
JANEIRO — FEVEREIRO — MARÇO DE 1994

ISSN 0102-8413

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

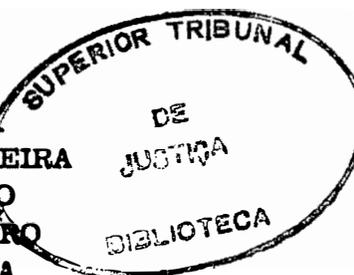
FUNDADORES

MEENDES PIMENTEL
ESTEVÃO PINTO

P
R Forense
n. 325/12.2
1994

DIRETORES

BILAC PINTO
JOSÉ FRANCISCO REZEL
CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
J. DE MAGALHÃES PINTO
JOSÉ MONTEIRO DE CASTRO
JOSÉ DE ALMEIDA PAIVA



REDATOR-CHEFE

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

A repressão penal aos desvios do marketing¹

ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois (EUA) e um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor. Além de diretor da "Revista de Direito do Consumidor", da Editora Revista dos Tribunais, é presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, da "Comissão de Instalação" do Instituto Ibero-Latino-Americano de Direito do Consumidor e da "Comissão Permanente de Direito do Consumidor" da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A perspectiva jurídica do marketing: informação publicitária x informação não-publicitária. 3. A importância da informação do consumidor. 4. Crimes de inadequação da oferta não-publicitária (art. 66): 4.1. Objetividade jurídica; 4.2. Sujeito ativo; 4.3. Sujeito passivo; 4.4. Tipo objetivo; 4.5. Tipo subjetivo. 5. Inadequação da oferta publicitária: crimes de publicidade enganosa e abusiva (arts. 67 e 68): 5.1. Crime de publicidade enganosa: 5.1.1. Objetividade jurídica; 5.1.2. Sujeito ativo; 5.1.3. Sujeito passivo; 5.1.4. Tipo objetivo; 5.1.5. Tipo subjetivo; 5.2. Crimes de publicidade abusiva (arts. 67, caput, e 68, caput): 5.2.1. Objetividade jurídica; 5.2.2. Sujeito ativo; 5.2.3. Sujeito passivo; 5.2.4. Tipos objetivos; 5.2.5. Tipo subjetivo. 6. Omissão de fundamentação da publicidade (art. 69): 6.1. Objetividade jurídica; 6.2. Sujeito ativo; 6.3. Sujeito passivo; 6.4. Tipo objetivo; 6.5. Tipo subjetivo.

1. INTRODUÇÃO

Em outro trabalho,² analisamos os crimes de consumo próprios³ do Código de Defesa do Consumidor (CDC), à exceção daqueles relacionados com o marketing. Agora, é nosso intuito estudar estes últimos.

A rigor, o tema exigiria, para sua compreensão perfeita, verdadeiro estudo monográfico, em particular pela novidade e importância da matéria, com alguns dos delitos mais danosos e reprováveis contra as relações de

consumo.⁴ De qualquer maneira, sem prejuízo de que outros tomem a si tal tarefa, é oportuno buscar os fundamentos, teóricos e pragmáticos, da criminalização de certas "condutas de marketing", na forma proposta pelo legislador do CDC.⁵

2. A PERSPECTIVA JURÍDICA DO MARKETING: INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA X INFORMAÇÃO NÃO-PUBLICITÁRIA

Quando nos referimos a condutas de marketing, entendemos este em seu sentido mais amplo, equiparando-o à oferta⁶ ou à informação.⁷

1 O autor, como de outras vezes, agradece o zelo com que o amigo e professor Tupinambá Pinto de Azevedo leu e criticou o presente texto. Desnecessário ressaltar que a responsabilidade última, em particular quanto aos desacertos, fica com aquele e não com este.

Somente após a conclusão deste artigo, foram publicados os excelentes trabalhos dos professores RENÉ ARIEL DOTTI ("Comentários ao Código do Consumidor", Rio de Janeiro, FORENSE, 1992, ps. 219-296), ODONE SANGUINÉ (*Introdução aos Crimes contra o Consumidor — Perspectiva Criminológica e Penal*), ALBERTO ZACHARIAS TORON (*Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor*) e LUIZ LUISI (*A Tutela Penal do Consumidor*), estes três últimos nos fascículos de "Ciências Penais", ano 4, vol. 4, n. 2, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, Editor, 1991.

2 REVISTA FORENSE, vol. 323.

3 Sobre o conceito de crime de consumo próprio, veja-se ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN, *O Direito Penal do Consumidor: Capítulo do Direito Penal Econômico*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, jan.-abr. de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, ps. 103-129.

4 JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 437.

5 Conforme muito bem assinala JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, o legislador buscou, nessa matéria, incorporar "ao ordenamento jurídico, em definitivo, normas penais efetivas de comportamento não desejado, pondo-se fim às tentativas outrora frustradas nesse sentido, e que tinham ora uma objetividade jurídica diversa (por exemplo, a concorrência livre e leal e não direitos e interesses do consumidor), ora uma maneira indireta de inserir tais normas", como no caso do crime de estelionato e outros previstos na Lei n. 1.521/51 ("Código Brasileiro...", cit. p. 438).

6 Na sua aceção moderna, e não na aquela que orientava — ou ainda orienta — a teoria clássica da formação dos contratos. Sobre o conceito atual de oferta, próximo da idéia de marketing, veja-se nosso "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 149.

7 Em verdade, o marketing é o fenômeno e o veículo; a informação, o conteúdo. Mas na medida em que

Marketing, então, seria qualquer modalidade de *informação* ou *oferta* associada à circulação de bens de consumo, ou seja, produtos e serviços.⁸

Conseqüentemente, dizer-se que está viciada a *informação* ou a *oferta* vinculada à circulação de bens de consumo é o mesmo que se afirmar estar maculado o *marketing* do produto ou serviço.

Bem se vê, pois, que, no plano jurídico, a configuração conceitual do *marketing*, embora influenciada pelas disciplinas da comunicação, decorre da lei, o que, no caso brasileiro, quer dizer o CDC.

Numa primeira perspectiva, levando em consideração a natureza da informação associada ao produto ou serviço, podemos classificar o *marketing* (oferta ou informação) da seguinte forma:

- a) não-publicitário;⁹
- b) publicitário.¹⁰

No tratamento civil dado à matéria, em particular no tema da reparação¹¹ — por exemplo, no que tange à implementação do princípio da vinculação¹² —, as duas modalidades de *marketing* (oferta ou informação) são praticamente equiparadas. Diversamente, na repressão penal, o legislador preferiu separá-las.¹³ Mas os dois grupos de dispositivos criminais não deixam de ter aspectos em comum: cuidam de informação do consumidor e de desvios informativos.

Quanto ao consumidor, os riscos de ambas modalidades de *marketing*, publicitário ou não, são idênticos. Apenas o potencial ofensivo da oferta publicitária, pela sua veiculação massificada, é superior, mas as duas apresentam os mesmos desvios e a mesma necessidade, para não dizer imperiosidade — de controle.

A informação, comumente, acompanha o fornecimento do produto ou serviço. É o vendedor imediato que afirma ter seu produto tais e tais qualidades. Temos, aí, o *marketing não-publicitário*,¹⁴ que se manifesta através de diversos modos de comunicação *diretamente* ligados à “voz e gestos” do fornecedor final ou que não fazem uso de mídia.¹⁵

Mas a informação pode ser antecedente à própria colocação do produto ou serviço no mercado, assim como ser impessoal em relação a um ofertante particularizado (o vendedor de balcão, por exemplo). É o *marketing publicitário* ou, simplesmente, *publicidade*.

8 Na forma do art. 3º do CDC.

9 Ou oferta *stricto sensu*; CDC, arts. 31 e 66.

10 CDC, arts. 37, 67, 68 e 69.

11 CDC, art. 35.

12 Sobre o *princípio da vinculação da mensagem publicitária*, confira-se nosso “Código Brasileiro...”, cit., ps. 162 e segs.

13 Com o art. 66 (*marketing* não-publicitário) de um lado e, do outro, os arts. 67 e 68 (*marketing* publicitário).

14 Ou, com outra terminologia, oferta *stricto sensu*.

15 É também o caso dos rótulos.

Em decorrência da bifurcação do *marketing* (oferta ou informação) em publicitário e não-publicitário, nosso estudo será dividido em duas grandes partes: numa analisaremos os *crimes de inadequação de informação não-publicitária*; noutra, os *crimes de inadequação de informação publicitária*.

É claro que, no cotejo da informação publicitária e informação não-publicitária, nem sempre a separação entre uma modalidade e outra poderá ser feita de maneira cristalina, já que há uma área de sobreposição, de contorno incerto.

Entre a comunicação tipicamente publicitária — como aquela em rádio, televisão, jornais, revistas e *outdoors* — e a essencialmente não-publicitária — como a que acompanha o produto ou serviço ou se faz nas vizinhanças do fornecimento — há toda uma série de situações que tendem a se confundir.

Todavia, em todas elas, o *standard* identificador do tipo de comunicação será sempre, no mínimo e de modo geral, triplo: a) o da proximidade do ato de fornecimento;¹⁶ b) o da criação profissional da informação;¹⁷ e, por derradeiro; c) o da veiculação em mídia.¹⁸

Entretanto, quando presente a dúvida, pelo menos quanto à enganosidade, prejuízo algum haverá em termos de *persecutio criminis*, de vez que as penas impostas a qualquer uma das desconformidades são idênticas, tanto no caso do *marketing publicitário*, como na hipótese do *marketing não-publicitário*.¹⁹

Ressalte-se, contudo, que no que tange à forma culposa (“deveria saber”), o art. 67 (oferta publicitária enganosa) é mais rígido que o art. 66 (oferta não-publicitária enganosa), pois iguala o sancionamento das condutas dolosas e culposas.

Nos dois segmentos do nosso trabalho, analisaremos duas modalidades distintas de vícios ou inadequação do *marketing* (oferta ou informação): a *enganosidade* e a *abusividade*.

A partir desses dois conceitos, outra classificação será utilizada, agora atentando para a modalidade de desvio da informação — enganosidade ou abusividade. Localizaremos, en-

16 Quanto mais distante e separada fisicamente do momento da aquisição ou utilização do produto ou serviço estiver a informação ou oferta, mais claramente ganhará ela o tom de publicidade.

17 Ou seja, por agência de publicidade ou profissional da área (o que exclui, evidentemente, os “argumentos de balcão”, utilizados por vendedores inescrupulosos. Neste último caso, para fins penais, não há publicidade enganosa e sim *informação não-publicitária enganosa*).

18 Mais uma vez, cabe ressaltar aqui a exceção das promoções de venda que, mesmo quando atreladas aos produtos e serviços — não utilizando a mídia, portanto —, são tidas, em sede penal, como oferta publicitária. Isso como conseqüência de sua *ratio* predominantemente persuasiva.

Saliente-se, ainda, que promoções de vendas, como os sorteios, só aparentemente estão atrelados aos produtos e serviços, já que sua consumação, como regra, ocorre em outro momento distinto daquele do ato de consumo primordial (a compra e venda, por exemplo).

19 Detenção de três meses a um ano e multa (CDC, arts. 66, *caput*, e 67).

é o conteúdo que define — maculando, inclusive — o fenômeno, podemos dizer que, para fins jurídicos, as noções de *marketing* e informação se equivalem.

tão, primeiramente, os crimes de *marketing*²⁰ enganoso *não-publicitário*²¹ e *publicitário*.²² Num segundo momento, identificamos os delitos de *marketing*²³ *não-publicitário abusivo*²⁴ e *publicitário abusivo*.²⁵

É o que veremos a seguir.

3. A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

Não custa repetir que o CDC erigiu a informação do consumidor como o seu instrumento predileto de prevenção das desconformidades de consumo.

Na aquisição de produtos e serviços é comum que informações prestadas pelos fornecedores sejam o instrumento mais importante de persuasão do consumidor. São alegações ou apresentações (ou omissões) referentes a todos os aspectos imagináveis daquilo que se oferece, abrangendo, não raras vezes, produtos e serviços estranhos à operação de consumo propriamente dita (prêmios, por exemplo).

Em tal contexto, são imensas as oportunidades para utilização de informações *falsas* ou *ambíguas*, as duas facetas da *enganosidade*, assim como de informações *abusivas*. Daí que, especialmente como consequência da enganosidade, o consumidor acaba por adquirir “gato por lebre”, ou seja, contratando quando, se estivesse bem informado, não o faria. Não são poucos nem ocasionais os prejuízos sofridos pelos consumidores.

É certo que, agora com as inovações trazidas pelo CDC, o consumidor pode sempre buscar a reparação civil para eventuais danos que o *marketing* lhe cause,²⁶ mas, por diversas razões (morosidade e onerosidade de prestação jurisdicional agregadas à difusidade e ao normalmente pequeno valor econômico do prejuízo), dificilmente o faz.

A certeza de impunidade dos crimes de consumo representa um grande incentivo à manutenção das práticas irregulares e até à sua generalização no mercado. Ao criminoso econômico não interessa ou não é conveniente a violação da norma com a prática de crimes tradicionalmente considerados “bárbaros” ou “de grande poder ofensivo”, como, por exemplo, o homicídio. Ao contrário, o infrator econômico prefere atentar contra a ordem pública através dos chamados “crimes do colarinho branco”, praticando-os aos milhares, convicto de que nada lhe acontecerá.

A agregação de pequenos ganhos ilícitos, auferidos mediante práticas mercadológicas nefastas à saúde do mercado, implica grandes lucros para o violador, caracterizando, ade-

mais, tremendo estímulo econômico à continuidade delitiva e à utilização geral da prática criminosa por outros agentes econômicos.²⁷

4. CRIMES DE INADEQUAÇÃO DA OFERTA NÃO-PUBLICITÁRIA (art. 66)

Nos termos do art. 66, constitui crime “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”.

Esse dispositivo cuida de *marketing (oferta ou informação) não-publicitário enganoso*.

Como se percebe, a *enganosidade* é, aqui, o elemento caracterizador da inadequação das informações integrantes da oferta não-publicitária.

Trata-se de crime de ação múltipla, ou seja, “aquele que se pode cometer com várias modalidades de condutas, algumas comissivas, outras omissivas”.²⁸

O art. 66 é, de certa maneira, reflexo do art. 31.²⁹ Basicamente, impõe-se a todo tipo de informação publicitária, ou seja, aquela veiculada através de mídia (rádio, televisão, revistas, jornais, *outdoors*, catálogos).³⁰ Em outras palavras, aplica-se à *oferta não-publicitária*.³¹

Diversamente, o *marketing (oferta ou informação) publicitário* vem regrado, quanto à sua repercussão penal, nos arts. 67, 68 e 69 e, na esfera cível, diretamente, nos arts. 36 a 38.³²

Como assinalado, integram o art. 66, dentre outras, informações “de balcão”, assim como as constantes de rótulos, bulas, termos de garantia, notas fiscais, cartas endereçadas aos consumidores, manuais de instrução e instrumentos contratuais.

Já as promoções de vendas (selos de troca, cupons, exposições e amostras), como notado anteriormente, na medida em que fazem uso de técnicas muito semelhantes à publicidade e têm os mesmos objetivos (aumentar o potencial de venda do produto ou serviço), a esta se equiparam para fins de controle penal.

27 “Apesar do pequeno valor perdido pelo indivíduo, se um conjunto de pessoas for enganado e sofrer prejuízos, o fornecedor pode receber, no contexto geral, um considerável — embora injusto — lucro” (GRAHAM STEPHENSON, “The Criminal Law and Consumer Protection”, Ashford, Barry Rose Publishers Ltd., 1992, p. 1).

28 MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor*, in RT 661/252.

29 No mesmo sentido, MARCO ANTONIO ZANELATO, *Apontamentos sobre os Crimes contra as Relações de Consumo e contra a Economia Popular*. in *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência*, Civil e Criminal, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, n. 5, p. 37.

30 Já que para esta há tipos penais específicos (arts. 67, 68 e 69).

31 Como veremos mais adiante, as “promoções de venda” (prêmios, cupons, sorteios, etc.), embora não sejam em técnica de *marketing*, publicidade, foram a esta equiparadas pelo legislador criminal. Seu regramento, portanto, está nos arts. 67, 68 e 69.

32 Além, evidentemente, do art. 35, embora este aplique-se, igualmente, à *oferta não-publicitária*.

20 Oferta ou informação.

21 CDC, art. 66.

22 CDC, art. 67.

23 Oferta ou informação.

24 Por um lapso do legislador, sem previsão no CDC.

25 CDC, arts. 67 e 68.

26 CDC, art. 35.

Em síntese, o art. 66 é residual no cotejo com os arts. 67, 68 e 69. Para fins de repressão penal da enganosidade e da abusividade, tudo o que não for considerado *marketing* publicitário encaixa-se no art. 66.

4.1. Objetividade Jurídica

O art. 66 protege, a um só tempo, a relação de consumo sanitária (“segurança” de produtos e serviços) e a relação de consumo econômica (“natureza”, “característica”, “qualidade”, “quantidade”, “desempenho”, “durabilidade”, “preço” e “garantia”).

Se em decorrência da oferta inadequada ocorrer dano à vida ou integridade do consumidor, ou mesmo ao seu patrimônio, outros tipos penais de consumo impróprios³³ podem ser aplicados em concurso (por exemplo, os arts. 129 e 121 do C. Pen.).

4.2. Sujeito Ativo

São múltiplos os sujeitos ativos. Não só o fabricante do produto ou serviço que põe a etiqueta ou informação inadequada, mas, igualmente, todos aqueles que, conhecendo sua desconformidade, a produzem e utilizam.

O comerciante (atacadista ou varejista) e seus prepostos que fizerem oferta falsa ou ambígua, oralmente ou através de seus próprios impressos,³⁴ ou ainda aqueles que omitem informação relevante, também são sujeitos ativos do delito.

De qualquer maneira, o responsável ou proprietário do estabelecimento, ou qualquer outro que “patrocine” a oferta, é co-responsável (art. 66, § 1.º). Patrocinar aqui quer significar dar condições materiais ou econômicas, permitir, comissiva ou omissivamente, que a oferta desconforme seja feita ou chegue ao consumidor. “Patrocinar a oferta tem a significação de favorecer, beneficiar, auxiliar, amparar do ponto de vista financeiro aquele que oferta o produto ou serviço, de sorte a viabilizar essa mesma oferta. O patrocinador subsidia a oferta, o que se dá, normalmente, quando o fornecedor não pode arcar com os custos decorrentes da colocação do produto ou serviço à disposição do público consumidor”.³⁵

4.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a coletividade de consumidores.

4.4. Tipo Objetivo

Conforme já mencionamos, o art. 66 aplica-se a toda *informação não-publicitária* sobre produtos ou serviços. O legislador penal, para evitar problemas de interpretação que ocorrem

no direito estrangeiro, resolveu criminalizar, em tipos separados, a informação publicitária enganosa (art. 67) e a informação não-publicitária enganosa (art. 66), partição esta que, não obstante o art. 31, não ficou bem formulada na parte cível do CDC.

Há, no cotejo entre os arts. 66 e 63, um certo *bis in idem* tipológico em relação à oferta enganosa por omissão sobre a segurança do produto e serviço.

No art. 66, são três as condutas reprimidas, duas comissivas e uma omissiva:

- a) fazer afirmação falsa;
- b) fazer afirmação enganosa *stricto sensu* (ambigüidade);
- c) omitir informação relevante.

Não há novidade completa no dispositivo em questão. O Código Civil, de uma forma ou de outra, sanciona, na teoria dos vícios de consentimento, as fraturas informativas. Do mesmo modo, o Código Penal tipifica certas condutas como desvios informativos.³⁶

De novo há, aqui, o tratamento penal específico da relação de consumo, vista com o tal. A regra “o consumidor que se informe” — *caveat emptor* — é absolutamente abandonada pelo CDC e, mais, a sua utilização é punida criminalmente.

O legislador reconheceu que proteger o consumidor contra as informações desconformes é uma necessidade, mas não é suficiente para obrigar “o fornecedor a entregar ao consumidor as informações positivas que necessita para esclarecer sua escolha e produzir um consentimento livre”.³⁷ É por isso que o CDC sanciona, ao lado da informação inadequada, também a informação desconforme *por omissão*, ou seja, a ausência de informação. Cria-se, aí, então, uma genuína “obrigação geral penal de informar”.

Como veremos ao analisarmos o crime de publicidade enganosa (art. 67), a enganosidade *lato sensu* pode ser classificada quanto ao seu conteúdo e quanto à sua forma de manifestação.

Informação falsa é aquela que se mostra desconforme com a realidade dos fatos.

Diversamente, a enganosidade *stricto sensu* (ambigüidade) decorre mais da apreciação que o consumidor dá à informação ofertada pelo fornecedor. Uma informação literalmente verdadeira pode ser considerada enganosa.³⁸

O silêncio do fornecedor, por seu turno, foi equiparado pelo legislador a uma alegação. Veja-se o caso do revendedor de automóveis que deixa de informar ao consumidor que o marcador de quilometragem, pelo estado do veículo ou pela sua idade, deve ter sido desligado em algum período de sua utilização. Seu silêncio, *in casu*, em face da especialização do seu conhecimento e a profissionalidade de sua

33 A esse respeito, consulte-se nossos artigos já citados, publicados na Revista de Direito do Consumidor (vols. 1 e 3).

34 GRAHAM STEPHENSON, ob. cit., p. 3.

35 MARCO ANTONIO ZANELATO, art. cit., p. 38.

36 É o caso, por exemplo, do crime de estelionato (C. Pen., art. 191).

37 LUC BIHL, ob. cit., p. 53.

38 Para uma distinção esmiuçada entre informação falsa e informação enganosa, consulte-se o nosso

atividade, equivale, aos olhos do consumidor, a uma afirmação (positiva) de adequação do produto.

A omissão punível é apenas aquela referente às informações *relevantes*, critério este adotado igualmente para a publicidade enganosa por omissão (arts. 37, § 3.º, e 67), embora sob a formulação de “essencialidade” do elemento informativo. E, entre estas, só aquelas pertinentes à natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia dos bens de consumo.

A relevância é avaliada não em relação ao que o fornecedor assim entende, mas em função da expectativa legítima do consumidor. É sempre apreciada caso a caso.

Tanto na hipótese do art. 66 (*marketing não-publicitário*), como na do art. 67 (*marketing publicitário*), a enganosidade pode dizer respeito a qualquer dado, direto ou indireto, do produto ou serviço (exceção feita à omissão, onde só os dados “relevantes” são exigíveis). A regra instituída pelo CDC é a de que “só digo a verdade, a pura verdade, nada mais que a verdade”. O legislador, em termos de informações positivas (não as omissivas), afastou, por inteiro, o princípio de *minimis non curat lex*, isto é, a regra de que o direito não se preocupa com desvios menores.

É certo que o art. 66 refere-se, diretamente, a “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia”, expressões estas que, vistas apressadamente, poderiam levar à conclusão de que se está diante de enumeração ou exemplificação taxativas.³⁹ Todavia, tratam-se de elementos normativos do tipo tão amplos e flexíveis que tudo que se fale sobre um produto ou serviço se encaixa em uma dessas categorias e se presta, portanto, à tipificação do crime.

Deixando de lado os dois termos mais amplos de todos — “característica” e “qualidade” —, basta que se dê, como exemplo, o elemento “quantidade”. Nele se inclui comprimento, largura, altura, área, volume, capacidade, peso, medida e número.⁴⁰

Ainda exemplificativamente, encaixam-se no art. 66 informações sobre: tamanho, peso, volume, área, dimensão e número (quantidade); métodos de fabricação, produção, processamento ou acondicionamento (“caseiro”); composição (“cerejeira”), destinação especial (“para a praia”) *performance* (“à prova d’água” ou “não amarela”), comportamento, estado (“0 km” ou “seminovo”) ou precisão; ingredientes, condimentos e constituintes (“sem açúcar”); eventuais testes (“aprovado pelo IPT”) ou preferência de outras pessoas (celebridades, por exemplo), assim como sobre prazo de validade, data ou local de fabricação, produção, proces-

samento ou recondicionamento; identidade do fornecedor; dados históricos do produto ou serviço (“sobras do verão”), incluindo proprietários anteriores.

Sua consumação independe de dano real ou efetivo erro do consumidor. O crime é de perigo abstrato e consuma-se com a mera afirmação ou omissão.⁴¹ Depende, todavia, da exposição de consumidores. Sem o oferecimento efetivo pode haver crime tentado mas não consumado. É o critério da *exposição* (art. 29). Mas basta a exposição a meros consumidores *potenciais*, mesmo que estes, no momento da exibição, atuem em outra condição (até como profissionais).

Havendo *mise en scène* individualizada, assim como vantagem ilícita e prejuízo alheio, é possível a caracterização de estelionato,⁴² sempre em concurso.⁴³

No tocante à garantia contratual, ao lado do delito específico do art. 74, que cuida da não-entrega do termo ou de seu preenchimento inadequado, aplica-se o art. 66 sempre que as informações prestadas através do termo, embalagens ou outros documentos forem falsas ou ambíguas. Assim, por exemplo, quando o fabricante informa, no termo, que certos componentes do produto “não têm garantia”, deixando de alertar o consumidor sobre a garantia legal fixada pelo art. 24.⁴⁴

4.5. Tipo Subjetivo

As condutas são puníveis quando praticadas com dolo (art. 66, *caput*) ou mesmo com

41 No mesmo sentido, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, “Código Brasileiro...”, cit., p. 443; segundo MARCO ANTONIO ZANELATO, “para sua consumação basta que, na oferta, seja feita afirmação falsa ou enganosa sobre o produto ou serviço, ou que seja omitida informação relevante quanto a algum dos aspectos previstos no tipo. Prescinde-se, pois, de dano decorrente daquela conduta comissiva ou omissiva” (MARCO ANTONIO ZANELATO, art. cit., p. 38).

42 C. Pen., art. 171.

43 CDC, art. 61.

44 Igual solução é dada pelo direito inglês. Em 1973, o Parlamento promulgou o “Supply of Goods (Implied Terms) Act”, que proibia a utilização de cláusulas de exclusão de responsabilidade pelas garantias implícitas decorrentes do “Sale of Goods Act”. Os benefícios resultantes dessa proibição no plano cível foram, contudo, decepcionantes. Os fornecedores continuaram a fazer largo uso da exclusão, não obstante a vedação e nulidade legais. Os maiores prejudicados eram exatamente os consumidores menos instruídos, levados a acreditar nas cláusulas contratuais fixadas pelos fornecedores, desconhecendo o fato de que tal direito era indisponível. Para resolver a questão, pediu-se auxílio ao direito penal. A “Consumer Transactions (Restrictions on Statements) Order”, promulgada com base no “Fair Trading Act”, de 1973, tipificou como ilícito penal o uso de sinais ou advertências que objetivassem retirar dos consumidores o direito inalienável à garantia (sobre a matéria, veja-se S. J. BONE, e L. A. RUTHERFORD, *Offenses against the Consumer?*, in “The Journal of Criminal Law”, vol. 48, parte 2ª, maio de 1984, ps 191-193).

39 MANOEL PEDRO PIMENTEL, art. cit., p. 253.

40 É sistema idêntico ao “Trade Descriptions Act 1968” inglês, art. 2(3), segundo o qual o vocábulo quantidade aplica-se a *length, width, height, area, volume, capacity, weight and number*

culpa (art. 66, § 2.º). Andou bem⁴⁵ o CDC ao criminalizar as ofertas cuja enganiosidade decorre da negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor. Assim, quando este, por exemplo, sem qualquer cuidado em se certificar, afirmar que seu produto é o mais barato do mercado, viola o art. 66, § 2.º.

Aqui o legislador, ao contrário do que fez com a publicidade enganosa e abusiva, preferiu não igualar a sanção para as condutas dolosas e culposas, distinguindo-as claramente (detenção de três meses a um ano e multa, no caso de dolo, e detenção de um a seis meses ou multa, na hipótese de culpa).

5. INADEQUAÇÃO DA OFERTA PUBLICITÁRIA: CRIMES DE PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA (arts. 67 e 68)

O direito privado regra os pequenos e grandes fatos do cotidiano humano. O direito penal, diversamente, só é chamado quando a *dimensão do bem jurídico* tutelado, a *danosidade social da ação* ou a *multiplicidade de vítimas* justificam sua intervenção. O controle penal da publicidade legitima-se, a um só tempo, pelos três critérios.

Por primeiro, a publicidade afeta, frontalmente, a relação jurídica consumidor-fornecedor, podendo, conforme sua forma e conteúdo, maculá-la ou aperfeiçoá-la. Ainda nesse sentido, é oportuno lembrar que tal relação está na base da própria sociedade de consumo e, assim sendo, é bem jurídico de importância fundamental. Aliás, como muito bem observa MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, "não há sociedade de consumo sem publicidade".⁴⁶ Ademais, os desvios publicitários são de alta social danosidade, muitas vezes causando prejuízos à saúde e segurança do consumidor. Finalmente, as desconformidades da publicidade — por ser esta instrumento de atuação coletiva — são subjetivamente multiofensivas. Atinge-se sempre a totalidade do mercado, mesmo quando o prejuízo material e direto atinge uma só pessoa. Ou seja, inexistente, nesse campo, ofensa a uma vítima só.

A relação de consumo, em seu prisma publicitário, deve ser, inicialmente, garantida

⁴⁵ MANOEL PEDRO PIMENTEL, art. cit., p. 251. Para o saudoso professor, a modalidade "fazer afirmação falsa ou enganosa", na qual o dolo é essencial, não admite "a forma culposa, uma vez que ninguém faz uma afirmação falsa ou enganosa, por imprudência, negligência ou imperícia. O *crimen falsum*, pela sua própria definição, requisita a consciência da falsidade do engano."

Incontáveis são os casos em que a informação enganosa é passada (ou omitida) culposamente. O fornecedor informa o consumidor com dados enganosos que, não fora sua falta de diligência, poderia muito bem conhecer sua desconformidade com a realidade dos fatos.

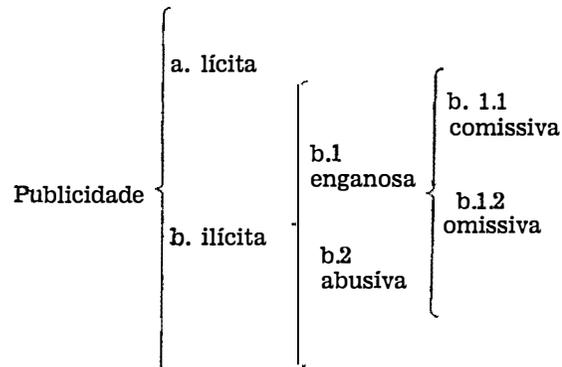
⁴⁶ MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, *O Consumidor e a Publicidade*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1º, Jan.-abr. de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, p. 151.

pelo direito privado.⁴⁷ Num segundo plano aplica-se o direito administrativo.⁴⁸ Mas cabe ao direito penal, "último bastião defensivo",⁴⁹ socorrer este bem jurídico de enorme repercussão social.

A publicidade, de uma maneira geral, como fenômeno intrínseco à sociedade de consumo, é benéfica ao consumidor. É através dela que este toma conhecimento de novos produtos e serviços; é a publicidade que permite ao consumidor comparar preços e qualidades dos bens de consumo.

Podemos classificar a publicidade em duas grandes categorias: a *lícita* e a *ilícita*. Esta, por sua vez, pela ótica do direito do consumidor,⁵⁰ pode ser *enganosa* ou *abusiva*. A enganosa ora é *omissiva*, ora é *comissiva*.

Esquemáticamente, temos o seguinte:



A publicidade lícita é definida por exclusão: tudo o que não for considerado ilícito é publicidade lícita.

A publicidade ilícita sofre regramento civil, administrativo e penal. Aqui só cuidaremos deste último.

Na repressão penal das desconformidades do *marketing* ou oferta, como vimos salientando, o legislador separou a informação publicitária da não-publicitária.

Na tipologia repressiva, já assinalamos, a oferta publicitária inclui as *promoções de vendas* (cupons, sorteios, brindes, etc.), embora, tecnicamente, em *marketing*, os conceitos possam ser apartados. Todavia, o legislador preferiu não distingui-los, levando em conta que ambos os fenômenos têm a mesma *ratio*, sendo um e outro técnicas de persuasão sofisticada. Em outras palavras, o regime penal optou pela "noção vulgar" da matéria em que os dois temas se confundem.

O CDC traz *quatro* delitos diretamente relacionados com o fenômeno publicitário: cri-

⁴⁷ É o que ocorre, por exemplo, com a previsão do *princípio da vinculação da mensagem publicitária* (CDC, arts. 30 e 35), bem como com a contrapropaganda judicial.

⁴⁸ Assim com a contrapropaganda administrativamente imposta (CDC, arts. 56, inc. XI, e 60).

⁴⁹ MANUEL SANTAELLA LOPES, "El Delito Publicitario", Madrid, Reus, S.A., 1981, p. 49.

⁵⁰ Há outra modalidade de publicidade ilícita que não interessa, diretamente, ao direito do consumidor: a publicidade desleal.

me de publicidade enganosa, crime de publicidade abusiva, crime de publicidade capaz de induzir comportamentos perigosos e crime de omissão de fundamentação da publicidade.⁵¹

5.1. Crime de Publicidade Enganosa

O CDC, expressamente, capitula como crime “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa” (art. 67).

Como muito bem ensina MANOEL PEDRO PIMENTEL, “inegável a importância desta incriminação, de há muito reclamada, para a proteção dos direitos e dos interesses do consumidor”.⁵² Muitas vezes representa a publicidade o único canal de comunicação entre o fornecedor e o consumidor. A “publicidade, em última análise, é informação, e, enquanto tal, deve atender ao disposto no art. 6.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que consagra o chamado princípio da veracidade”.⁵³

O legislador brasileiro, na elaboração do CDC, deu à publicidade a relevância que ela, de fato, tem na vida do mercado. E, assim o fazendo, inovou, já que, no sistema anterior, praticamente não havia controle efetivo da publicidade enganosa e, muito menos, da abusiva.⁵⁴

Não imaginemos que o mercado publicitário seja um santuário de desonestos.⁵⁵ A maior parte das campanhas publicitárias é realizada com anúncios lícitos. Mas é inegável que “certos anunciantes pouco escrupulosos deformam suficientemente a verdade ao ponto em que se faz necessário reprimir o abuso”.⁵⁶ Já que o “afã de salientar as qualidades do produto pode levar a distorções, para as quais o legislador tem de voltar sua atenção”,⁵⁷ não podia o CDC omitir-se no regramento integral das desconformidades publicitárias. E não nos iludamos: a publicidade enganosa é altamente lucrativa. Lucro ilícito às custas do consumidor e dos concorrentes, desagregador do mercado.

A enganosidade publicitária — assim como toda e qualquer deformidade de mercado — pode ser analisada por três ângulos distintos mas extremamente interligados: o civil (eminentemente reparatório), o administrativo (eminentemente repressivo) e o penal (eminentemente repressivo). No tratamento criminal da

publicidade enganosa pode-se repetir quase tudo o que se diz quando do seu estudo na esfera cível.⁵⁸

Em primeiro lugar, o juízo de enganosidade independe da existência de *dano real* sofrido por consumidores individualizados. O crime, como veremos, é de *perigo abstrato*. Nos termos do conceito estatuído pelo próprio Código (art. 37) e que orienta o tipo penal do art. 67, é enganosa a publicidade falsa ou a que seja *capaz* de induzir em erro o consumidor. Bem se percebe que o juízo é meramente potencial e não real. É uma avaliação de enganosidade e não de enganos concretos.⁵⁹

Nesse sentido, o juiz perguntará: este anúncio é capaz de induzir em erro o consumidor? Não perguntará: este anúncio, de fato, induziu em erro um ou vários consumidores? Daí que “o erro real, consumado, é um mero exaurimento que, para fins da caracterização da enganosidade, é irrelevante”.⁶⁰ Em outras palavras, o Ministério Público, como *dominus litis*, não precisa, em tais casos, fazer prova da existência de enganos ocorridos efetivamente. Basta, *in casu*, que o juiz estime que a publicidade, pelas suas alegações, indicações ou apresentações, possuía a natureza de induzir em erro seus destinatários.⁶¹

Ademais, o juízo de enganosidade levará em conta, além das informações falsas propriamente ditas, outras que sejam *ambíguas* e até aquelas que, embora sendo literalmente verdadeiras, emanem um entendimento *global* — a impressão total —, capaz de induzir em erro o consumidor.

Em terceiro lugar, a enganosidade é apreciada tanto no seu contexto positivo (o que foi dito ou apresentado) como, também, com a mesma ênfase, na sua conotação negativa (o que deixou de ser dito, mostrado ou informado). A simples omissão de um dado na publicidade — desde que essencial⁶² — pode ser capaz de induzir em erro o consumidor. Ou

58 Para uma análise mais ampla da publicidade, tanto no aspecto de sua criação como no seu tratamento cível, confira-se nosso “Código Brasileiro...”, cit., ps. 165-218.

59 Conforme nota JOSÉ GERALDO BRITO FILC-MENO. “pouco importa que tenha havido ‘induzimento’ ou não do consumidor em erro, mesmo porque em se tratando de publicidade abusiva e enganosa o que se tem em conta é a potencialidade ou perigo de dano, *in abstracto* de uma coletividade de consumidores difusamente considerados” (“Código Brasileiro...”, cit., p. 444).

60 ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN, “Código Brasileiro...”, cit., p. 197.

É “irrelevante”, diga-se, para fins de consumação dos delitos dos arts. 66 e 67, mas não o é para a aplicação de outros dispositivos penais.

Se consumidores individualizados forem, concretamente, enganados, a infração será a do art. 7º, inc. VII, da Lei n. 8.137/90, crime de resultado e mais severamente apenado (“Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) VII — induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”).

61 LUC BIHL, ob. cit., p. 43.

62 CDC, art. 37, § 3º.

51 Por igual, consulte-se MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, art. cit., p. 179.

52 MANOEL PEDRO PIMENTEL, art. cit., p. 253.

53 EDUARDO ARRUDA ALVIM, “Código do Consumidor Comentado”, São Paulo, RT, 1991, p. 144.

54 “A grande novidade do Código, no âmbito penal, é, sem dúvida, a criminalização da publicidade enganosa” (MARCO ANTONIO ZANELATO, art. cit., p. 36).

55 Ao contrário, conforme estudo concreto de anúncios brasileiros premiados que realizei e apresentei, em 6 de março de 1991, no seminário “O Marketing por dentro do Código de Defesa do Consumidor”, promovido pelo IDEC, poucos foram os que enfrentaram problemas com o CDC.

56 PIERRE-FRANÇOIS DIVIER, “50 Cas de Publicité Mensongère”, Paris, Librairies Techniques, 1978, p. 1.

57 MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, art. cit., p. 152.

seja, em sede publicitária, o mero silêncio é sancionado. Naquela hipótese caracteriza-se a *publicidade enganosa comissiva*; nesta, a *publicidade enganosa omissiva*.

Finalmente, o juízo de enganiosidade — assim como outros elementos normativos do tipo — é variável, na mesma proporção da heterogeneidade dos destinatários da mensagem publicitária. Sabe-se que “uma mesma publicidade produz efeitos diferentes sobre pessoas diferentes”.⁶³

Neste último sentido, cabe ressaltar que a capacidade de enganar é apreciada *in concreto*, caso a caso, conforme o público (*target real*) que afete. Não, é cabível, como regra, um juízo *in abstracto*, que se alicerce em um hipotético *homo medius* nacional (consumidor brasileiro médio), baseado na figura do “bom pai de família” (“*bon père de famille*”), imagem esta inexistente no mercado de consumo, mais ainda num país heterogêneo como o Brasil. Certas categorias de consumidores (crianças e idosos, por exemplo) são particularmente vulneráveis, e o julgamento da enganiosidade não pode desconhecer tal realidade. Uma publicidade dirigida às crianças, embora atingindo um número substancial de adultos, não pode ser analisada tomando-se como parâmetro estes últimos. E, reconhecamos, “um dos objetivos do direito penal é justamente proteger as pessoas particularmente frágeis”.⁶⁴

Uma solução de compatibilização entre os critérios *in abstracto* e *in concreto* seria a adoção daquele sempre que a publicidade fosse dirigida ao público em geral e deste naquelas hipóteses de um alvo particular, determinado, como as crianças⁶⁵ ou consumidores com conhecimento especializado em uma certa matéria (computadores, por exemplo).

5.1.1 Objetividade Jurídica

A publicidade enganosa fere a relação de consumo em seus dois aspectos. Quando a enganiosidade relaciona-se com “segurança”, atingida é a relação de consumo sanitária. Mas quando se refere, por exemplo, à “durabilidade”, “preço” ou “garantia”, é a relação de consumo econômica a afetada.

Em outros casos, tanto uma como outra podem ser atingidas. Assim, no tocante a “características” do produto ou serviço, tanto a relação de consumo sanitária como a econômica são passíveis de violação. Se o anunciante diz que uma das características de seu produto é a capacidade de curar o câncer, a enganiosidade viola o aspecto sanitário. Diversamente, se afirmar que a principal característica de seu serviço de *buffet* é contar com a participação de atores famosos, a enganiosidade viola a relação de consumo econômica.

Só reflexamente são tutelados a integridade física e a saúde do consumidor, assim como seu patrimônio. Pelo princípio da autonomia do bem jurídico, informador dos crimes de consumo próprios,⁶⁶ a proteção é sempre em favor da relação jurídica de consumo, como bem imaterial.

5.1.2 Sujeito Ativo

O ato de publicidade tem três sujeitos: o anunciante, a agência e o veículo, este último também chamado de meio ou suporte.⁶⁷

O responsável principal, embora não exclusivo, é o anunciante,⁶⁸ já que a aprovação final do anúncio é sua.⁶⁹ O direito cria, em relação ao anunciante, uma *obrigação de vigilância*, cabendo-lhe controlar, “antes de sua difusão, todo o conteúdo da publicidade, na medida em que é ele o melhor posicionado para fazê-lo”.⁷⁰

Se é correto que existem fortes razões para, em diversos casos, responsabilizar o anunciante, a *persecutio* pode se dar, igualmente, em relação a outras pessoas que intervêm no processo publicitário.⁷¹ De uma maneira geral, *todos aqueles que concorrem para a publicidade enganosa por ela respondem*.⁷² Como especialistas que são, exige-se dos profissionais envolvidos — notadamente dos publicitários

66 Repetindo, sobre o tema de crime de consumo próprio, veja-se o nosso artigo ‘O Direito Penal do Consumidor: Capítulo do Direito Penal Econômico’, *ob. cit.*, ps. 103 e segs.

67 MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, *art. cit.*, p. 155.

68 A solução proposta por JOÃO BATISTA DE ALMEIDA é diversa: sujeito ativo são “os profissionais que cuidam da criação e produção da publicidade e os responsáveis pela sua veiculação nos meios de comunicação” (“A Proteção Jurídica do Consumidor”, dissertação apresentada na Universidade de Brasília, Brasília, 1991, p. 237).

69 É o caminho do art. 44-II, alínea 7, da Lei francesa de 27.12.73. Os tribunais franceses têm-se “mostrado severos na apreciação das obrigações profissionais do anunciante” (DANIÈLE MAYER, *ob. cit.* p. 96).

70 DANIÈLE MAYER, *ob. cit.*, p. 96.

71 Interessante a posição de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. para quem, no art. 67, “os sujeitos agentes do crime são o publicitário que faz a publicidade enganosa ou abusiva bem como o responsável pelo veículo, que a promove. O fornecedor que fizer uma afirmação falsa ou enganosa estará incurso no art. 66” (*ob. cit.*, p. 236).

Histórica e sistematicamente, não nos parece seja esta a melhor interpretação dos dois dispositivos.

O tipo do art. 66 cuida de informação desconforme de caráter não-publicitário, como, por exemplo aquela constante das bulas e rótulos dos produtos ou dos instrumentos contratuais. Já no art. 67 temos o sancionamento das desconformidades da informação verdadeiramente publicitária. De qualquer modo, a adoção de uma ou outra solução não traz maiores prejuízos em nível de sanção penal, uma vez que ambas as condutas dolosas são apenadas com detenção de três meses a um ano e multa.

72 Trib. corr. Paris, 25 fév. 1977.

Para EDUARDO ARRUDA ALVIM, são “possíveis sujeitos ativos especificamente os profissionais que façam (criem) ou promovam (veiculem)” a publicidade (*ob. cit.*, p. 145).

63 DANIÈLE MAYER, “Droit Pénal de la Publicité”, Paris, Masson, 1979, p. 79.

64 LUC BIELL, *ob. cit.*, p. 44.

65 MIREILLE DELMAS-MARTY, *ob. cit.*, p. 609.

rios, que têm por missão criar⁷³ e produzir os anúncios — precauções superiores às normais, que assegurem a veracidade e não abusividade de suas criações.

É por isso que os publicitários da agência também podem ser responsabilizados, notadamente quando se desviam do *briefing* fornecido pelo anunciante ou quando este, embora seguido à risca, é manifestamente enganoso (“a cura milagrosa da calvície”). Não há dúvida de que a criação e produção do anúncio “é um requisito para o resultado final e concorre para o cometimento do delito”.⁷⁴

Em certos casos, é possível que só o publicitário, ou principalmente ele, venha a ser responsabilizado. Imagine-se que um determinado fornecedor entregue um *briefing* bem genérico à sua agência e lhe peça um anúncio que venda o seu produto. O filme é concluído em cima da hora para sua veiculação. Não havendo tempo para conseguir a autorização do anunciante, a agência, para não perder o espaço do veículo já contratado, nos termos da confiança que há entre ela e seu cliente antigo, veicula o anúncio enganoso. Dificilmente se pode, em tal caso, vislumbrar responsabilidade penal do fornecedor (anunciante).

Do mesmo modo, os profissionais do veículo (jornal, rádio, televisão, *outdoor*, revistas) podem ser sujeito ativo do delito, em particular na hipótese de anúncio falso ou enganoso *prima facie*, isto é, grosseiramente enganoso.

5.1.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo não é representado pelos consumidores que, acreditando no anúncio, efetuaram a compra (ou outro negócio jurídico, como a locação) por ele incitados. Os sujeitos passivos, ao contrário, são todos os consumidores *expostos*⁷⁵ à mensagem publicitária.⁷⁶

73 No mesmo sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM (ob. cit., p. 145).

74 FRANK PALMER, *Criminal Liability of Advertising Agencies*, in “Manitoba Law Journal”, vol. 7, n. 1, 1976, p. 59.

75 Decorrência do conceito legal de consumidor específico para as práticas comerciais: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (CDC, art. 29).

76 Com sentido próximo ao nosso, embora não inteiramente coincidente, a melhor doutrina tem afirmado que o sujeito passivo, *in casu*, é “o consumidor difusamente considerado e aquele exposto diretamente à publicidade enganosa ou abusiva” (confira-se JOÃO BATISTA ALMEIDA, ob. cit., p. 237). Na mesma linha, para EDUARDO ARRUDA ALVIM, “sujeito passivo será a coletividade e, mediatamente, o Estado” (ob. cit., p. 145).

Allás. é o próprio CDC que assim o afirma: “Art. 75 — Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas 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”.

Cuida-se, pois, de crime que atinge uma esfera subjetiva tipicamente “difusa”.⁷⁷

Como já fizemos referência, se consumidores individualizados forem, de fato, enganados, haverá infração ao art. 7.º, VII, da Lei n. 8.137/90.⁷⁸ Isto porque, ao contrário do delito do CDC, este último é crime de resultado.⁷⁹

5.1.4 Tipo Objetivo

No art. 67, o legislador sanciona a publicidade enganosa. Não a define, todavia. Conta ela, porém, com disposição integradora.

Trata-se, então, de norma penal em branco em sentido lato ou amplo;⁸⁰ ou seja, determina-se a sanção mas o conteúdo da norma permanece indeterminado, genérico. Sua complementação, *in casu*, é efetuada pelo próprio CDC, só que com regra de natureza civil (art. 37).⁸¹ De qualquer modo, foi intenção do legislador, ciente de sua incapacidade de prever todas as situações de enganiosidade — assim como de abusividade —, “lançar mão de tipos um pouco mais flexíveis, de sorte a abarcar todas as prováveis hipóteses”.⁸²

É crime formal.⁸³ A consumação se dá com a efetiva exposição⁸⁴ dos consumidores à mensagem publicitária.

A tentativa é possível,⁸⁵ particularmente quando o anúncio é abortado antes de sua veiculação ou antes da exposição propriamente dita. Por exemplo, o agente entrega o filme ao veículo e, antes de ir ao ar, a veiculação é interditada.

São requisitos objetivos para a existência do crime de publicidade enganosa: a) o anúncio; b) a enganiosidade.

77 MANUEL SANTAELLA, ob. cit., p. 123.

78 É, por igual, a opinião de EDUARDO ARRUDA ALVIM (ob. cit., p. 144).

79 Veja-se, no mesmo sentido, MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, art. cit., p. 180.

80 Sobre o conceito e classificação das normas penais em branco, consulte-se HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral”, Rio de Janeiro, FORENSE, 1985, ps. 76-77; DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, “Direito Penal, Parte Geral”, São Paulo, Saraiva, 1985, ps. 16 e segs.; JULIO FABRINI MIRABETE, “Manual de Direito Penal, Parte Geral”, São Paulo, Atlas, p. 50.

81 “Art. 37, § 1º — É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente, falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. E mais: “Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (§ 3º).

82 JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, “Código Brasileiro...”, cit., p. 437.

83 MANOEL PEDRO PIMENTEL, art. cit., p. 253. Concordando, EDUARDO ARRUDA ALVIM (ob. cit., p. 144).

84 CDC, art. 29.

85 Assim também pensa EDUARDO ARRUDA ALVIM (ob. cit., p. 144). Para JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, a tentativa só é admissível “quando da afirmação falsa ou enganosa ou então oferta nessas circunstâncias, e não na omissão” (“Código Brasileiro...”, cit., p. 451).

5.1.4.1 O anúncio

Na caracterização do crime de publicidade enganosa, a primeira indagação a ser feita é: existe um anúncio? Ou, em outras palavras, a informação é de natureza publicitária?

A publicidade é o fenômeno; o anúncio, sua forma de manifestação. Em linguagem corriqueira, são termos fungíveis. De qualquer modo, não há publicidade sem anúncio. Daí que sendo enganoso o anúncio também o é a publicidade.

Tal qual sucede na França, o CDC, já vimos, não definiu publicidade nem anúncio. O art. 67 fala apenas em "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa" (grifo nosso). Podemos, entretanto, dizer, com os olhos postos no direito francês, que publicidade é "todo procedimento que tem por objetivo solicitar a clientela".⁸⁶

Na medida em que o CDC tem um outro tipo (art. 66), relativo à informação não-publicitária enganosa, semelhante ao que cuida da publicidade enganosa, somos obrigados a concluir que o "procedimento que tem por objetivo solicitar a clientela", no caso brasileiro, há que ter dois requisitos básicos: a) ser de natureza profissional, isto é, criado e produzido por pessoas com conhecimento de *marketing*, em especial por uma agência de publicidade, seja interna (*home agency*, do próprio anunciante), seja externa; outras modalidades de solicitação de clientela, sem tal intervenção qualificada, encaixam-se no art. 66, notadamente os argumentos orais e contratuais de venda utilizados pelo vendedor de um estabelecimento comercial; b) não acompanhar, fisicamente, o produto ou serviço; ou seja, veiculado por mídia ou por outro mecanismo que atinja ou incite, a um só tempo, uma multiplicidade de consumidores.⁸⁷ Em síntese, é o suporte que, fundamentalmente, distingue os crimes dos arts. 66 e 67.

Na parte penal, o legislador brasileiro fragmentou, de fato, o fenômeno no *marketing*, radicalizando a distinção que apenas esboçou no regramento civil entre publicidade própria e outras modalidades de oferta (arts. 31 e 37), como as embalagens, rótulos, bulas e os "argumentos de balcão". Se, no regramento privado, a noção de publicidade quase que se confunde com a de oferta, no tratamento repressivo, tal não ocorre.

86 DANIELE MAYER, ob. cit., p. 77.

É por isso mesmo que, no conceito de publicidade, também estão incluídas, para fins de repressão penal, as promoções de venda (cupons, sorteios, prêmios, etc.). Em outras palavras, promoção de venda, no tipo do art. 67, é anúncio.

87 É o caso das promoções de venda, que, embora nem sempre utilizem a mídia, têm, inegavelmente, um caráter "massificante", muito distinto das informações de balcão, espécie típica de *informação não-publicitária*.

5.1.4.2 A enganosidade

Podemos classificar a enganosidade *latu sensu* de duas maneiras: quanto ao seu conteúdo e quanto à sua forma de manifestação.

5.1.4.2.1 A enganosidade quanto ao seu conteúdo

A enganosidade, quanto ao seu conteúdo, aparece de duas formas:⁸⁸ a) por uma falsidade, total ou parcial; b) por uma ambigüidade.

Assim, com base nesta bifurcação da enganosidade, chegamos ao seguinte modelo teórico:

Publicidade enganosa $\left\{ \begin{array}{l} \text{a) falsa} \\ \text{b) ambígua}^{89} \end{array} \right.$

Já analisamos a falsidade quando do estudo do crime do art. 66. Decorre ela, como dissemos, de dados intrinsecamente inexatos,⁹⁰ contrários à verdade. Tem um caráter objetivo, daí a facilidade de sua apreciação,⁹¹ ao contrário do que sucede com a ambigüidade. Afirma-se algo que não é: um pasteleiro que anuncia "pastelaria fresca, fabricada à sua frente" e entrega bolo preparado há dias; o salsicheiro que apresenta seu produto como sendo fabricado "à moda antiga", apesar de sê-lo de maneira industrial.⁹² Um produto garantido sem corante (que é colorido artificialmente),⁹³ ou produtos para emagrecer (que não emagrecem), impedir a queda dos cabelos (que não impedem) ou creme para "aumentar o volume dos seios" (que não aumentam).⁹⁴

Na ambigüidade, diversamente, inexistente a falsidade, mas o conjunto da mensagem leva o consumidor a se equivocar sobre o real sentido e conteúdo do anúncio, ou como afirma o art. 37, § 1.º, é "capaz de induzir em erro o consumidor".⁹⁶

A ambigüidade não tem vícios manifestos, mas, mesmo assim, faz com que o consumidor creia em algo que não é real ou verdadeiro. Seu reconhecimento, ao revés do que sucede com a mera falsidade (juízo objetivo), exige do aplicador "uma pesquisa psicológica da impressão suscetível de ser provocada no espírito do público".⁹⁷ A publicidade ambígua,

88 CDC, art. 37; confira-se, também, MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 608.

89 Ou enganosa *stricto sensu*.

90 PIERRE DUPONT-DELESTRAINT, *Droit Pénal des Affaires et de Sociétés Commerciales*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1980, p. 177.

91 DANIELE MAYER, ob. cit., p. 79.

92 JEAN PRADEL, ob. cit., p. 64.

93 T.C. Tours, 22 avril 1977. Lyon, 20 juin 1977, inédit; Crim. 26 juin 1978. Citados por LUC BIHL, ob. cit., p. 42.

94 Strasbourg, 27 avril 1976 et 8 juillet 1976. inédits. Grasse. 30 janvier 1976, inédit; T.C. Grasse, 8 décembre 1979, inédit, todos citados por LUC BIHL, ob. cit., p. 42.

95 Ou enganosidade *stricto sensu*.

96 PIERRE DUPONT-DELESTRAINT, ob. cit., p. 177.

97 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 608.

capaz de induzir o consumidor em erro, é uma categoria intermediária entre a publicidade falsa e a publicidade lícita.⁹⁸

A enganosidade publicitária, diferentemente da enganosidade não-publicitária (art. 66), pode dizer respeito a “quaisquer dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1.º).⁹⁹ Entre tais dados cabe mencionar a natureza, as características, a qualidade, a quantidade, as propriedades, a origem e o preço dos bens de consumo.

5.1.4.2.2 A enganosidade quanto à sua forma de manifestação

Já mencionamos que, quanto à sua forma de manifestação, a enganosidade pode se apresentar de duas maneiras:

Enganosidade { a) comissiva
b) omissiva

Na enganosidade comissiva, o induzimento em erro se dá como consequência de algo que é dito ou insinuado pelo agente.

Diversamente, na enganosidade por omissão é o que falta, é o que não é dito, é o que vem omitido que induz o consumidor em erro.

Na medida em que é impossível, particularmente em publicidade por rádio e televisão, se dizer tudo sobre um produto ou serviço, a *enganosidade por omissão* tem um requisito legal que não se aplica à comissiva: o *dado essencial*.¹⁰⁰

Não é, pois, toda omissão informativa que caracteriza a capacidade de indução em erro. Exige-se que a preterição seja de dado essencial, ou seja, aquele que tem condições de influenciar a decisão do consumidor. Não é um mero dado accidental, irrelevante, acessório ou conhecido de todos os consumidores. E o dado que, soubesse o consumidor da sua inexistência ou existência, não adquiriria o produto ou serviço.

Aqui, para ilustrar o conceito de dado essencial, podemos citar um exemplo de publicidade claramente enganosa por omissão, ocorrido ainda ao tempo em que o ordenamento brasileiro não previa sanção efetiva para os abusos publicitários, caso este que deixou, sem qualquer amparo, milhares de consumidores lesados. Há alguns anos atrás, a Phillips lançou o “primeiro televisor estéreo do país”. Deixou, entretanto, de informar aos consumidores que, naquele momento, inexistia sistema de transmissão estéreo no Brasil. Pior, mesmo que existisse, para que o aparelho pudesse, efetivamente, transmitir som estereofônico, haveria necessidade de aquisição, à parte, de um aparelho decodificador, ainda não disponível no

mercado. O consumidor, em verdade, estava comprando um elefante branco e, o mais grave, pagando muito mais caro por isso.

5.1.4.2.3 Modos de transmissão da enganosidade

A enganosidade — tanto na informação publicitária quanto na não-publicitária¹⁰¹ — transmite-se por três formas básicas: a *alegação* (digo algo que não é), verdadeira “expressão verbal”,¹⁰² a *indicação* e a *apresentação*, “expressão puramente gráfica ou sonora”.¹⁰³ Esta última é a mais sofisticada e complexa, sendo, essencialmente, *sugestiva*.¹⁰⁴

Na apresentação nada se diz ou afirma, mas se sugere, produzindo-se uma associação de idéias. É o caso do fornecedor que, na embalagem de seu biscoito, faz desenhar morangos, quando o produto contém apenas essência e não pedaços da fruta, ou, ainda, o fabricante de refrigerante que põe em seu rótulo uma laranja, sendo que o produto é total ou preponderantemente artificial.¹⁰⁵ Ou a capa de um disco que traz a fotografia de intérpretes famosos quando as peças são executadas por músicos desconhecidos.¹⁰⁶ Ou as belíssimas ilustrações que compõem os anúncios de lançamentos imobiliários, particularmente quando mostram fotos montadas ou que representam apenas a maquete (com aparência real) do futuro prédio.¹⁰⁷

Finalmente, a enganosidade da apresentação pode resultar do tipo de caracteres tipográficos utilizados, mostrando a informação que interessa ao anunciante em letras grandes e aquilo que não lhe é conveniente em letras diminutas,¹⁰⁸ ou na lateral do anúncio.

Quanto ao suporte, a publicidade enganosa pode utilizar o rádio, televisão, jornais, revistas, *outdoors*, catálogos, adesivos, ou até seres humanos (as demonstrações de produtos, por exemplo).

A enganosidade, no art. 67, conforme já observado, não sofre, quanto aos dados a que se relaciona, os limites do art. 66,¹⁰⁹ que se refere, expressamente, à “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia”. Por isso, qualquer elemento informativo relativo a produto ou serviço sobre o qual incida a enganosidade se presta para a caracterização do crime de publicidade enganosa. Tal ampliação do âmbito de sancionamento da enganosidade decorre da maior reprovabilidade social dirigida ao art. 67,

101 CDC, art. 66.

102 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 607.

103 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 607.

104 DANIELE MAYER, ob. cit., p. 78.

105 Crim. 13 mars 1979, J.C.P. éd. C.I. 1979, 13.104. note Guinchard.

106 T.C. Paris, 4 avril 1977, Le Monde, 6 avril 1977.

107 Paris, 10 octobre 1976, citado por LUC BIHL, ob. cit., p. 42.

108. Grenoble, 8 mai 1978. Colmar 12 janvier 1982. C.A. 1982, n. 326. Contra Bordeaux 29 avril 1981, J.C.P. 1982.II.19.763.

109 Limites estes que, como já observamos, são aparentes, diante da amplitude e elasticidade dos termos utilizados.

98 DANIELE MAYER, ob. cit., p. 79.

99 É também a opinião de MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, *art. cit.*, p. 180.

100 “Art. 37, § 3º — Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão, quando deixar de informar sobre *dado essencial* do produto ou serviço” (grifo nosso).

oriunda do potencial danoso mais acentuado das condutas estritamente publicitárias.

Assim, apenas a título de exemplo, temos que a enganosidade pode se relacionar, sem prejuízo dos elementos incorporados aos arts. 66 e 37, § 1.º, com a inexistência do produto ou serviço (publicidade de bem inexistente ou já vendido) ou, ainda, com o fato de, mesma existente, só o ser em quantidade ínfima para atender a demanda normal provocada pelo anúncio;¹¹⁰ com a natureza do produto ou serviço; com suas qualidades substanciais, quando, por exemplo, anuncia-se como estéreo produto que, em verdade, cria apenas uma falsa sensação estereofônica;¹¹¹ com a quantidade (peso e medida); com o modo e data de fabricação (produto artesanal, quando, ao certo, é industrial); com as propriedades (alimento dietético ou destinado à alimentação infantil); com o preço e condições de venda; com o modo e condições de utilização; com os motivos da venda ou da prestação de serviço (“venda total para desocupar o imóvel”); com razões para a oferta ao consumidor (“você foi sorteado”); com a identidade, quantidades ou atitudes do fabricante, comerciante ou prestador de serviço (“representante exclusivo”, “pontas de estoque” ou “serviço autorizado”); com a disponibilidade de assistência técnica.

Mesmo as alegações e apresentações vagas e imprecisas podem violar o art. 67, desde que a imprecisão não seja de modo a impedir a manifestação do elemento da capacidade de indução do consumidor em erro.¹¹² A *precisão* (“suficientemente precisa”) é um elemento importante na utilização, pelo consumidor, do “princípio da vinculação”,¹¹³ estampado no art. 30. É irrelevante, contudo, para a caracterização da enganosidade. Em outras palavras: se a alegação não for “suficientemente precisa” (art. 30), não se aplica o princípio da vinculação. Mas nada impede que seja ela considerada enganosa (ou mesmo abusiva) para fins da *persecutio criminis*.

Como já referido, por se tratar de crime de perigo abstrato, não se exige a realização de dano particular ao patrimônio ou segurança do consumidor,¹¹⁴ nem de efetivo erro ou engano seu.¹¹⁵ A mera conduta basta para sua consumação, “mesmo na ausência de vítima”,¹¹⁶ se entendermos esta como um consumidor ou consumidores determinados que sofreram lesão concreta em decorrência do anúncio enganoso. Havendo real induzimento em erro e prejuí-

zo, configura-se o delito do art. 7.º, VII, da Lei n. 8.137/90, já que esta “representa um *plus* em relação ao art. 67 do CDC. Como idêntico é o bem jurídico protegido, e há progressão na conduta do agente”, pratica-se, “unicamente, o delito descrito na Lei n. 8.137/90”.¹¹⁷

5.1.5 Tipo Subjetivo

Pune-se a conduta dolosa, assim como a culposa,¹¹⁸ sendo que o legislador, por razões de política criminal, deu a ambas a mesma reprovabilidade social, apenando-as identicamente (detenção de três meses a um ano e multa).¹¹⁹

Assim como é facultado ao legislador equiparar diferentes momentos do *iter criminis*, imputando à tentativa e ao crime consumado a mesma pena,¹²⁰ também pode fazer uso da equiparação sancionatória no plano da culpabilidade, dando o mesmo peso ao dolo e à culpa.¹²¹

Tal solução tem precedentes estrangeiros. A jurisprudência da Corte de Cassação francesa não exige, na caracterização do delito de publicidade enganosa, o dolo, bastando a mera negligência.¹²² Se o desejo do legislador brasileiro era pelo nivelamento do dolo e da culpa, desnecessário prever, em parágrafo autônomo, a figura culposa, para, em seguida, lhe dar o mesmo sancionamento. Tal técnica só se justifica quando as sanções impostas são diversas, como é o caso das reprimendas previstas para o crime de informação não-publicitária enganosa.¹²³

O tipo do art. 67 (assim como os dos arts. 68 e 73) é redigido de tal modo a equiparar a reprovabilidade da conduta culposa (os agentes são profissionais altamente qualificados e o potencial danoso supra-individual é idêntico em ambos os casos) à dolosa. Tudo, conforme já dito, nos passos do direito francês, onde “a má-fé não é um elemento constitutivo da infração”.¹²⁴

Inadmissível que o agente — sempre um profissional, seja ele o anunciante, publicitário ou homem de mídia — que anuncia produtos e serviços, afirmando que apresenta tais e tais características, qualidades ou propriedades, só

117 TUPINAMBÁ DE AZEVEDO, “Comentários...”, cit.

118 Negando a possibilidade da forma culposa, veja-se EDUARDO AREUDA ALVIM (ob. cit., p. 146).

119 Em sentido contrário, a nosso ver sem razão, consulte-se o grande mestre e amigo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (*Dolo e Culpa no Código de Defesa do Consumidor*, in “Revista de Direito do Consumidor”, vol. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Revista dos Tribunais, jan./abr. 1992, ps. 95-102).

120 C. Pen., art. 352; na matéria, JULIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., p. 50; DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, ob. cit., p. 293.

121 Divergindo, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, art. cit., p. 102.

122 Crim., 4 déc. 1978, B.C., n. 342; 27 oct. 1980, B.C., n. 275; PIERRE DUPONT-DELESTRAINT, ob. cit., p. 177.

123 CDC, art. 66, caput e § 2º.

124 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 610.

110 Crim., 2 déc. 1980, B.C., n. 329; Cir. du 24 oct. 1980, Bull. officiel conc. et cons., 27 févr. 1981.

111 Crim., 26 juin 1978, B.C., n. 213.

112 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 607; PIERRE DUPONT-DELESTRAINT, ob. cit., p. 177.

113 Sobre o “princípio da vinculação” confira-se o nosso “Código Brasileiro...”, cit., ps. 150 e seqs.

114 No mesmo sentido, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ob. cit., p. 237. Isso porque “a lei não exige que a informação publicitária, para ser enganosa, induza o consumidor efetivamente em erro” (MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, art. cit., p. 172).

115 No mesmo sentido, JOSÉ GERALDO BRITO FLOMENO, “Código Brasileiro...”, p. 443.

116 MIREILLE DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 608.

venha a ser punido a título de dolo. Sua culpa deve ser igualmente sancionada, pois decorre de um “defeito de verificação de sua parte”.¹²⁵

Através de publicidade, ao fornecedor é permitido dizer (alegações, indicação ou apresentação) sobre seu produto ou serviço somente e tão-somente aquilo que, de fato, sabe — e não tem qualquer dúvida — ser a verdade.¹²⁶

A redação do dispositivo (“deveria saber”), pois, não permite “falar em dolo eventual”.¹²⁷ Não é este o caso. Tampouco adota-se a presunção de culpa, pois esta, no âmbito do processo penal por publicidade enganosa ou abusiva, haverá que ser provada pelo Ministério Público. Cuida-se, é bom repetir, de mero comportamento culposo equiparado, no apenamento, ao doloso.

Finalmente, não nos parece que haja qualquer violação ao princípio de que as condutas culposas só são puníveis quando o legislador, expressamente, o determina (art. 18, parágrafo único, do C. Pen). Aqui, com a expressão “deveria saber”, há referência expressa à modalidade culposa.

Ora, o legislador, ao estabelecer o princípio da reserva legal em matéria de crimes culposos, não impõe qualquer “fórmula sacrosanta” para a dicção dos dispositivos que os prevejam. Veja-se, a título de exemplo, que o art. 180, § 1.º, do C. Pen. incrimina a receptação culposa, sem, contudo, em nenhum instante, fazer uso do vocábulo culpa (“deve presumir-se obtida por meio criminoso”). Nem por isso, a doutrina e a jurisprudência deixou de lá enxergar típica modalidade de delito culposo, sem qualquer violação do princípio da reserva legal.

5.2 Crimes de Publicidade Abusiva (Arts. 67, *caput*, e 68, *caput*)

O CDC criminaliza, a um só tempo, “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria

125 MAURICE LIOTARD, *Étude de Jurisprudence sur la Responsabilité Pénale des Fabricants et Producteurs en Matière de Fraudes Commerciales*, in Recueil Dalloz 1958, 30e. cahier, chronique, p. 212.

126 PAULO JOSÉ DA COSTA JR. leciona que “O tipo penal ora analisado exclui a modalidade culposa, só prevendo a forma dolosa”. E acrescenta: “Na lei do consumidor, emprega-se o futuro do pretérito. O agente *deveria saber*. Com base em quê? Em quais dados?” (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ob. cit., p. 237, grifo no original). A resposta às suas indagações não é difícil.

O agente deveria saber com base em seu conhecimento técnico especializadíssimo, em sua prática profissional, nos precedentes acaso existentes. Observe-se que o mundo da publicidade é bastante internacionalizado. Muitos dos anunciantes são empresas transnacionais, as agências publicitárias estrangeiras têm filiais no Brasil, as revistas e jornais nacionais especializados (“Meio & Mensagem”, por exemplo) mantêm os profissionais, diariamente, informados sobre o que ocorre no mundo inteiro. Logo, se uma determinada publicidade, considerada enganosa ou abusiva na França ou EUA, por exemplo, com tratamento legal bem semelhante ao nosso, é repetida no Brasil, viola-se, frontalmente, o tipo na sua modalidade “deveria saber”, quando não na forma “sabe”. Não há aí qualquer presunção de culpa. Há, sim, conduta, por imprudência, negligência ou imperícia.

127 PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ob. cit., p. 238.

saber ser enganosa ou *abusiva*”¹²⁸ e “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.¹²⁹

Apartando-se do modelo que adotou no regime civil da publicidade abusiva,¹³⁰ em que o legislador não destacou nenhuma de suas modalidades por considerá-la mais grave que as demais, no sancionamento penal a abusividade publicitária vem dividida em dois tipos. No primeiro, geral e mais brandamente apenado,¹³¹ pune-se qualquer tipo de publicidade abusiva, exceto uma: a perigosa ou prejudicial à saúde e segurança do consumidor. Para esta há um segundo tipo, especial e mais severamente apenado.¹³²

A publicidade abusiva, assim como a enganosa, atinge, em cheio, a integridade do mercado, embora se possa dizer, com razão, que ela “transpõe as fronteiras do direito do consumidor”,¹³³ pelo menos na forma como visto pela maioria da doutrina.

Abusiva é a publicidade que, embora não sendo enganosa, utiliza-se de recursos considerados indevidos, seja *per se* (ataque a valores ambientais, discriminação, violência), seja em relação aos seus destinatários (crianças).

O CDC, tanto na parte civil como na penal, não conceituou publicidade abusiva. Limitou-se, no art. 37, § 2.º, a listar algumas de suas formas de manifestação.¹³⁴

Ao revés do que se dá com o tipo do art. 68, *caput*, o do art. 67, *caput*, é, parcialmente, norma penal em branco quanto a outras formas de abusividade não previstas, expressamente, no art. 37, § 2.º (“dentre outras”).

5.2.1 Objetividade Jurídica

No tipo geral (art. 67, *caput*), tal qual sucede com a publicidade enganosa, protege-se a relação de consumo em todos os seus aspectos, sanitário e econômico.

Já no do art. 68, *caput*, a ênfase é toda na órbita da saúde e segurança do consumidor. Daí o maior rigor da sanção.

5.2.2 Sujeito Ativo

Os sujeitos ativos são, fundamentalmente, os mesmos do crime de publicidade enganosa.

Em primeiro lugar, o anunciante, já que a aprovação final do anúncio e os maiores benefícios são seus. Mas também o publicitário

128 CDC, art. 67, *caput*, grifo nosso.

129 CDC, art. 68, *caput*.

130 CDC, art. 37, § 2.º.

131 CDC, art. 67, *caput*.

132 CDC, art. 68, *caput*.

133 MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, art. cit., p. 173.

134 “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a 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”.

rio e o próprio veículo, pois intervêm, diretamente, no processo de criação, produção e veiculação da publicidade abusiva.

Vale lembrar que, ao contrário do que sucede com a publicidade enganosa em que, no mais das vezes, a capacidade de enganar nasce no ambiente do anunciante, a abusividade, quase sempre, é um desvio provocado pelo próprio publicitário no momento de criação do anúncio.¹³⁵ Logo, em tais casos, a não ser que no *briefing* do anunciante esteja o germe da abusividade, o principal responsável é o profissional de *marketing* que criou o anúncio.

5.2.3 Sujeito Passivo

De uma maneira geral, assim é considerada toda a coletividade de consumidores, mas, de uma forma especial, o grupo social abusado (crianças, negros, etc.).

5.2.4 Tipos Objetivos

O tipo penal do art. 67, no tocante à abusividade, é, de fato, fluido, particularmente porque a sua face cível não é taxativa (art. 37, § 2.º). Mas em relação aos elementos listados no art. 37, não há qualquer problema de entendimento.

De qualquer modo, é bom salientar que a amplitude do tipo penal reflete uma tendência moderna do direito penal econômico no sentido da "simplificação"¹³⁶ das descrições legais. A criação de infrações penais "gerais" permite uma maior adaptabilidade do tipo penal às mutações mercadológicas, velozes por excelência.

O delito é de mera conduta e de perigo abstrato, não se exigindo efetiva realização de seus objetivos (por exemplo, que a incitação à violência termine, de fato, em violência, ou que a mensagem anti-ambiental produza, realmente, um comportamento de igual natureza), nem, tampouco, um dano particular ao patrimônio ou segurança do consumidor.¹³⁷ Sua consumação se dá com a mera exposição deste último ao anúncio.

No tipo geral do art. 67, *caput*, criminaliza-se, diretamente, as seguintes modalidades de publicidade:

a) discriminatória: fere o princípio da isonomia entre homens e mulheres, por qualquer que seja a razão (raça, religião, orientação política, sexo, orientação sexual);¹³⁸

b) incitadora de violência: instiga a violência, tanto do homem contra o homem, como, também, do homem contra os animais e do homem contra o patrimônio (deprecação de bens públicos, por exemplo);

c) exploradora do medo ou superstição: usa as fobias das pessoas, suas inseguranças ou, ainda, cenas de horror ou sobrenaturais para convencer os consumidores a adquirir produtos e serviços;

d) utilizadora da deficiência de julgamento e experiência da criança: por exemplo, oferece-se às crianças produtos e serviços quando elas não são seus consumidores naturais ("carros"), bem como se lhes oferece tais bens sem atentar para sua deficiência de apreciação e pequena vivência;

e) desrespeitadora de valores ambientais: faz uso de comportamentos que violam o dever constitucional de cada cidadão de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.¹³⁹

Para fins de sanção penal, o legislador ressaltou do rol geral de publicidade abusiva a que é "capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança".

Veja-se que nas modalidades listadas pelo art. 37, § 2.º, como sendo publicidade abusiva consta esta que induz a comportamentos prejudiciais e perigosos.

O tipo especial de publicidade abusiva¹⁴⁰ reprime a oferta publicitária que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Assim, exemplificativamente, os anúncios de automóveis ou acessórios que utilizam manobras perigosas ("cavalos-de-pau") ou que mostram os modelos em excesso de velocidade. Matéria não esclarecida diretamente pelo texto legal é se a publicidade de bebidas e tabaco é abusiva, notadamente quando não dirigida apenas aos já fumantes.¹⁴¹

Como mencionado, a conduta é espécie do gênero publicidade abusiva, integrando seu conceito (art. 37, § 2.º), mas isolada para fins de uma punição mais severa.

Incriminar-se, em síntese, o anúncio que induz o consumidor a agir: a) de forma prejudicial; ou b) de modo perigoso à sua saúde ou segurança.

O crime é omissivo puro, de mera conduta e de perigo abstrato, prescindindo de resultado ou dano. Se este ocorrer (lesão corporal ou morte), aplica-se, em concurso, os crimes comuns do Código Penal (arts. 129 e 121).¹⁴²

¹³⁵ Confira-se nosso "Código Brasileiro...", cit., p. 215.

¹³⁶ LUC BIHL, ob. cit., p. 17.

¹³⁷ No mesmo sentido, quanto à abstração, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, "Código Brasileiro...", cit., p. 443.

¹³⁸ É expresso o texto da Constituição Federal de 1988: "Art. 3º — Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

E mais: "Art. 5º — ... XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

¹³⁹ CF, art. 225, *caput*.

¹⁴⁰ CDC, art. 68, *caput*.

¹⁴¹ A publicidade de tabaco, embora materialmente esteja na mesma posição da de bebidas, goza de certa proteção constitucional. Pode ser limitada — mesmo em profundidade, com vedação de se utilizarem certos veículos, como a televisão, por exemplo —, mas não totalmente proibida (veja-se o art. 220, § 4º, da CF).

¹⁴² Com o mesmo posicionamento, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, "Código Brasileiro...", cit., p. 457.

5.2.5 Tipo Subjetivo

Tanto no tipo geral como no especial, a conduta é punida quando praticada com dolo ("sabe") ou com culpa ("deveria saber").

Nesta matéria, valem as considerações já tecidas sobre a publicidade enganosa culposa.

6. OMISSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE (Art. 69)

De acordo com o CDC, configura crime "deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade".¹⁴³

O art. 69 assegura, mediante a imposição de sanção penal, o cumprimento do *princípio da transparência e fundamentação da mensagem publicitária*.¹⁴⁴ A regra do CDC é "só digo o que sei e o que posso provar".

O princípio, previsto no art. 36, parágrafo único, do CDC, objetiva trazer mais seriedade às alegações do anunciante, exigindo idoneidade *a priori*. A manutenção desses elementos serve para que comprove, "quando consultado, as descrições, alegações e comparações feitas na mensagem e que se relacionam com fatos ou dados objetivos".¹⁴⁵

O dispositivo, como sucede com os outros relativos ao controle penal da publicidade, aplica-se também às promoções de venda, já que estas foram equiparadas pelo legislador àquela.

6.1 Objetividade Jurídica

Tanto a relação de consumo sanitária como a econômica são protegidas. Ora é esta (dados sobre preço, por exemplo), ora é aquela (dados sobre propriedades medicinais) que está em jogo.

6.2 Sujeito Ativo

Sujeito ativo é só o fornecedor-anunciante, posto que é a ele que se impõe o dever de

arquivar os dados,¹⁴⁶ ou seja, é ele a figura do *garante*.

O publicitário não é agente do delito, a não ser quando o anúncio seja criado por *home agency*, isto é, agência de publicidade do próprio anunciante.

6.3 Sujeito Passivo

É a coletividade de consumidores.

6.4 Tipo Objetivo

A conduta punível é omissiva pura. Só a integra o não-arquivamento de dados relacionados com o conteúdo do anúncio.

O crime é de mera conduta, sendo que depende, para sua realização, da efetiva veiculação do anúncio. Sem "exposição" de consumidores não há que se falar em violação do princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária.¹⁴⁷

"Dados fáticos" têm a ver com o cotidiano. Assim, quando o anunciante diz que seu produto é o campeão de vendas no mercado, temos aí um dado fático.

Já os "dados técnicos" relacionam-se, no mais das vezes, com o modo de funcionamento do bem.

Finalmente, "dados científicos" são aqueles que, direta ou indiretamente, buscam ou têm apoio em quaisquer das ciências. São as "fórmulas revolucionárias", por exemplo.

Em muitos casos, haverá concurso entre esse crime e os dos arts. 66 e 67. O agente não só deixa de manter organizados os dados de sua informação ou publicidade, como estas são, ademais, falsas ou capazes de induzir o consumidor em erro.

6.5 Tipo Subjetivo

Só o dolo é punido.

¹⁴³ CDC, art. 69.

¹⁴⁴ Sobre o princípio, estatuído no art. 36, parágrafo único, veja-se o nosso "Código Brasileiro...", cit., ps. 189 e segs.

¹⁴⁵ MARCO ANTONIO ZANELLATO, art. cit., p. 42

¹⁴⁶ CDC, art. 36, parágrafo único.

¹⁴⁷ Em sentido contrário, veja-se MANOEL PEDRO PIMENTEL, art. cit., p. 254.

