

Ano II Nº 2
2010

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



PUBLICIDADE ENGANOSA E VINCULAÇÃO DA OFERTA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Carlos Vladimir da Frota^{*}
Lara Fernandes Vieira^{**}

RESUMO

O estudo em tela tem por objetivo analisar a partir de que momento a publicidade deixa de ser um meio de divulgação de produtos ou serviços e se torna publicidade enganosa à luz do Código de Defesa do Consumidor. Nesse passo observaremos quais os dispositivos foram colocados à disposição do consumidor para exigir o cumprimento de tal oferta conforme anunciado. Estudaremos ainda as entidades civis e públicas legitimadas a defender o consumidor e quais as sanções aplicáveis nos âmbitos civil, administrativo e penal, aos fornecedores que incorrerem em tais práticas.

Palavras-chave: Publicidade Enganosa. Vinculação. Oferta. CDC. Sanções.

1 INTRODUÇÃO

As grandes navegações associadas posteriormente à revolução industrial trouxeram para o mundo uma nova forma de interpretar as mercadorias. O consumo não mais estava baseado em necessidades apenas. As mercadorias passaram a influenciar os consumidores. Nessa vertente, com a modernização dos meios de produção e distribuição criou-se a necessidade de escoamento desta produção.

O mercado tinha que encontrar um meio de vender o que estava sendo produzido e a publicidade foi o meio escolhido. Inicialmente não existiam regras claras para a comercialização de produtos ou serviços. A legislação consumerista de uma forma geral é bastante nova, muitos entendem que o marco inaugural da defesa do consumidor é a mensagem do presidente norte-americano John Kennedy, que estabelece o seguinte:

* Aluno do curso de graduação em Direito da Faculdade Integrada do Ceará.

** Especialista em Ordem Jurídica Constitucional. Professora orientadora da Pesquisa.

Os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso; promovidos e apresentados de maneira que permita fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições de bens e serviços e ainda o direito a preços justos. (Informação Verbal)¹

Na sequência, outros Estados e organismos internacionais introduziram diplomas legais que tratavam do assunto. No Brasil, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 e posterior criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, é que os brasileiros passaram a dispor de legislação específica acerca da matéria.

O presente trabalho se propõe a verificar a partir de que momento a publicidade passa a integrar o contrato, tomando como ponto de partida o Código de Defesa do Consumidor.

Verificaremos em que momento a publicidade de determinado produto ou serviço deixa de ser oferta válida e passa a ser encarada como publicidade enganosa. Nessa linha analisaremos quais são os mecanismos disponibilizados pelo legislador para que o consumidor possa exigir o cumprimento da publicidade nos termos em que foram apresentados.

Por fim, trataremos de observar as sanções civis, penais e administrativas, que o fornecedor de produto ou serviço, que faça veicular publicidade enganosa, poderá sofrer de forma singular ou concomitante em cada uma dessas esferas, observando quais órgãos e agentes poderão aplicar tais sanções.

¹ Mensagem do presidente norte-americano John Kennedy ao Congresso Americano em 1962.

2 A PUBLICIDADE

O dever de prestar a informação de forma clara e objetiva é característica intrínseca e vinculante a qualquer pessoa física ou jurídica que coloque no mercado de consumo produto ou serviço.

Com o crescente mercado de consumo, a publicidade assumiu papel de destaque quando tratamos da comercialização de bens, produtos ou serviços. Nesse momento encontramos a publicidade como veículo de exposição do produto a ser colocado no mercado de consumo.

Para Benjamin a publicidade é direito e não dever do anunciante, *in verbis*:

A publicidade, então, por este prisma em não sendo dever, é direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria, não sanciona a carência de publicidade, mas somente a publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação (BENJAMIN, 2005, p. 259).

Chegamos finalmente a um conceito prévio no qual a publicidade é toda informação deflagrada no intuito de tornar pública a prestação, comercializável, de determinado produto ou serviço.

Contudo, como dito anteriormente, a publicidade é um direito e não um dever. O dever reside prestação de informação em linguagem clara e de fácil entendimento acerca do que está sendo comercializado.

Em sendo faculdade, pode ser exercida ou não pelo fornecedor, o que nos remonta a ideia de que a publicidade apenas passa a ser efetiva no momento da sua exteriorização. Ou seja, publicidade guardada em determinado lugar sem o *animus* de ser apresentada, não vincula o fornecedor.

A American Association of Advertising Agencies oferece o seguinte conceito: “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado”. (BENJAMIM, 1997, p. 194)

Em uma análise a rigor, o conceito supra se mostra com certa atecnia para a nossa realidade jurídica, haja vista que, o CDC traz o conceito de publicidade como instrumento de difusão de produtos ou serviços de forma comercial, bem como

ao fato de que o informe publicitário pode ser realizado de forma pessoal pelo anunciante, não existindo a necessidade de que seja contratado ou patrocinado ao contrário da propaganda que cuida da promoção de ideias como é o caso da propaganda política.

A legislação consumerista não trata da difusão de ideias, restringe-se a regular as situações em que tais informações referem-se à comercialização de bens em sentido *lato*.

O CDC, portanto, não obriga a publicidade, contudo, obriga que a veiculação, caso ocorra, seja feita de forma verdadeira, clara e ostensiva, de modo a não restarem dúvidas acerca da contratação a ser posteriormente avençada. O diploma veda e define expressamente duas práticas: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

Contudo, antes de adentrarmos no estudo da publicidade, se faz necessário fazer a diferenciação do que costumamos entender como institutos idênticos: publicidade e propaganda.

2.1 Publicidade *versus* Propaganda

Notadamente temos que a publicidade é uma modalidade de oferta suficientemente precisa em suas características, com intuito de colocar produto ou serviço no mercado de consumo a título oneroso nos termos do artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado a propaganda tem cunho ideológico, cívico, religioso, moral etc. A propaganda é a difusão de ideias, corretamente utilizada em sua terminologia no caso da “propaganda político partidária” obrigatória de rádio e televisão, que tem como objetivo a informação acerca das plataformas de gestão dos candidatos a cargos eletivos.

Benjamin apud Perez traz por fim a seguinte distinção: “A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar um lucro, enquanto a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico”. (BENJAMIN apud PEREZ, 1997, p. 270)

O CDC traz uma mudança de paradigma histórico para o sistema jurídico brasileiro, isso porque antes do seu advento a publicidade era considerada como mera prática comercial, juridicamente relevante apenas quando se caracterizava a concorrência desleal (artigo 196, §1º, inciso VIII, do Código Penal), na lição de Marques (2002, p. 52).

Apesar de não ser cláusula necessariamente escrita ou impressa, pois aquela realizada oralmente também tem caráter vinculante, a publicidade que cumpra todos os requisitos do artigo 30 do CDC, poderá ter seu cumprimento forçado judicialmente, cabendo ao consumidor nos termos do artigo 35, do CDC, escolher alternadamente e a sua livre escolha entre:

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. (BRASIL, C., online)

As possibilidades trazidas no artigo supracitado são decorrentes da vinculação estabelecida no artigo 30, do CDC, que normatiza a obrigação do fornecedor em cumprir aquilo que foi colocado como oferta ao consumidor.

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

Nesse diapasão, reforça-se que publicidade e propaganda na legislação pátria são institutos distintos, esta se propõe a divulgar pensamentos de cunho moral, cívico, religioso, ideológico, etc., sem estar ligado à comercialização e aquela se propõe a colocar produto ou serviço no mercado de consumo.

2.2 Publicidade Enganosa *versus* Publicidade Abusiva

Enganosidade e abusividade são duas características que foram introduzidas expressamente no CDC pelo legislador. Tais práticas são vedadas e passíveis de sanções nas esferas civil, penal e administrativa.

O artigo 37, do código consumerista cuida em seus três parágrafos de disciplinar respectivamente o que vem a ser publicidade enganosa, abusiva e enganosa por omissão. Isso posto, a publicidade enganosa, se caracteriza como sendo:

§ 1º 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. (BRASIL, C., online)

A publicidade abusiva é caracterizada da seguinte forma:

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

O legislador trouxe ainda uma subespécie da enganabilidade, a publicidade enganosa por omissão, que é verificada no último parágrafo do citado artigo: “§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. (BRASIL, C., online)

Entendemos que a última modalidade encontra-se embutida no §1º do supracitado artigo, no qual já faz menção à omissão como sendo parte integrante da publicidade enganosa.

Tais dispositivos, combinados com o artigo 38, formalizam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor de forma literal, diferente daquela estabelecida no artigo 6º, inciso VIII, que atribui ao juiz a possibilidade de inverter o ônus da prova em caso de verossimilhança dos fatos ou hipossuficiência das partes.

Enquanto esta é faculdade do juiz; aquela é por imposição legal expressa: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. (BRASIL, C., online)

Ao contrário da publicidade enganosa que pode ocorrer de forma sutil a publicidade abusiva opera-se com uma visualização mais contundente, pois traz consigo uma exploração direta as deficiências do consumidor atacando seus medos, ou mesmo incitando comportamentos violentos.

Em sendo assim, a publicidade abusiva difere da enganosa necessariamente em seu conteúdo, esta contendo informações, pois esta presta informações falsas ou omissas e aquela contendo informações ofensivas, ambíguas, discriminatórias, indecências, apologia atividades ilegais ou comportamentos nocivos.

O Código ainda secciona a publicidade enganosa: a primeira, normatizada no parágrafo primeiro, o consumidor é levado a erro de forma dolosa, a partir da mensagem publicitária; a segunda, disposta no parágrafo terceiro, remete à ausência de informação essencial acerca do produto ou serviço, algo que era parte intrínseca ao produto ou serviço levado ao mercado.

Temos então que a primeira é uma publicidade enganosa comissiva de modo a trazer uma informação totalmente ou parcialmente falsa com o intuito de induzir o consumidor a erro acerca de qualquer característica do produto ou serviço e que a segunda se trata de omissão, e não de veiculação de informação errada, focada em característica essencial do produto ou serviço.

Puffing ou exagero publicitário não é encarado na atual sistemática jurídica como sendo completamente desvinculado da oferta. Esta prática é das mais comuns no mercado publicitário, encontrada em anúncios como: “O melhor da cidade”; “O mais saboroso”; “O inconfundível”, e assim por diante.

Por mais exagerado e supostamente inofensivo que seja, basta que tenha o condão de induzir o consumidor a erro, que será encarado como verdadeira publicidade enganosa.

Tais afirmativas, se contarem com referências a pesquisas ou testes, estes deverão ser devidamente comprovados, nos termos do parágrafo único do artigo 36, do CDC: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados

fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” (BRASIL, C., online)

De óbvio que o exagero vago e cercado de absoluta inofensividade para o entendimento do homem médio não encontrará força para vincular a oferta. A publicidade, para tornar-se parte integrante do contrato, deverá conter informações a ponto de que tenhamos uma distinção clara do produto ou serviço ofertado.

Verificamos que a publicidade nociva divide-se estruturalmente em duas: a publicidade enganosa, que leva o consumidor a uma falsa expectativa acerca daquilo que está sendo ofertado; e a publicidade abusiva que estimula a aquisição de bem ou serviço com base em medo, crença ou qualquer outro artifício que se beneficie da ignorância daquele que adquire o produto ou serviço.

2.3 Práticas de publicidade enganosa

A publicidade enganosa é sutil e tem o condão de envolver o consumidor, fazer com que ele adquira determinado produto ou serviço sem saber o que realmente está comprando. Tais práticas são posteriormente defendidas em juízo sob o jargão *pacta sunt servanda*, ou seja, aquele que não presta o devido cuidado na hora da contratação deve arcar com suas consequências.

No entanto, o CDC assegura em seu artigo 47, que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas da forma mais benéfica ao consumidor, sendo a publicidade parte integrante deste contrato, ela não foge a esta regra. Contendo ambiguidade ou omissão o contrato deverá ser interpretado da forma mais benéfica ao consumidor. “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” (BRASIL, C., online)

A enganabilidade de determinada oferta publicitária não precisa atingir um consumidor determinado, ela poderá atingir a coletividade como um todo sem que nenhum consumidor tenha adquirido o produto. Nesse caso será enganosa em sua potencialidade e passará a um tratamento difuso, reservando-se aos órgãos de defesa do consumidor e ao Conselho de Autoregulamentação de Publicidade –

CONAR, uma ação de cunho coletivo, independente de qualquer ação individual que venha a ser intentada por consumidor que venha a ser lesado.

Técnica bastante utilizada no mercado de consumo é o “chamariz”. Essa técnica consiste em colocar no mercado publicidade parcialmente falsa com o intuito de angariar clientes. Nunes traz em sua obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor dois casos interessantes:

Caso 1: O lojista, as vésperas de anunciar uma liquidação, aumenta os preços para no decorrer da liquidação oferecer ‘descontos’;

Caso 2: Anúncio que oferece aos primeiros dez clientes que ligarem desconto de 50%, contudo ao realizar a ligação você foi o décimo primeiro cliente e receberá as verdadeiras “ofertas”, sem ter direito a desconto algum. (NUNES, 2000, p. 442)

Em tese, é possível no caso de oferta de quantidade determinada, 50 televisores, por exemplo, que o consumidor exija do fornecedor a prova de que os produtos foram efetivamente comercializados naquele período, sob pena cumprimento forçado da oferta.

Encontramos ainda o *merchandising* e o *teaser*, como técnicas publicitárias, que têm como intuito levar produto e/ou serviço ao conhecimento do consumidor de forma menos direta que uma publicidade convencional.

O *merchandising* é a inserção de produto no contexto de determinado programa de televisão, rádio, internet ou qualquer outro meio de comunicação, com intuito de realizar a publicidade deste produto. A prática se realiza da seguinte forma: uma atriz durante uma cena elogia um perfume de determinada marca; um ator compra determinado carro; as pessoas aparecem adentrando em determinada loja.

A prática não é expressamente vedada pelo CDC, no entanto muitos consideram a prática uma burla ao limite de quinze minutos de publicidade por hora de programação.

Para Benjamin: “(...) o *merchandising* deveria ser exposto com a utilização de créditos anteriores ao programa, filme etc. para que o consumidor pudesse visualizar de forma antecipada a veiculação da mensagem publicitária.” (BENJAMIM, 1997, p. 283)

O *teaser* por sua vez é o anúncio do anúncio. Essa prática tem como objetivo levar a maior quantidade de consumidores a terem interesse na verdadeira oferta publicitária que irá ser veiculada. Nesse ponto o *teaser* não é peça

desvinculada da publicidade, é parte integrante desta ainda que somente componha parte da publicidade, sendo assim se aplica no que couberem todos os requisitos da vinculação publicitária.

2.4 Publicidade como parte integrante do contrato

No exato momento em que a publicidade é colocada no mercado de consumo, revestida do *animus* do fornecedor em anunciar a chegada de determinado produto ou serviço ao mercado, esta passa a ser válida e integra o contrato que posteriormente venha a ser acordado.

A oferta apresentada de maneira clássica não se enquadra ao direito consumerista. Esta oferta contém características impossíveis de serem alcançadas em um mercado de consumo moderno.

Dentre os requisitos elencados na oferta clássica estão: a precisão, na qual a oferta deverá ser auto-suficiente, não cabendo incongruências, vagezas ou duplicidades de sentido; a destinação, ou seja, o destinatário deverá ser certo e determinado; seriedade naquilo que está sendo ofertado, mesmo que existam cláusulas de reserva, deverá conter a intenção expressa do contratado em assumir a oferta.

O CDC trouxe para o cenário jurídico pátrio uma verdadeira inversão de paradigmas, onde os requisitos clássicos da oferta são mitigados em favor do consumidor.

O anúncio publicitário veiculado anteriormente ao CDC era considerado como mero convite a contratar, não integrava o contrato a ser celebrado entre as partes e muitas vezes seu exagero era considerado como *dolus bonus*. Seguindo esta linha, temos que o fornecedor não era obrigado a seguir aquilo que anunciava.

No entanto, o CDC em seu artigo 30, estabeleceu de forma clara a inversão do *onus probandi* acerca da publicidade colocada no mercado de consumo, tornando categórica a integração da publicidade ao anúncio e estabelecendo, em conjunto ao artigo 47, também do CDC, uma interpretação favorável ao anúncio que tenta provocar dano ao consumidor através de interpretações maliciosas.

O fornecedor é inclusive responsável por qualquer anúncio, ainda que equivocado, que seja colocado no mercado de consumo por preposto ou agência regularmente contratada. Nesse caso a responsabilidade é objetiva do fornecedor, ressalvando-se de óbvio o direito de regresso contra àquele que deu causa ao prejuízo suportado pelo fornecedor, como podemos verificar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará abaixo transcrita.

Relator (a): MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Cível

Data do julgamento: 16/04/2008

Data de registro: 07/05/2008

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PROPAGANDA ENGANOSA - CONSUMIDORAS QUE ACREDITAVAM ESTAR ADQUIRINDO UM AUTOMÓVEL QUANDO NA VERDADE LHES ESTAVA SENDO OFERECIDO TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO - DIREITO AO RECEBIMENTO DOS BENS MÓVEIS - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA: I - Panfleto publicitário que incute no consumidor a ideia de que o serviço prestado pela apelante constitui forma de aquisição de veículo zero, quando, na verdade, trata-se de contração de título de capitalização, constitui publicidade enganosa, por ser capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza e características do produto ou serviço. II - A partir do momento em que as consumidoras tomaram conhecimento da publicidade e manifestaram sua aceitação, a oferta passou a ser contrato e, ainda que tenham sido assinados pactos com especificações diversas, o inteiro teor da propaganda passou a integrar os instrumentos contratuais celebrados. III - Apelo conhecido e improvido. Sentença confirmada. (CEARÁ, online)

Alguns doutrinadores entendem a publicidade suficientemente precisa em seu objeto e devidamente veiculada, como sendo irretratável. Nesse ponto a doutrina e a jurisprudência encontram verdadeira cisão. A primeira defende que não existe possibilidade de retratação.

Benjamin apud Azevedo, leciona o seguinte:

[...] que dada a informação, ou feita a publicidade, desde que “suficientemente precisa”, ou apresentada a oferta, o fornecedor cria um direito potestativo para o consumidor; este pode aceitar, ou não, o negócio que se propõe; o fornecedor está em pura situação de sujeição. Se houver aceitação pelo oblato, o contrato está concluído. (BENJAMIN apud AZEVEDO, 2004, p. 270)

Não obstante a isso a jurisprudência entende que a boa fé contratual deve ser recíproca. Nem o fornecedor poderá exigir prestação desproporcional do consumidor, nem aquele poderá exigir prestação completamente desarrazoada.

Podemos verificar este fenômeno de forma objetiva quando o anúncio é publicado com notório erro, como por exemplo: Uma TV de 42” anunciada com o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), sendo o preço de mercado de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

A jurisprudência em discordância com a doutrina entende que, comprovando-se o erro de fácil constatação, nada mais justo que a aplicação do princípio da boa fé contratual, em detrimento da vinculação estabelecida pelo CDC. Este vem sendo o posicionamento da jurisprudência como podemos verificar no julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais abaixo transcrito.

Número do processo: 1.0701.05.133023-4/001(1)

Relator: ELIAS CAMILO

Data do Julgamento: 27/06/2007

Data da Publicação: 23/07/2007

Ementa: ENTREGA DE COISA CERTA - DIREITO DO CONSUMIDOR - MERCADORIA COM VALOR ANUNCIADO DE FORMA ERRADA - FATO QUE EVIDENCIA ERRO E NÃO DOLO DO COMERCIANTE - DESPROPORÇÃO ENTRE O PREÇO REAL E O ANUNCIADO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - NÃO CABIMENTO. O art. 30, do CDC, consagra o princípio da boa-fé, que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. No entanto, não se pode obrigar o fornecedor a vender mercadoria pelo preço anunciado, se não se vislumbra a existência de dolo, mas sim de evidente erro na informação, denunciado pela grande desproporção entre o preço real do equipamento e o anunciado. A boa-fé, que a lei exige do fornecedor, também é exigida do consumidor. 'Assim, na hipótese de equívoco flagrante e disparatado presente em informação ou publicidade, não se pode consentir na vinculação obrigacional do fornecedor almejada por consumidor animado pelo propósito do enriquecimento ilícito' V.v. O fornecedor está vinculado às informações que divulga por meio publicitário, devendo manter a oferta feita. (MINAS GERAIS, online)

3 INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O legislador quando estabeleceu criação da política nacional de relações de consumo, tratou de determinar os objetivos dessas políticas, bem como determinou que fossem criados os agentes que viriam a regular tais relações.

Um dos principais avanços foi reconhecimento do consumidor como parte vulnerável na relação de consumo estampada no artigo 4º, do CDC. No tocante à publicidade enganosa, encontramos a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, trazendo ao direito pátrio uma quebra de paradigma sem precedentes em matéria consumerista.

Além das inovações acima descritas, o Código trouxe a legitimidade concorrente para propositura de ações coletivas dos entes da Administração direta (União, estados, distrito federal e municípios); os órgãos da Administração pública direta ou indireta, ainda que despersonalizados, que atuem na defesa do consumidor; das associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham como objetivo a defesa do consumidor; e trouxe destaque para a atuação do Ministério Público, impondo a criação de órgãos e promotorias especializadas na defesa do consumidor.

Em se tratando de ação coletiva encontramos uma peculiaridade bastante interessante, a ação coletiva referente a direitos individuais homogêneos de origem comum, correrá de forma unitária até a verificação de mérito acerca do dano causado e ocorrerá cisão na fase da execução para que seja mensurado o prejuízo de forma individual, atribuindo-se a cada um indenização proporcional ao dano.

O CDC estabeleceu que, além da defesa individual em juízo do consumidor lesado, os legitimados acima descritos têm a possibilidade de agir como substitutos processuais em casos de ações coletivas. A legislação definiu três categorias a legitimar tais ações:

a) A primeira trata dos interesses ou direitos difusos, traduzida na defesa de interesses transindividuais e indivisíveis, quando a ofensa se der de forma genérica e atingir toda a coletividade, sem distinção.

b) A segunda trata dos interesses ou direitos transindividuais coletivos, constatada quando estes interesses tiverem como objeto uma coletividade determinada, causada pela ofensa de direito comum;

c) Por fim trata de interesses individuais homogêneos que tenham dano comum e origem comum.

As três categorias são passíveis de ações coletivas, inclusive com legitimidade dos entes públicos destacados nos três primeiros incisos conforme acima exemplificado. No entanto, quando tratamos de interesses individuais homogêneos de origem comum, apenas existe legitimidade para ação coletiva proposta por ente público, Ministério Público ou Defensoria Pública, quando o dano tiver grande repercussão social ou quando as partes forem notadamente hipossuficientes.

Caberá a atuação obrigatória do Ministério Público, quando não atuar como parte, na função de *custus legis*.

3.1 O sistema de controle publicitário brasileiro

Existem três formas de controle da publicidade. A primeira trata de um sistema unicamente estatal, no qual apenas o governo tem o controle sobre toda publicidade realizada em seu território; a segunda é o controle privado, no qual os organismos publicitários através da autoregulação não sofrem restrições estatais, cabendo apenas a estes as punições e sanções; a última é o controle misto, no qual existe uma autoregulação por parte das entidades privadas do setor, existindo ainda em determinados pontos (assuntos de segurança nacional) onde existe regulamentação por parte do governo.

O Brasil adota o sistema misto no qual existe um código de autoregulação publicitária, que tem como gestor o CONAR que aplica sanções aos envolvidos na atividade publicitária. Cabe ainda uma análise judiciária das práticas publicitárias em decorrência do princípio da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário proclamado no artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal de 1988.

3.2 As Organizações Não-Governamentais

As Associações possuem legitimidade plena para defesa judicial de seus associados por meio de ação civil pública, mesmo sem autorização de assembléia geral prévia, como deixa clara a própria redação do inciso IV, do artigo 82, do CDC. No entanto a doutrina e a jurisprudência se dividem quando tratamos de ações civis públicas na defesa dos interesses difusos ou de uma coletividade que exceda o limite dos associados destas organizações.

Oliveira apud Teodoro Júnior defende que:

A defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, prevista na Lei nº 8.078/90, CDC, deve ser interpretada à luz do sistema estatuído na CF, especialmente no art. 5º, XXI, não podendo, então, versar sobre direitos individuais homogêneos (que são divisíveis e tem titularidade determinada) além dos limites do grupo de seus filiados. Enfim, a ação civil pública somente será manejável pelas entidades associativas quando voltadas para interesses difusos e coletivos – CF, art. 129, III, e § 1º. Incabível, pois, sua utilização para a defesa de interesses individuais, de titularidade

identificada, divisíveis e disponíveis. Sua defesa, por meio de associações, está constitucionalmente franqueada apenas quando autorizada por seus filiados e em benefício exclusivo destes, mediante representação, nos termos da CF, art. 5º, XXI. (OLIVEIRA apud TEODORO, 2004, p. 393)

As associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do consumidor, será parte legítima para atuar judicialmente através de ações civis públicas na defesa de uma coletividade determinada ou indeterminada, de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como podemos verificar na ementa abaixo transcrita: “O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde.” (STJ, Resp. 72.994/SP, 3ª T., rel. Min. Nilson Naves, DJU 17.9.2001, p. 159)

O parágrafo primeiro do citado artigo estabelece a possibilidade da mitigação do prazo de um ano caso haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda, pela relevância do bem jurídico a ser tutelado.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL, C., online)

Com isso a dinâmica das ações civis públicas em defesa do consumidor ganha em um primeiro momento uma dinâmica de ação coletiva para verificação do dano sofrido, existindo no caso da publicidade enganosa a possibilidade de cumprimento forçado da oferta no sentido *lato*; e na fase da execução, constatamos a individualização para aferição do *quantum* indenizatório de forma pessoal.

3.2.1 O CONAR

O CONAR é uma organização não governamental que tem por objetivo a autorregulamentação da atividade publicitária no país. O Conselho nasceu de uma ameaça por parte do governo federal de criar um órgão regulador da publicidade.

No final da década de setenta e inspirado em um modelo inglês de autorregulamentação, foi criado o Código Brasileiro de autorregulamentação

publicitária, que teve como consequência o estabelecimento do *CONAR*, que inicialmente funcionou em Brasília e posteriormente passou a exercer circunscrição em todo o território nacional.

Composto por sete câmaras e com sede em quatro capitais brasileiras: São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Porto Alegre. A composição é de cento e oitenta conselheiros, dentre efetivos e suplentes, escolhidos dentre profissionais ligados à publicidade e membros da sociedade civil.

É vedada a participação no conselho de pessoas investidas em cargos públicos por nomeação ou eleição, ressaltando que todos os participantes do *CONAR* trabalham em regime de voluntariado.

3.3 O Ministério Público

O Ministério Público encabeça a lista dos legitimados para a defesa do consumidor judicialmente, atuando tanto como parte e como *custus legis*.

A instituição conta com órgão especializado na defesa dos direitos do consumidor, os *DECON'S* estaduais. Estes órgãos atuam de forma direta na aplicação de multas e promoção de fiscalizações, em nível administrativo; atua também na esfera judicial através da propositura de ações civis públicas e como fiscal da lei nas ações em que não é parte.

Ponto interessante a ser analisado é a legitimidade do membro do *parquet* nas ações civis públicas de cunho individual homogêneo. Não obstante a taxatividade do artigo 82, I, do CDC, que legitima a atuação do *parquet*, a doutrina entende que, no caso de interesse individual homogêneo, o Ministério Público apenas poderá atuar como parte se houver repercussão coletiva ou social no caso, ultrapassando assim os interesses individuais apresentados *a priori*. Nos demais casos, o Ministério Público deverá atuar obrigatoriamente apenas como fiscal da lei. “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público”. (BRASIL, C., online)

Watanabe leciona que:

Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis. (WATANABE, 1997, p.511)

Entendemos que o Ministério Público apenas poderá atuar como parte nos processos em que exista uma incidência de interesse social relevante, atuando apenas como fiscal da lei nos demais, sob pena de atuar como verdadeiro advogado das partes, em casos que apenas sejam discutidos interesses disponíveis e individuais.

4 DAS PENALIDADES POR UTILIZAÇÃO DA PUBLICIDADE ENGANOSA

Caso a publicidade enganosa venha a ser veiculada, o consumidor pode exercer seu direito de exigir o cumprimento forçado da oferta conforme anunciado, os patrocinadores dessa oferta poderão sofrer sanções na esfera administrativa, que poderá ser de multa, interdição e/ou interposição de contrapropaganda, de forma cumulativa; poderá ser civilmente responsabilizado por dano causado inclusive à coletividade; e, por fim, poderá ser penalmente responsabilizado, conforme veremos a seguir.

4.1 Sanções administrativas, civis e penais

O fornecedor que utilizar publicidade enganosa poderá ser triplamente penalizado. No âmbito administrativo além da penalidade de multa que pode variar entre duzentas a três milhões de UFIR'S (unidade fiscal de referência) e do cumprimento forçado da publicidade indevidamente veiculada, ser obrigado a apresentar contrapropaganda.

O CDC estabelece que a contrapropaganda será aplicada pelos órgãos de defesa do consumidor e deverá conter as mesmas características da publicidade veiculada de forma enganosa (tempo, frequência, local etc.) e preferencialmente no mesmo veículo que ocorreu a publicidade enganosa ou abusiva, de modo a desfazer o malefício por ela causado. Nos termos dos artigos 56, inciso VIII e 60, §1º, do CDC.

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:

[...]

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.

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

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

Na esfera criminal o fornecedor que incorrer em tal prática poderá ser condenado de três meses a um ano de detenção e multa. O crime da publicidade enganosa é de mera conduta não estando vinculado à tentativa de obtenção de vantagem econômica. Caracteriza-se, portanto, no exato momento em que a publicidade é pulverizada com informações falsas ou enganosas.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

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

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

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. (BRASIL, C., online)

O crime é de ação pública incondicionada. O CDC garante às entidades da Administração direta ou indireta ainda que sem personalidade jurídica, às associações constituídas com a finalidade de proteção do direito do consumidor, a prerrogativa de agir como assistentes do Ministério Público.

Caso a denúncia não seja oferecida dentro do prazo legal, as entidades supracitadas poderão propor ação penal privada subsidiária da pública.

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. (BRASIL, C., online)

Encontramos ainda dentro das penalidades a sanção de contrapropaganda, na qual o condenado deverá divulgar em canais de grande circulação notícias sobre os fatos de sua condenação.

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. (BRASIL, C., online)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos à conclusão de que a publicidade vincula o fornecedor no momento da veiculação da oferta. A partir deste momento ela passa a integrar o contrato com todas as características inerentes a este.

Entendemos que a publicidade exposta com erro grosseiro e de fácil percepção leva a uma mitigação da vinculação imposta pelo CDC por força do princípio da boa-fé objetiva na celebração do contrato, que deve ser recíproca entre fornecedor e consumidor.

Nos demais casos o consumidor tem o direito de receber exatamente o que está descrito no informe publicitário. A oposição de qualquer cláusula adicional deve ser interpretada como abusiva e em caso de publicidade com múltiplas possibilidades de interpretações, o consumidor deverá ter conversado seu direito através da interpretação mais favorável das cláusulas, nos termos do art. 47 do CDC.

Em sede coletiva, apesar de a legislação trazer vários legitimados para propositura de ações na defesa do consumidor, tanto no âmbito estatal quanto através de organismos não governamentais. O que vemos na prática são ações de cunho coercitivo, no sentido de remediar e não no sentido de inibir as práticas de publicidade enganosa tão difundida no cotidiano brasileiro.

Não obstante a esta constatação, é importante destacar que várias instituições desenvolvem ações pró-ativas na defesa do consumidor, como é caso do CONAR, do Ministério Público através dos DECON's, do IDEC e dos PROCON's. Mas apenas um processo de conscientização em massa poderia trazer um resultado satisfatório.

Outro fator que contribui para a prática da publicidade enganosa são as sanções penais, civis e administrativas muito brandas. A empresa de modo geral prefere pagar multa a realizar a publicidade em conformidade da legislação, pois o lucro acaba compensando as perdas. Este fato está aliado principalmente ao consumidor que na maioria das vezes ou desconhece o seu direito ou não tem paciência para suportar uma demanda judicial que se arrasta por anos a fio.

MISLEADING ADVERTISING AND BINDING OFFER IN THE LIGHT OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION

ABSTRACT

The study aims to examine the screen from that moment the publicity ceases to be a means of promoting products or services and becomes misleading in light of the Code of Consumer Protection. In this step we will observe the devices were made available to the consumer to enforce such provision as advertised. We will study further the civil and public legitimacy to defend the consumer and what the penalties in the civil, administrative and criminal, to suppliers incurred in such practices.

Keywords: Advertising Misleading. Linking. Offer. CDC. Penalties.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, GRINOVER, Ada Pelegrini, WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Ante projeto**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Jurisprudência: RECURSO ESPECIAL** Superior Tribunal de Justiça Nº 171.373 - SP (1998/0026165-6). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=idec+plano+sa%FAde&b=ACOR>. Acesso em: 26 abr. 2010.

CEARÁ (Estado). Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará**. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Parâmetro de pesquisa: (consumidor – propaganda – enganosa). Acesso em: 26 abr. 2010.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Ante projeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Manual de Direito do Consumidor**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. **Julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais** Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=ementa&palavrasConsulta=ENTREGA+DE+COISA+CERTA++DIREITO+DO+CONSUMIDOR+->

+MERCADORIA+COM+VALOR+ANUNCIADO+DE+FORMA+ERRADA+&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=2%2C1931260&dataInicial=&dataFinal=05%2F01%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=25898&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 26 abr. 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2004.