em letras menores, longe do nome principal, vinha a inscrição "The Show". Para completar, um "Acredite!!!". Tanto o homem preso como seu sócio, que depois se apresentou à polícia, irão responder por crime de propaganda enganosa. <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/05>. Acesso em 06/08/10.