LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA ILICITUDE NA PUBLICIDADE

TESE DE DOUTORADO

Orientador: Professor Dr. Rui Geraldo Camargo Viana

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO – 2010

LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA ILICITUDE NA PUBLICIDADE

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor, sob a orientação do Professor Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO – 2010

Ao querido Gabriel

*Aos meus pais,
Teresa e Carlos Francisco*

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Rui Geraldo Camargo Viana, pela dedicada acolhida na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP) e por todas as oportunidades que, tão gentilmente, colocou com sabedoria à minha frente durante o construir dessa tese de doutorado.

Aos professores de pós-graduação FADUSP, que, de diferentes modos, contribuíram decisivamente ao crescimento do meu universo jurídico e às idéias desenvolvidas no presente trabalho. Do fundo d'alma, agradeço ao professor Antonio Junqueira de Azevedo (in memoriam). Suas aulas foram um presente eterno, desde o início simplesmente impossível de retribuir. De modo particular, agradeço aqui também ao grande professor, padrinho e amigo, Dr. Fabio Nusdeo, pela dedicação, comentários e interesse constante pelo tema.

Agradeço ainda aos ilustres professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), os quais me ofereceram as ferramentas básicas à construção dos meus primeiros pensamentos no Direito e, mais precisamente, na matéria consumerista. De modo especial, gostaria de agradecer ao querido amigo Professor Dr. Nelson Nery Junior, jurista brilhante, com quem tenho o privilégio e a honra de aprender no dia-a-dia, mostrando-se fundamental ao meu desenvolvimento.

Agradeço igualmente aos membros de Magalhães, Nery e Dias – Advocacia pelo fundamental suporte na minha necessária ausência à conclusão deste doutorado, em especial aos advogados Yi Shin Tang, Thiago Marrara, João Carlos Zanon, Francisco Niclós Negrão, Nara Terumi, Thais Guerra e Mariana Vieira. Agradeço ainda às queridas estagiárias Dahpne Soares, Letícia Meo e Luisa Luz.

Aos amigos de pós-graduação Patricia Iglecias, Gilberto Bergstein, Nelcina Tropardi, João Aguirre, Diogo Naves, Wanderley Fernandes, Paulo Dóron Rehder de Araujo, Kleber Luiz Zanchim, Bruno Maggi, Rodrigo Cogo e Daniel Levy, pelas conversas enriquecedoras.

Agradeço aos meus pais, pela formação e amor constante. Ao meu querido irmão Marcelo (in memoriam), de quem sentimos saudades. Em especial, à minha mãe, queridíssima Teresa Ancona Lopez, pessoa admirável, espírito de luz e minha professora maior não só das ciências jurídicas, mas da arte da vida.

Finalmente, agradeço, sobretudo e sempre, ao meu querido Gabriel, pelo apoio constante, dedicação e amor incondicional.

RESUMO

A temática da publicidade encontra-se normatizada no Código de Defesa do Consumidor a partir de princípios e cláusulas gerais, que, se virtuosas pela abrangência interpretativa, igualmente passíveis de desencadear grande insegurança jurídica quando não calcadas em consolidada doutrina e parâmetros interpretativos concretos. Nesse contexto, a presente tese tem por escopo conferir nova e detalhada sistematização ao tema e, fundamentalmente, fornecer ao operador do direito diretrizes palpáveis à análise da enganosidade e abusividade nas mensagens publicitárias.

Trata-se, por exemplo, da necessidade de se analisar a (i)licitude da publicidade a partir da figura do consumidor como critério interpretativo central do artigo 37 CDC, procedendo-se a uma releitura do conceito de *consumidor médio*. No exame da *publicidade enganosa*, em especial no âmbito da sua *tutela difusa*, propõe-se, ademais, o critério de investigação do *consumidor típico* da publicidade, a partir do qual o potencial de indução em erro poderá ser melhor apreendido. A tese aborda ainda o conceito de *dado essencial* para configuração da enganosidade por omissão e ressalta os efeitos das mensagens secundárias ao *slogan* principal da publicidade. Tema igualmente novo refere-se à adoção das pesquisas de mercado na constatação da (i)licitude da publicidade.

No que tange à *publicidade abusiva*, o trabalho se lança ao exame e delimitação de seus conceitos indeterminados, destaca o aspecto da tutela dos valores da coletividade e demonstra a impropriedade de uma análise puramente subjetiva e individual dessas peças publicitárias. O presente estudo apresenta ainda um quadro sistemático das *técnicas publicitárias* mais frequentes, i.e., *merchandising*, publicidade redacional, *teaser*, exagero publicitário e mensagem de tom excludente, publicidade testemunhal e comparativa, analisando suas implicações no âmbito do direito do consumidor.

Por fim, aborda-se a responsabilidade civil na publicidade ilícita e os pressupostos do dever de indenizar. Examina-se a reparação do dano moral (individual e coletivo) e o aspecto punitivo de tais indenizações, bem como os sujeitos da responsabilidade civil e a existência (ou não) de uma responsabilidade solidária entre anunciante, agência, veículo e celebridades.

Palavras-chave: propaganda – publicidade (enganosa e abusiva) – código de defesa do consumidor – consumidor típico – consumidor médio – dano moral coletivo

ABSTRACT

Advertising is regulated by the Consumer Defense Code (CDC) according to principles and general rules that, notwithstanding being characterized by their constructive scope, may give rise to legal uncertainty whenever they are not grounded on settled legal doctrine and concrete constructive parameters. In this context, the present thesis aims to grant new and detailed systematization to the issue, and provide lawyers with tangible directions to analyze the deceptiveness and abusiveness within advertising messages.

It regards, for instance, the need to analyze advertising (un)lawfulness from the consumer's standpoint as the core constructive criterion of article 37 of the CDC. At this point we scrutinize in details the concept of *reasonable consumer*. Upon examining *deceptive advertising*, especially with regard to its *diffuse protection*, we propose, in addition, the *typical consumer* investigative criterion in advertising whereby potential error induction may be better understood. The thesis also addresses the *essential data* concept to configure deceitfulness by omission, and underscores the effects of secondary messages on the main advertising *slogan*. Likewise, the theme is related to the adoption of market research to ascertain advertising (un)lawfulness.

Considering *abusive advertising*, this thesis examines its undetermined concepts, highlights the protection of collective values, and evidences the inadequacy of its subjective and individual analysis. The present study also offers a systematic table of the most frequent *advertising techniques*, i.e., merchandising, copywriting, teaser, exaggerated and excluding advertising, testimonial and comparative advertising, analyzing their entailments within Consumer Law.

Finally, the work addresses the liability related to unlawful advertisement and the elements that determine the duty to indemnify. Pain and suffering redress (either individual or collective) and the punitive feature of such indemnification are examined herein, as well as the liable subjects and the existence (or not) or joint liability among the sponsor, advertising agency, media vehicle and celebrities.

Key words: publicity – advertising (deceptive and abusive) – Consumer Defense Code – typical consumer – reasonable consumer – collective pain and suffering

RIASSUNTO

L'argomento della pubblicità è regolato dal Codice di Difesa Del Consumatore a partire da principi e da clausole generali che, nonostante abbiano la virtù della comprensione interpretativa, hanno anche la capacità di scatenare grande insicurezza giuridica se non sono basati su un addottrinamento consolidato e parametri concreti di interpretazione. Rispetto a questo contesto, la tesi ha lo scopo di concedere nuova e particolare disposizione al tema e, soprattutto, fornire all'operatore del diritto direttrici visibili all'analisi dell'inganno e dell'abuso nei messaggi pubblicitari.

Si tratta, per esempio, della necessità di analizzare l'illecito della pubblicità a cominciare dalla figura del consumatore come criterio interpretativo centrale dell'articolo 37 CDC, conducendo a una rilettura del concetto del consumatore medio. Nell'esame della pubblicità ingannevole, specialmente nell'ambito della sua tutela diffusa, oltre a ciò, si propone il criterio dell'investigazione del consumatore tipico della pubblicità, per cui il potenziale dell'induzione allo sbaglio potrà essere meglio afferrato. La tesi abborda ancora il concetto del dato essenziale per la configurazione dell'inganno per omissione e rivela gli effetti dei messaggi secondari allo "slogan" principale della pubblicità. Tema ugualmente nuovo si riferisce all'adozione delle ricerche di mercato nella verifica dell'illecito della pubblicità.

Per quanto riguarda la pubblicità abusiva, il presente studio si lancia all'esame e alla delimitazione dei suoi concetti indeterminati; mette in evidenza gli aspetti della tutela dei valori della collettività e dimostra l'improprietà di un'analisi puramente soggettiva e individuale di tali pezzi pubblicitari. Presenta ancora un quadro sistematico delle tecniche di pubblicità più frequenti, i.e., *merchandising*, pubblicità redazionale, teaser, esagerazione pubblicitaria e messaggio di tono escludente, pubblicità testimoniale e comparativa, analizzando le sue implicazioni nell'ambito del diritto del consumatore. Alla fine, l'abbordaggio è quello della responsabilità civile nella pubblicità illecita e i presupposti del dovere di indennizzare. Si esamina la riparazione del danno morale (individuale e collettivo) e l'aspetto punitivo di tali indennizzazioni, così come i soggetti della responsabilità civile e l'esistenza (o no) di una responsabilità solidale tra annunciatore, agenzia, veicolo e celebrità.

Parole-Chiave: propaganda – pubblicità (ingannevole e abusivo) - codice di difesa del consumatore - consumatore tipico - consumatore medio - danno morale collettivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
 CAPÍTULO 1º PUBLICIDADE. CONCEITO. FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS. ...	16
1.1. Conceito de publicidade e propaganda.....	16
1.2. Marketing e publicidade	19
1.3. Funções da publicidade	22
1.4. Agentes da publicidade (anunciante, agência de publicidade e veículos).....	25
1.5. Etapas da elaboração da campanha publicitária: criação, produção e execução	28
 CAPÍTULO 2º PUBLICIDADE. DISCIPLINA JURÍDICA. CONTROLE	30
2.1. Publicidade e seu regime jurídico: a publicidade como livre iniciativa e liberdade de expressão.....	30
2.2. Publicidade e seu controle.....	36
2.2.1. O controle autorregulamentar da publicidade.....	37
2.2.2. O controle estatal da publicidade: coletivo e individual.....	39
2.2.3. O controle recíproco da publicidade entre empresas	41
2.3. A Publicidade no Direito do Consumidor.....	44
2.3.1. Mensagens objeto de controle pelo Código de Defesa do Consumidor. Comunicação de conteúdo comercial	45
2.3.2. Destinatários da mensagem publicitária: consumidores reais e potenciais. O conceito de consumidor por equiparação.....	49
 CAPÍTULO 3º PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA PUBLICIDADE	52
3.1. Noções introdutórias.....	52
3.2. Considerações sobre o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo. Funções e harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor	53
3.3. Princípios jurídicos próprios da publicidade	61
3.3.1. Princípio da identificação da mensagem publicitária	61
3.3.2. Princípio da veracidade.....	66
3.3.3. Princípio da vinculação da oferta publicitária	73
3.3.3.1. Análise comparativa da oferta no Código de Defesa do Consumidor (artigo 30) e no Código Civil de 2002 (artigos 427 e 429).....	76
3.3.3.2. Do erro na oferta publicitária e a recusa de contratar	80
3.6. Princípio da não-abusividade	87
3.7. Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante.....	90
3.8. Princípio da correção do desvio publicitário.....	92

CAPÍTULO 4º CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TIPOS DE PUBLICIDADE ILÍCITA. CONTROLE. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS. 94

4.1. Considerações gerais..... 94

4.2. Parâmetros da publicidade enganosa. Elementos para configuração 96

4.2.1. Conceito jurídico de “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário”. Promoções, embalagens, rótulos, merchandising..... 98

4.2.2. A verificação do potencial enganoso da mensagem publicitária 105

4.2.2.1. Falsidade, inexatidão, ambigüidade, omissão ou qualquer outro meio capaz de induzir em erro 105

4.2.2.2. A figura do consumidor como critério central de avaliação da ilicitude da comunicação publicitária. Revendo o conceito de consumidor: consumidor minimamente crítico 111

4.2.2.3. A tutela coletiva e a necessidade de investigação do consumidor típico para avaliação do potencial enganoso da publicidade. 119

4.2.3. A enganabilidade por omissão 137

4.2.3.1. Conceito de dado essencial 137

4.2.3.2. Publicidade e o alcance do dever de informar 144

4.2.3.3. A parte captatória (principal) da publicidade e as mensagens secundárias na análise da enganabilidade por omissão. 149

4.3. A figura jurídica da publicidade abusiva 159

4.3.1. Conceito de publicidade abusiva 159

4.3.2. A avaliação do potencial abusivo da mensagem publicitária. Agressão à coletividade. 164

4.3.3. Tipos de abusividade 170

4.3.3.1. Publicidade discriminatória de qualquer natureza 170

4.3.3.2. Incitação à violência, exploração do medo ou da superstição e desrespeito a valores ambientais..... 179

4.3.3.3. Aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança. A publicidade dirigida ao público infantil 184

4.3.3.4. Indução do consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança 196

4.4. Os meios de sondagem como recurso para definição do caráter enganoso ou abusivo da publicidade: vantagens e dificuldades. 200

CAPÍTULO 5º AS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS E O SEU CONTROLE PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 206

5.1. Publicidade oculta..... 206

5.1.1. Publicidade redacional 216

5.1.2. *Product placement* (colocação do produto) ou *merchandising*. Patrocínio e publicidade subliminar..... 223

5.2. Teaser 239

5.3. Exagero publicitário e publicidade de tom excludente..... 241

5.4. Publicidade testemunhal 249

5.5. Publicidade comparativa.....	257
5.5.1. Conceito, modalidades e previsão normativa	257
5.5.2. Requisitos positivos e negativos de licitude da publicidade comparativa	264
5.5.2.1. Requisitos positivos de licitude	264
5.5.2.2. Requisitos negativos de licitude	269
 <i>CAPÍTULO 6º RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE .....</i>	<i>286</i>
6.1. Publicidade ilícita e responsabilidade civil. O dever de indenizar e seus pressupostos.....	286
6.2. Considerações sobre o dano moral difuso e sua reparação na publicidade	291
6.2.1. A função compensatória e punitiva da reparação do dano moral. Uma reflexão acerca da função punitiva	298
6.3. Os sujeitos da responsabilidade civil: anunciante, agência de publicidade, veículos de comunicação e celebridades. Quem responde pelos danos causados?	307
 <i>CONCLUSÕES FINAIS .....</i>	<i>316</i>
 <i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</i>	<i>320</i>

INTRODUÇÃO

O fenômeno da publicidade, tomado de modo abrangente e nas suas mais diferentes facetas, remonta, por certo, há tempos muito longínquos. A publicidade, enquanto fenômeno de veiculação midiática (rádio, jornal, televisão, internet, e etc.) intrinsecamente associado à promoção, direta ou indireta, de produtos (e serviços) para consumo surge, porém, *pari passu* ao desenvolvimento da moderna sociedade de massa para o fim de “apresentar” produtos à sociedade, “estimular” comportamento de compra, “criar” novas demandas e até mesmo “lançar” estilos de vida” (*ways of life*). Assim, se a industrialização, a produção em escala, a sociedade de serviços “*just-in-time*”, e a vida moderna, eminentemente metropolitana e marcada por um modo capitalista de organização econômica, apresentam-se como engrenagens fundamentais ao nascimento da sociedade de consumo de massa, a publicidade, sem dúvida alguma, foi e é um dos seus grandes motores de propulsão .

Do ponto de vista de uma análise jurídica, transcorridas praticamente duas décadas do sancionamento do nosso Código de Defesa do Consumidor, o qual traz em seu texto (artigos 36 a 38) tão inédita quanto expressa referência à publicidade, o tema bem que poderia ser caracterizado – assim como, de fato, fazem-no *Fusi* e *Testa*¹ na Itália – como “*classico*”, haja vista sua indubitável importância.

Contudo, no Brasil, tal afirmação, de fato, ainda não pode ser feita, o que *a priori* justificaria o presente trabalho. Com efeito, a despeito da existência de publicações pontuais e de qualidade acerca do tema, a verdade é que são escassas as tentativas de tratamento global e sistemático da matéria, verificando-se, via de regra, comentários gerais aos artigos 36 a 38 do CDC. Ciente das limitações e dificuldades do tema, mas segura de que o “objetivo é a caminhada”, a presente tese de doutorado espera poder dar alguns passos nessa trilha.

---

¹ FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina. *Diritto e Pubblicità*, Milano: Lupetti-Editori di Comunicazione, 2006.

Pretende-se, pois, apresentar uma nova e detalhada sistematização sobre a publicidade no Código de Defesa do Consumidor (CDC), atentando-se *in specificum* aos princípios e cláusulas gerais deste diploma, que, se virtuosas pela abrangência e abertura interpretativa, igualmente causadoras de grande insegurança jurídica quando não calcadas em firme e consolidada doutrina jurídica a fim de sistematizar e aclarar aos operadores do direito o grau de elasticidade passível de ser conferido à norma jurídica do CDC.²

A publicidade, enquanto manifestação da livre iniciativa e da liberdade de expressão, é atividade tutelada e garantida primeiramente pela Constituição Federal (artigo 5º IX, 220 e 170 *caput* e parágrafo único). Seu exercício, porém, não é arbitrário e encontra na defesa do consumidor um dos seus limites mais claros, devendo com ela se harmonizar (170 V CF). A medida e extensão desse encaixe não estão, porém, suficientemente claras. Quem determina e – mais importante – com base em quais critérios, pode-se afirmar que uma publicidade se reveste de potencial enganoso ou abusivo? A resposta precisa a esta indagação ganha foros de urgência, em especial à luz da velocidade do mundo fático da publicidade que, a cada momento, vivencia e explora novas formas de expressão (no rádio, televisão, jornal e revista, mas também na internet, celular, filmes, etc.). A exortação de critérios para lidar com o tema e julgar os casos práticos resta mais imprescindível do que nunca.

No presente trabalho, buscar-se-á – não sem antes proceder a um exame cuidadoso dos princípios jurídicos que informam a publicidade – lidar com a interpretação dos dispositivos legais vigentes e fornecer, em grande medida a partir da casuística existente e do estudo do direito estrangeiro, diretrizes materiais à análise da enganabilidade e abusividade nas mensagens publicitárias. Examinaremos o conceito jurídico de informação de “caráter publicitário” e, no que tange à enganabilidade, as diversas modalidades de indução em erro, seja por omissão, ambigüidade, inexactidão ou qualquer outro meio.

---

² Como ressalta Antonio Junqueira de Azevedo, o paradigma de hoje é o da *centralidade* do caso, ao criticar o sistema aberto que deixa ao exclusivo arbítrio do julgador o “recheio” da norma (*Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo; Saraiva, 2004, p.60/61).

Exemplo maior, porém, de busca por uma melhor sistematização da matéria é a necessidade de se analisar a (i)licitude da publicidade a partir da figura do consumidor como critério interpretativo central do artigo 37 do CDC. Neste particular, haja vista a moderna doutrina e jurisprudência sobre o tema na publicidade, proceder-se-á uma releitura consciente do conceito de consumidor, de modo a melhor compreender as suas características. Seria suficiente defini-lo apenas como parte vulnerável da relação de consumo? Não teria ele capacidade para exercer um *mínimo* de crítica diante das mensagens publicitárias de produtos e serviços de seu interesse?

No exame da *publicidade enganosa* abordaremos ainda o tema da avaliação da capacidade de crítica do consumidor segundo a investigação dos destinatários dos produtos ou serviços anunciados (público-alvo). Assim, aceito que a desmedida proibição da publicidade não parece de acordo com o nosso ordenamento jurídico que, em princípio, impede a turbação de uma eventual relação negocial, mostra-se fundamental que a avaliação do potencial enganoso de determinada mensagem publicitária seja calibrada com acurácia e tendo em vista a impressão que ela realmente causa (ou pode causar) entre os seus consumidores destinatários, sujeitos (reais ou potencias) da futura relação de consumo.

No exame dos casos de *tutela difusa* da publicidade – nos quais se exige do intérprete inferir a reação da coletividade diante de certa mensagem – examinaremos, então, a possibilidade de se investigar o chamado *consumidor típico* da publicidade, a partir do qual o potencial de indução em erro poderia ser interpretado. Neste particular, aprofundaremos a análise a partir de um olhar detido às diferentes jurisdições consumeristas no mundo, bem como da casuística concreta.

O presente trabalho também procurará enfrentar o conceito jurídico de *dado essencial* para fins de configuração da enganosidade por omissão (37 § 3º CDC), ressaltando ainda os efeitos das chamadas mensagens secundárias ao *slogan* principal da publicidade, e em que medida tais mensagens laterais são consideradas lícitas pelo direito do consumidor à luz do dever de informação do fornecedor.

Tema igualmente novo e pouco debatido no cenário jurídico pátrio, não obstante sua relevância para a publicidade, refere-se à adoção das pesquisas de mercado ou outros meios de sondagem como material auxiliar na constatação da licitude ou ilicitude da comunicação publicitária ao consumidor. Trata-se de meio realmente útil? Qual seria, e quem define, o percentual (%) necessário para caracterização da indução em erro ou mesmo da abusividade?

No que tange especificamente à publicidade abusiva, prevista no § 2º do artigo 37 CDC, embora não se possa nestes casos identificar com precisão um consumidor típico – dado que na proibição à abusividade não está em questão o produto ou serviço em si, mas a verificação de mensagem contrária à ordem pública e aos bons costumes – procuraremos aclarar os conceitos jurídicos indeterminados previstos na norma, bem como ressaltar o aspecto da tutela dos valores da coletividade.

O presente estudo também tem a pretensão de enfrentar a evolução das técnicas publicitárias mais frequentes, suas implicações e contornos jurídicos *vis à vis* os princípios e normas que informam a publicidade no CDC. Nesta oportunidade, buscar-se-á, novamente, oferecer ao intérprete critérios para avaliação da (i)licitude destas técnicas. A importância de seu estudo se deve ao fato de nosso Código não ter disposto de modo específico acerca de nenhuma técnica publicitária, preferindo regulamentar o direito da publicidade a partir de cláusulas gerais de proibição à enganosidade e abusividade. Neste contexto, parece-nos útil e mesmo fundamental sistematizar o estudo do *merchandising*, da publicidade redacional, do *teaser*, do exagero publicitário e da mensagem de tom excludente, da publicidade testemunhal e da publicidade comparativa, e em que medida, a utilização de tais recursos pelo anunciante se mostra contrário aos direitos dos consumidores .

Por derradeiro – e não obstante a presente tese tenha como objetivo central a proposição de critérios para avaliação da ilicitude da publicidade – não poderia faltar uma análise da responsabilidade civil e dos pressupostos do dever de indenizar em virtude da veiculação de publicidade lesiva. Nesse passo, caberá o exame, por exemplo, da reparação do dano moral, tanto na sua esfera individual quanto coletiva, e o intrincado aspecto do caráter punitivo de tais indenizações. Também serão estudadas e propostas reflexões

acerca dos sujeitos passivos da responsabilidade civil e a existência (ou não) de uma responsabilidade solidária entre o anunciante, a agência de publicidade, o veículo de comunicação e as celebridades que eventualmente participem da publicidade.

Nesse contexto, a partir destes fundamentais passos iniciais, exsurtem à vista – quase que por derivação lógica – constatações importantes, em especial sobre as limitações e lacunas existentes no nosso ordenamento, que, diferentemente do que já ocorre em outros países (Espanha e Portugal, por exemplo), não possui um Código de Publicidade, reforçando a necessidade de definição de vetores materiais para análise da ilicitude na publicidade. A busca da proteção precisa e efetiva do consumidor frente aos movimentos publicitários comporta ainda longo trilhar conceitual. A existência de critérios e parâmetros de avaliação tem o condão de contribuir na construção segura deste caminho e evitam, sobretudo, arbitrariedades, subjetivismos e, por conseguinte, um descrédito nocivo à matéria.

Em suma, a presente tese de doutorado, “*Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade*” no Código de Defesa do Consumidor, pretende fazer jus ao pedagógico brocardo latino “*qui bene distinguere, bene docere*” e apresentar arcabouço e critérios jurídicos suficientes para uma melhor apreensão, e sobretudo, manuseio jurídico do tema.

CAPÍTULO 1º

PUBLICIDADE. CONCEITO. FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS.

1.1. Conceito de publicidade e propaganda

A palavra “publicidade” está ligada ao termo latino *publicus*, mas, distante da conhecida dicotomia entre *publicus/privatus*, tão própria ao direito público para diferenciar as coisas do Estado daquelas do particular, ela deve ser entendida muito no sentido de propagação geral de algo; como “levar a todos”; “tornar de conhecimento geral”. No presente trabalho interessa-nos, porém, perscrutar o significado de “publicidade” de modo mais específico, isto é, no âmbito do direito do consumidor, o que impõe definirmos a chamada publicidade comercial em sua interação com as relações de troca, com o comércio e o mercado em geral.

Com efeito, do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se, do duto *par excellence* através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos.

O objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade, motivo pelo qual essa técnica de incentivo ao consumo encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores. Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor.

Aqui, cumpre-nos uma diferenciação suplementar entre *publicidade* e *propaganda*. Os dois termos são usados como sinônimos na prática comercial, mas conceitualmente os publicitários ressaltam as suas diferenças, em especial por apresentarem objetivos diversos.

Como dissemos, a publicidade apresenta um objetivo econômico bem definido. Conceitua-a o famoso publicitário Eugenio Malanga como “a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”.³ Sua finalidade é estimular as vendas ou criar certo estilo de vida por meio da difusão e enaltecimento das qualidades de um produto ou serviço.

A propaganda, de outro lado, também é técnica de persuasão, porém, sem qualquer intuito econômico *a priori*. A influência que visa exercer sobre o homem é no sentido de adesão a alguma idéia política, religiosa ou cívica, retomando, portanto, a idéia original de *propagar*⁴, difundir, alastrar, disseminar. Relatam-nos os publicitários⁵ que, historicamente, a palavra *propaganda* apresentou origem eclesiástica e designava um organismo do Vaticano, a *Congregatio de Propaganda Fide* (“Congregação para a propagação da fé”), fundada em 1597 pelo Papa Clemente VIII e organizada por Gregório XV, em 1622, com o objetivo de propagar a fé católica pelo mundo “em oposição aos feitos ideológicos e doutrinários da Reforma Luterana”.⁶ A congregação era formada por cardeais da Igreja Católica Apostólica Romana que supervisava a difusão da fé cristã nos países não católicos e era ainda responsável pela organização do trabalho missionário.

Assim, observam Rabaça e Barbosa que o conceito de *propaganda* “esteve essencialmente ligado a um sentido eclesiástico até o século XIX, quando adquiriu também um significado político (continuando, todavia, a designar o ato de disseminar ideologias, de incutir uma idéia, uma crença na mente alheia)”. Por outro lado, explicam os mesmos autores, que a palavra publicidade adquiriu, no século XIX, um significado também econômico quando então passou a designar “qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços através de *anúncios* geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um

---

³ MALANGA, Eugênio, *Publicidade: uma introdução*, 4ª ed., São Paulo: Edima, 1987, p.11.

⁴ Em latim, a palavra “*propagare*” significa “*reproduzir por mergulha*”, daí o sentido de propagar, multiplicar, aumentar, alastrar, etc (Dicionário Escolar Latino-Portugues do Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro: 1956).

⁵ Neste sentido, MALANGA, Eugênio, *Publicidade...*, p.10; PINHO, J.B, *Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica*. Campinas: Papirus, 2001, p.131; SANT’ANNA, Armando, *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 7ª ed., São Paulo: Thompson Learning, 2007, p.75.

⁶ SILVA, Roberto P. de Queiros, *Temas básicos em comunicação*, São Paulo: Paulinas, 1983, p.234-235 *apud* PINHO, J.B., *ob. cit.*, p.131.

anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial”.⁷ É neste moderno conceito que a publicidade adquire definitivamente características de informação e persuasão.⁸

A diferença entre *propaganda* e *publicidade* está, portanto, na finalidade de cada uma. A propaganda, historicamente, não almeja um benefício econômico, mas fundamentalmente a difusão de idéias. Ela visa a promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental). A publicidade, por seu turno, é a forma clássica de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma empresa com o objetivo de despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou ainda difundir certo estilo de vida.

Como estudaremos adiante, a doutrina majoritária consumerista entende que as normas de defesa do consumidor se voltariam apenas à publicidade comercial, e não à propaganda, dado que esta última não teria o pressuposto de lucro, no sentido mercantilista da palavra, para aplicação das normas que regulamentam a publicidade enganosa e abusiva. A propaganda não estaria atrelada a uma possível relação de consumo. Ganhar adesões a determinada idéia não significa aqui estimular o ato de compra de um produto, mas alastrar idéias e percepções de mundo, ainda que, no limite e indiretamente, este movimento possa levar à escolhas econômicas.⁹

Não obstante as diferenças conceituais acima apontadas, na prática, os termos propaganda e publicidade são utilizadas indistintamente, para designar a publicidade comercial, verificando-se certa confusão até mesmo em nossa legislação, como, por exemplo, a disposição do § 4º do artigo 220 da CF, que utilizou a expressão “*propaganda*

---

⁷ RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo, *Dicionário de comunicação*, Rio de Janeiro: Coderci, 1978 *apud* J.B. Pinho, *Comunicação...*, p.130.

⁸ Cumpre notar que estamos a falar do mais moderno conceito de publicidade, como ferramenta importante na vida econômica e social das comunidades, fenômeno esse mais característico do século XX. Desde o Império, porém, podemos encontrar relatos de técnica de publicidade, como a utilização do espaço das paredes das casas que ficavam de frente para as ruas mais movimentadas, onde se pintava a parede de branco e sobre esse fundo, a mensagem publicitária (o exemplo é de SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*, 3º ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 22).

⁹ Não há dúvida, por exemplo, de que a difusão de determinadas idéias religiosas ou políticas pode afetar indiretamente o consumo de determinados produtos. E.g.: 1) Um grupo de judeus ortodoxos pode passar a consumir apenas produtos *kosher*, isto é, fabricados de acordo com a halachá (lei judaica); um grupo de muçulmanos pode não consumir carne suína; e hindus fervorosos podem e devem praticar o vegetarianismo; 2) Propagandas estatais nacionalistas podem, por seu turno, desestimular o consumo de produtos fabricados em outros países.

comercial” ao tratar da *publicidade comercial*, bem como a dos artigos 56, XII e 60 do próprio Código de Defesa do Consumidor que regulamentou a imposição da “*contrapropaganda*”, quando se refere à publicidade enganosa ou abusiva.

1.2. Marketing e publicidade

Importante ainda distinguir entre os conceitos de publicidade e *marketing*. A publicidade, em verdade, consiste apenas em uma, dentre as várias ferramentas do *marketing*, haja vista que o moderno conceito de *marketing* envolve todas as atividades comerciais relacionadas à circulação de bens e serviços, desde a sua produção até o consumo final. Observa o publicitário Armando Sant’anna que o “*marketing* importa em conhecer o que o consumidor necessita ou deseja; implica em estudar a produção dessa necessidade, produzi-la, distribuí-la ao consumidor, ensinando-lhe, ao mesmo tempo, como consumir esse produto (...). É o conjunto de atividades que são exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final”.¹⁰ Envolve por assim dizer a atividade total de comerciar.¹¹ E dentro desse conjunto de atividades, encontramos na publicidade um importante instrumento mercadológico.

O chamado *plano de marketing* impõe à empresa o estudo do mercado (suas tendências), do consumidor (suas preferências), do modo de divulgação e persuasão (pela publicidade), e da organização de sua venda, distribuição e assistência técnica. Engloba, pois, as atividades de pesquisa do mercado, planejamento do produto, definição de preços inicial, publicidade para tornar o produto conhecido e provocar sua procura, promoção de vendas, para levar o produto ao consumidor por meio de atividades auxiliares de incentivo

---

¹⁰ SANT’ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*, 7ª ed. São Paulo: Thompson Learning, 2007, p.16 e 17.

¹¹ Segundo ainda SANT’ANNA (*ob. cit.*, p.17), o marketing estuda as tendências do mercado, as preferências do consumidor e a distribuição do produto. Consiste na atividade que vem *antes* da mercadoria, compreende *também* a mercadoria e vai *além* da mercadoria. Atua *antes* na pesquisa de mercado, buscando saber o gosto, os desejos e as necessidades dos consumidores; *também* por compreender a mercadoria em sua essência, como objeto ou instrumento de satisfação para o consumidor e, *além*, porque compreende também as atividades de transporte, financiamento, manuseio, armazenagem e outras funções que se exercem devido à mercadoria, mas não necessariamente nela.

às vendas e, por fim, distribuição do produto com a sua colocação ao alcance do consumidor final e de fácil acesso.¹²

J.B Pinho define as atividades de *marketing* em quatro “ps”, derivados dos termos ingleses *product* (produto), *place* (distribuição), *price* (preço) e *promotion* (promoção). A publicidade estaria dentro da atividade de *promotion* ou *comunicação* que compreende “todo esforço de comunicação empreendido pela empresa para informar a existência do produto e promover as vendas, por meio de pessoal, publicidade, propaganda, relações publicas, merchandising, marketing direto, embalagem e promoção de vendas”.¹³

Como se nota, diversas são as formas de comunicação do fornecedor com o consumidor e, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha dado maior ênfase à publicidade devido à sua importância para o *marketing*, é certo que também cuidou de proteger o consumidor e o mercado como um todo contra qualquer prática mercadológica (i.e. de *marketing*) desleal, abusiva ou enganosa.

Além da publicidade propriamente, vale notar outro recurso mercadológico de grande importância para o estudo da defesa do consumidor, qual seja, a *promoção de vendas*. As promoções de vendas consistem em esforços de comunicação, utilizados em espaço e tempo determinados, junto aos estabelecimentos e consumidores, com o objetivo de agilizar e ampliar as vendas, incrementando o volume total consumidor ou imediatizando o consumo futuro.¹⁴

Da mesma forma que a publicidade, a promoção de vendas exerce grande influência no comportamento do consumidor e incentiva o consumo, uma vez que altera fundamentalmente a relação preço/valor do produto. Tal comunicação de *marketing* envolve ações promocionais das mais diversas formas, como ofertas, descontos e reduções

---

¹² Neste sentido considerações de SANT’ANNA, Armando, *ob. cit.*, p.18.

¹³ PINHO, J.B. *Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica*, Campinas: Papirus, 2001, p.35.

¹⁴ Walter Longo, *A importância da promoção no composto de marketing*, São Paulo: Atlas, 1985, p.353 *apud* J.B.Pinho, *Comunicação em marketing...*, p.52.

de preços, por meio de bonificações e programas de fidelidade, agrupamentos de produtos com reduções concedidas na compra do conjunto, cupons de descontos¹⁵, ofertas como “leve 3, pague 2” e “dúzia de 15”, *bonus pack* (quantidade adicional do produto em embalagem maior sem aumento de preço), *gift pack* (brinde acoplado ao produto), selos de troca, liquidações, queima de estoque e reduções relâmpagos válidas para um fim de semana. Também é comum atividades de distribuições de prêmios na forma de concursos ou sorteios¹⁶ ou ainda ações de demonstrações, degustações e amostras ou eventos promocionais.¹⁷

A publicidade clássica (oral, televisiva ou impressa) é o meio mais comum escolhido para levar ao conhecimento do consumidor a existência de certa promoção de venda, mas com essa técnica não se confunde. Tanto a publicidade quanto a promoção de vendas são parte dos esforços de promoção. A diferença está nos gêneros de ação e nos seus pontos de aplicação. A publicidade leva o consumidor ao produto, enquanto a promoção de vendas traz o produto ao consumidor. Aquela efetua a venda prévia na mente da clientela; esta atua sobre o consumidor no local da venda.¹⁸

Estas diferenças, tão bem delineadas pelos estudiosos do marketing parecem, porém, em nosso sentir, meramente formais para efeito de proteção jurídica do consumidor, pois, como dissemos, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com ambas as técnicas de *marketing*¹⁹. Assim, regulamentou o Código a publicidade comercial,

---

¹⁵ *Cuponagem* é ação de promoção de vendas que “consiste na distribuição de certificados de descontos, entregues ao consumidor por mala-direta, encartados em jornais e revistas ou aplicados na própria embalagem do produto” (PINHO, J.B., *Comunicação em marketing...*, p.59).

¹⁶ Segundo nos ensina PINHO, J.B. “os concursos exigem alguma habilidade, qualificação ou predicado dos seus participantes, ao passo que os sorteios baseiam-se fundamentalmente no fator sorte”. São técnicas usadas “tanto para criar o conhecimento do produto como para ajudar no reforço da imagem da marca”. O concurso, “vinculado ou não à compra de um produto, pede do participante a resposta a uma pergunta, a sugestão de um nome, a criação de um *jingle* ou *slogan*, o envio de uma foto, o desenvolvimento de uma redação ou dissertação”. (*Comunicação em marketing...*, p.60/61).

¹⁷ Os exemplos são de J.B.Pinheiro, *ob. cit.*, p.56/63. Importante notar que o uso de promoções de vendas está condicionado à legislação específica brasileira, em especial à Lei n. 5.768/1968 e ao Decreto n. 70.951/1972, que regulamentou a referida Lei, submetendo-se à aprovação da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

¹⁸ Neste sentido, SANT’ANNA, Armando. *Propaganda...*, p.24.

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vansconcellos e. *CBDC comentado...*, p.247, comenta que: “De todas essas técnicas de marketing, o Código cuidou, à abundância, só da publicidade. Mas, ao dar a esta uma

em seu sentido mais amplo (*qualquer informação de caráter publicitário* – art. 37) e ainda estipulou normas específicas às promoções de vendas ao arrolar extenso conjunto de práticas comerciais abusivas (artigo 39). Também tornou a oferta publicitária vinculante ao fornecedor, quando divulgar informação suficientemente precisa das condições de contratação (artigo 30).

No tratamento da publicidade enganosa, note-se que a *textualia* aberta do § 1º do artigo 37 do CDC alcança outras práticas mercadológicas que possam induzir o consumidor em erro, além, é claro, da clássica e tradicional publicidade televisiva ou impressa de jornais e revistas. Por esse dispositivo, adiante estudado detalhadamente, *qualquer informação de caráter publicitário* está sujeita ao controle de enganabilidade, inclusive as promoções de vendas levadas ao conhecimento do consumidor por meio de publicidades, embalagens, *folders*, cupons, etc., que porventura possam induzi-lo em erro em virtude de veiculação de falsa informação ou omissão de dados essenciais sobre as características da promoção. Da mesma forma se subsumem ao controle legal a chamada publicidade virtual, veiculada na Internet (*sites, e-mails, twitter, blogs*) ou por meio da conexão da Internet a dispositivos móveis (celulares e computadores), além dos conhecidos SMS enviados pelas prestadoras de serviços de telefonia.

Ou seja, além da própria publicidade, quaisquer estratégias de *marketing* direcionadas ao consumidor visando ao consumo de bens e serviços estão sujeitas ao controle de enganabilidade e abusividade dos artigos 36 a 38 do CDC.

1.3. Funções da publicidade

Se, originariamente, a publicidade poderia se apresentar com uma função eminentemente informativa – isto é, sua característica era dar conhecimento aos interessados da existência de certo produto ou serviço e o local onde poderia ser adquirido, – com a evolução da sociedade de consumo e aumento da competição entre as empresas fabricantes, a publicidade passou a representar um importante instrumento concorrencial. Tornou-se, assim, fundamental ferramenta na busca de novos clientes, o que criou uma

---

acepção extremamente ampla, acabou por permitir que seu tratamento ultrapassasse fronteiras, atingindo os outros tipos de manifestações mercadológicas, como as promoções de vendas” (*ob. cit.*, p.248).

mescla entre o caráter essencialmente informativo e os mecanismos para persuasão. Dia a dia, a publicidade passou a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais com vista para o convencimento do consumidor à aquisição de determinados produtos.

Assim, a partir do século XX, com o surgimento da sociedade de massa e avanço dos meios de comunicação (surgimento do rádio e televisão), a publicidade passa a adquirir também uma função de informar o consumidor com a finalidade precípua de estimular novas demandas; convencê-lo, por meio da persuasão, à aquisição de produtos e serviços. O caráter informativo da publicidade passa então a ser acompanhado de uma intensa função persuasiva. Ressaltam os publicitários de um modo geral que em um mercado de produção e comercialização massificado não bastaria à publicidade apenas informar sobre a existência de produtos; é importante que ele se torne atrativo para essa massa desconhecida e *a priori* desinteressada de consumidores, o que ocorre por meio do uso na publicidade de recursos emocionais e do enaltecimento dos benefícios e vantagens de produtos anunciados.

Com efeito, pontua Maria Elizabete Vilaça Lopes, que “conceito, universalmente, acatado, identifica a publicidade como o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço”. Sua função “consiste em ressaltar as qualidades do produto (ou serviço), persuadir pessoas a comprá-lo e recordar às pessoas que já o adquiriram que o podem fazer de novo”.²⁰

Armando Sant’anna ao mencionar as funções da publicidade observa que “o propósito do anúncio não é unicamente ser visto; tampouco fazer-se ler ou ouvir. Seu propósito é transmitir informações e criar atitudes acerca do produto de tal forma que o consumidor fique predisposto a comprá-lo”. Ressalta, ainda que a publicidade “também é conhecimento, dando maior identidade ao produto e à empresa; torna os benefícios e vantagens do produto conhecidos e aumenta a convicção racional ou emocional do consumidor em relação ao produto”.²¹

---

²⁰ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade*, RDC, vol.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.151.

²¹ SANT’ANNA, Armando. *Propaganda...*, p.122.

Toda publicidade, portanto, é de algum modo tendenciosa, na medida em que informa com a finalidade específica de vender, de fixar uma marca ou até mesmo criar estilos de vida (e não desinteressadamente). Na comunicação publicitária sabemos que a informação não se reveste de neutralidade; ela é sempre sugestiva para atingir o seu objetivo de compra, o que, na sociedade moderna, leva-nos a reconhecer uma certa sobreposição da função persuasiva à informativa, natural dessa técnica de mercado.²²

De modo a coibir os possíveis abusos que podem decorrer dessa técnica de persuasão dos consumidores, o Direito reconhece e impõe limites ao uso da publicidade. Estabelece, pois, a vinculatividade das informações prestadas, bem como proíbe o uso de artifícios enganosos (30, 36 e 37 CDC). Ressalta Elizabete Lopes, “o afã de salientar as qualidades do produto pode levar a distorções, para as quais o legislador tem de voltar a sua atenção”.²³ Convencer, sim, mas não a qualquer custo.

Ao operador do direito incumbe, portanto, o dever de identificar formas de harmonizar as relações de consumo considerando, de um lado, a inerente utilização da técnica de convencimento na publicidade (sua sugestividade) e, de outro, os direitos dos consumidores de não serem enganados ou agredidos por certa comunicação publicitária, preservando-lhes direitos básicos neste processo de comunicação.

---

²² Neste sentido, observa a doutrina “... quer parecer que a publicidade comercial tenha por principal característica a persuasão. É que a publicidade comercial, como ato de comunicação, está predisposta à realização de uma finalidade: a promoção do consumo. Nessa trilha o resultado pretendido é concretizado quando a mensagem incute no consumidor, direta ou indiretamente, o desejo de comprar. Exerce, pois, função empática, de fazer o consumidor aceitar o produto ou serviço. Para atingir essa meta, a linguagem publicitária, eminentemente persuasiva, utiliza a informação. Essa informação, no entanto, não é veiculada de maneira anódina, imparcial. Ao contrário, as características e demais aspectos do produto, objeto da informação, são manipulados (“a verdade bem dita”) ou, em outras palavras, operacionalizados à vista do fim que pretendem concretizar”. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na constituição de 1988*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.25-26). E ainda: LOPEZ, Teresa Ancona: “A principal finalidade da mensagem publicitária no mundo contemporâneo é estimular os consumidores em potencial. (...) As informações ficam em segundo plano. Em suma, há duplo papel na publicidade contemporânea, ou seja, ela tem finalidade principal de despertar o desejo de consumo e ao mesmo tempo informar sobre os bens e serviços”. E conclui a jurista citando Pasqualotto “mas entre a publicidade e a informação dos consumidores existe um conflito de interesses que deve ser superado pelas observâncias de regras de interesse público, honestidade e lealdade”. (*Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.117). No mesmo sentido, a respeito do papel secundário da função informativa na publicidade, v. doutrina citada em rodapé n.272 (*infra*), item 4.2.3.2 do Capítulo 4º (“Publicidade e o alcance do dever de informar”).

²³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade...*, p.151.

Publicidade e defesa do consumidor não devem ser vistos, portanto, como entes conflitantes. A publicidade é protegida na medida em que o Direito purifica o mercado dos excessos e, purificando-o, fortalece, por via transversa, o próprio papel do *marketing* e da publicidade na moderna sociedade.²⁴ Por seu turno, o Direito, evidentemente, não ignora – e nem poderia ignorar – a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico²⁵, seja como motor da dinâmica competitiva, inovação e redução do custo unitário dos produtos, seja ainda como importante fonte de receita dos veículos de comunicação (jornais, rádios, televisões).

O incremento do progresso de um país está vinculado ao atendimento das necessidades de seus habitantes e, neste aspecto, a publicidade desenvolve papel econômico de auxiliar na venda de produtos e serviços. Talvez por esta razão que se reconheça que não há sociedade de consumo sem publicidade.²⁶ Os abusos, no entanto, devem ser coibidos, não só no âmbito do consumidor, mas também sob o aspecto de preservação e cuidado com o meio ambiente. A produção deve estar atenta também aos valores ambientais que, na atualidade, mais do que nunca, surgem como fundamentais e dignos de proteção em nossa sociedade. A publicidade deve cumprir suas funções de informar, persuadir e vender produtos e serviços, mas tudo isto, de forma sustentável e responsável, sem incorrer em abusos e enganosidades.

1.4. Agentes da publicidade (anunciante, agência de publicidade e veículos)

A atividade publicitária envolve a participação de basicamente três agentes: o anunciante, a agência de publicidade e os veículos de comunicação. O anunciante é o fornecedor, a empresa interessada em promover a venda de seu produto ou serviço. É o primeiro agente do processo de publicidade e o principal responsável pela sua realização.

---

²⁴ Sobre a compatibilização *marketing* e direito do consumidor, v. BENJAMIN, *ob. cit.*, p.251.

²⁵ Como adverte SANT’ANNA, Armando: “sem publicidade não teria havido a possibilidade de consumo estável que determinou a fabricação em série, cujo segredo é produzir em grandes quantidades, a fim de reduzir custos unitários. Assim, o que se gasta em publicidade é apenas uma fração mínima do que se teria que gastar por unidade fabricada, não fosse a produção em série. Em resumo, a publicidade é uma fonte de economia para os produtores e de benefícios para os consumidores”(ob. cit., p.76).

²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC comentado...*, p.299.

A agência de publicidade é a empresa ou pessoa responsável em planejar, criar e distribuir a publicidade daqueles que a contratam (i.e. de seus clientes anunciantes). O veículo é o meio de comunicação que leva a mensagem publicitária aos consumidores.

A Lei federal nº 4.680/1965, regulamentada pelo Decreto nº 57.690/1966 define agência de propaganda como “a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, que, através de profissionais e seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta dos clientes-anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito das organizações e instituições colocadas a serviço desse mesmo público”. Note-se que a própria lei utiliza indistintamente os termos propaganda e publicidade, confirmando o comentário feito acima de que estas palavras, muitas vezes, são utilizadas como sinônimos.

As *agências de propaganda* apresentam, portanto, como principais funções “o planejamento da comunicação publicitária de seus clientes, a criação das mensagens e a posterior produção das peças publicitárias, o estudo e a determinação das melhores alternativas na seleção dos veículos, o encaminhamento para veiculação das peças produzidas e a aferição final dos resultados de todo esse esforço e do investimento do cliente”.²⁷ No âmbito dessas tarefas, a maior delas é criar uma publicidade que atraia a atenção do público-alvo para que se torne eficaz no mercado. Segundo Armando Sant’anna “é função da agência garantir ao máximo a eficiência e rendimentos das campanhas”.²⁸ Na atualidade, as agências de publicidade exercem um relevante papel, pois, diante da enorme concorrência entre as empresas, tornou-se praticamente inconcebível a produção de uma campanha publicitária sem a contratação de uma agência especializada pelo anunciante.

---

²⁷ PINHO, J.B., *ob. cit.*, p.256. Importante notar que dentro dessa cadeia há ainda a figura dos *fornecedores e produtores* que são pessoas e empresas especializadas na produção das peças (anúncios, cartazes, comerciais, fonogramas, etc.) de propaganda, trabalho que realizam diretamente para os anunciantes ou por intermediação e sob coordenação das agências de publicidade. Vale dizer, as produtoras e os fornecedores especializados em propaganda são empresas (e mesmo pessoas físicas) que dão forma final às mensagens publicitárias criadas pela agência e que prestam algum tipo de trabalho especializado em qualquer um dos momentos do processo publicitário (Neste sentido, SAMPAIO, Rafael, *Propaganda de A a Z*, 3º ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p.47 e 75).

²⁸ SANT’ANNA, Armando. *Propaganda...*, p.242.

Os *veículos de comunicação*, por sua vez, são os meios colocados à disposição do anunciante para divulgar a publicidade aos consumidores. Também denominado *mídia*, que deriva do latim *media* (plural de *medium*) e significa “meios”, os veículos, na definição de J.B. Pinho, dividem-se basicamente em três: *mídia impressa* (jornais, revistas e *outdoor*); *mídia eletrônica* (rádio, televisão aberta e por assinatura, cinema) e, mais recentemente, *mídia interativa* (Internet).²⁹ Esta última (interativa) além de ser uma opção cada vez mais crescente de *mídia* publicitária, representa um misto de meio de comunicação e sistema de vendas. O *outdoor*, que em português quer significar publicidade exterior ou externa, consiste em *mídia impressa* que leva em conta luminosos, painéis ou cartazes. Também é comum verificar o que se chamou de *busdoor*, painéis fixados na lateral ou na parte traseira dos ônibus, na atualidade também observado em metrô, táxis, carros de empresa e caminhões de entrega.

Armando Sant’anna³⁰, por sua vez, divide as mídias em i) veículos visuais (para serem lidos ou vistos), nos quais se incluem imprensa (jornais, revistas e periódicos especializados), *outdoor*, publicidade direta (prospectos, folhetos, cartas, catálogos e congêneres) e exposições (displays, vitrines e exposições); ii) veículos auditivos (para serem ouvidos), como o rádio e auto-falantes; iii) veículos audiovisuais (para serem ouvidos e vistos), que englobam televisão, cinema e audiovisual (slides ou VT) e; iv) veículos funcionais (para desempenhar uma dada função), como as amostras, brindes e concursos.

A escolha certa do veículo é decisiva para se atingir o público-alvo desejado. A campanha publicitária pode envolver um ou mais veículos. A utilização de diversos meios de comunicação para atingir um objetivo publicitário denomina-se, tecnicamente, de campanha de propaganda *multimídia* (ou *media mix* ou *cross media*).³¹ Os publicitários ressaltam que “a idéia fundamental por trás dessa estratégia é a de que podem ser necessárias várias mensagens diferentes, empregando diversas mídias, de forma a fazer com que as mensagens complementem e/ou reforcem umas às outras e para que se obtenha

---

²⁹ PINHO, J.B., *Comunicação...*, p.186.

³⁰ SANT’ANNA, Armando *Propaganda...*, ob. cit., p.194/195.

³¹ Neste sentido SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*, 3º ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p.91.

o necessário impacto e frequência de mídia junto ao *target* pelo somatório de sua exposição a vários meios/veículos em momentos diferentes”.³²

Como veremos no Capítulo 4º deste trabalho, o tipo de veículo de comunicação utilizado pelo anunciante é critério fundamental na definição do círculo de destinatários atingidos pela mensagem publicitária para fins de análise do potencial enganoso ou abusivo de certa publicidade. Além disso, a relação entre anunciante, agência de publicidade e veículo também será importante para o estudo desenvolvido no Capítulo 6º deste trabalho, quando então será analisada a responsabilidade civil destes três agentes da publicidade na hipótese do ilícito de enganabilidade ou abusividade (CDC 37).

1.5. Etapas da elaboração da campanha publicitária: criação, produção e execução

A criação de uma publicidade ou campanha publicitária inicia-se com o resumo (*briefing*). O *briefing* consiste em todas as informações e instruções preliminares que o anunciante fornece à agência para orientar seus trabalhos. É com base nele e demais dados obtidos em pesquisas que se esboça o planejamento publicitário. O *briefing* representa o resultado final de uma fase de estudos e “deve conter as informações a respeito do produto, do mercado, do consumidor, da empresa e os objetivos do cliente”.³³

A partir do *briefing*, passa-se à criação propriamente da publicidade pela agência de propaganda (planejamento publicitário), chegando-se a um *esboço da campanha*. O esboço “é um desenho superficial do anúncio onde se indica esquematicamente a posição dos elementos constitutivos do mesmo, como título, ilustração, texto, assinatura”³⁴ e *slogan*.

---

³² SAMPAIO, Rafael, *ob. cit.*, p.91.

³³ SANT’ANNA, Armando, *ob. cit.*, p.106.

³⁴ MALANGA, Eugênio, *ob. cit.*, p.52. Segundo ainda este publicitário: “um bom anúncio não é aquele bonito, mas que tem originalidade e preenche a finalidade a que se destina, e que contém uma mensagem capaz de despertar a atenção desejada sobre determinado produto”.

Superada a fase de criação é preciso elaborar a publicidade. A produção, na definição de MALANGA “é a fase que se inicia com seu desenho e termina no clichê, fotolito ou retofilme”³⁵, vale dizer, na arte final ou *layout* da publicidade tal como ela deve ser divulgada. Aprovado o *layout* pelo cliente anunciante, passa-se então a execução e distribuição da publicidade nos veículos de comunicação escolhidos.

Neste particular, importante destacar que, na atualidade, mais do que nunca, uma campanha publicitária não pode ser vista como uma atividade estática, mas, sim, extremamente dinâmica e cuidadosamente acompanhada ao longo de sua execução. Com efeito, a peça publicitária se estende (para determinados meios de comunicação) e se modifica de acordo com um plano publicitário pré-definido, mas também a partir do sucesso da peça publicitária perante o público e a evolução das vendas do produto. Não raro, verifica-se que uma peça publicitária pode se desabrochar em diversos atos, permanecendo no ar por meses e anos (e.g. famosa publicidade da palha de aço Bom Bril), renovando-se em uma constante interação com o público. No caso de produtos novos, também é comum que uma publicidade seja veiculada em várias fases, na busca da construção de verdadeiro diálogo com o seu consumidor (e.g. peças publicitárias que primeiro anunciam o produto; depois criam momentos de interação com consumidor, propondo-lhes desafios ou experimentações até, então, consolidar-se como marca e opção ao consumidor).

---

³⁵ MALANGA, Eugênio, *ob. cit.*, p.54.

CAPÍTULO 2º

PUBLICIDADE. DISCIPLINA JURÍDICA. CONTROLE

2.1. Publicidade e seu regime jurídico: a publicidade como livre iniciativa e liberdade de expressão

A publicidade como vimos é o conjunto de atividades de comunicação de massa que informa o consumidor sobre a existência de produtos e serviços com o objetivo de fixar a marca ou promover estilos de vida, bem como e – sobretudo – estimular sua aquisição. No Brasil, a liberdade de fazer publicidade encontra proteção constitucional sob dois principais aspectos: i) como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput* e § único CF/88), e pela livre concorrência (artigo 170 IV CF/88); e ii) pelo princípio da liberdade de expressão (artigos 5º IX e 220 CF/88).

Com efeito, a publicidade, como dissemos, goza de uma primordial característica econômica. Particularmente no período pós Segunda Guerra Mundial, com o grande desenvolvimento da indústria e meios de comunicação, quando, ademais, as incursões publicitárias passam a ser estudadas e trabalhadas com vistas a atingir um número cada vez maior de pessoas (consumidores em uma sociedade de massa), a comunicação publicitária materializa-se definitivamente como importante ferramenta para a *dinâmica de mercado* e para a *competição entre os agentes econômicos*. Neste particular, lembra Adalberto Pasqualotto que as mudanças de mercado decorrentes dessa época “exigiram da publicidade uma nova função: a de orientar o consumo, estimulado necessidades e provocando demanda. Ela se transformou, ao mesmo tempo, na alma do comércio e no principal instrumento das empresas na luta concorrencial”.³⁶

---

³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 28-29. Observam ainda os italianos que a publicidade deixa de ser um elemento subsidiário no mercado para tornar-se mesmo necessária e inevitável: “Alla luce dell’attuale sviluppo del fenomeno industriale, la pubblicità sembra inserirsi nel processo globale non già come elemento sussidiario, bensì come fattore necessario ed inevitabile. È questo il caso di quelle attività pubblicitarie che abbracciano il momento produttivo a monte, attraverso l’analisi del mercato (con la individuazione dei bisogni emergenti e l’anticipazione di quelli latenti) ed a valle, elaborando strategie promozionali, al fine dell’affermazione del prodotto a livello di mercato. Per i generi di larghissimo consumo (ad esempio, acque minerali, dentrifici ed altri) l’informazione pubblicitaria assume un rango ancora più

Pode-se dizer que nesse período, ou até mesmo um pouco antes³⁷, a publicidade deixa de apresentar uma função meramente informativa para então assumir também uma função persuasiva, i.e., incentivar o consumo de bens e serviços; criar novas demandas. Mais do que isso, a publicidade se revela instrumento essencial para a entrada, conquista e manutenção de fatias de mercado pelas empresas. É através da publicidade que os fornecedores buscam criar uma diferenciação de seus produtos e serviços em relação aos de seus concorrentes e, assim, influenciar a preferência e escolha dos consumidores.³⁸

A função econômica exercida pela publicidade tornou-se tão importante que é difícil imaginar o surgimento de um novo agente econômico, ou mesmo o simples lançamento de um novo produto, sem que estejam atrelados a investimentos publicitários, não sendo exagero dizer que competir é anunciar.³⁹ Não fosse isso, os recursos

---

elevato in tutte quelle ipotesi in cui riesce a determinare l'affermazione di un prodotto rispetto ad altri all'interno di un mercato ormai saturo" (VIGNUDELLI, Aljs. *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*. Rimini: Maggioli, 1983, p. 80).

³⁷ BENJAMIN relata-nos (O controle jurídico da publicidade, *Direito do Consumidor*, vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27) que "até os anos 20, a publicidade era fundamentalmente informativa, contendo dados e elementos sobre produtos e serviços, com isso introduzindo novos bens, familiarizando o consumidor com marcas nacionais e o educando sobre sua destinação e utilidade. No período de 1920 a 1950, a publicidade informativa declinou significativamente, sendo, gradativa e crescentemente, substituída pela publicidade de estilo de vida ("lifestyle advertising") (citando Ronald K.L.Collins e David M. Skover).

³⁸ Neste sentido, entende também BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos., *O controle jurídico da publicidade*, Revista Direito do Consumidor, vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.32/33.

³⁹ Especificamente analisando a relação entre direito da concorrência e publicidade, traçando um histórico acerca do debate das doutrinas econômicas sobre o tema, cf. MADRENAS i BOADAS, Carme. *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal: La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1990, pp. 60-70, especificamente p. 68: "Podrían sintetizarse las divergencias en la valoración de la publicidad del siguiente modo. Para la Escuela de KALDOR, BAIN y COMANOR & WILSON la publicidad aumenta el poder de mercado: aumenta la diferenciación de los productos; reduce la elasticidad de los precios, permitiendo a las empresas elevar los precios; altos niveles de publicidad llevan a niveles de beneficios más altos y a grados mayores de concentración; altos niveles de publicidad llevan a una mayor proliferación de marcas de las empresas establecidas, cerrando la entrada a nuevas empresas; la publicidad hace aumentar la demanda primaria y el consumo agregado. Según la Escuela de STIGLER, TELSER y NELSON, la publicidad favorece la competencia: aumenta la información y no tiene ningún efecto sobre la diferenciación de los productos; aumenta la elasticidad de los precios, llevando a precios más bajos; son los mayores beneficios de las empresas los que conducen a mayores niveles de publicidad, y no a la inversa; niveles más altos de publicidad no conducen a niveles más altos de concentración; la introducción de nuevos productos exige niveles más altos de publicidad para facilitar la entrada a nuevas empresas y sus marcas; los efectos de la publicidad sobre la demanda primaria no están claros, ni tampoco sus efectos sobre el consumo agregado (aunque no siempre existe divergencia entre las dos escuelas respecto a estas dos últimas cuestiones)".

publicitários são ainda responsáveis pela independência econômica de muitos veículos de comunicação.⁴⁰

Destarte, à luz de sua função como ferramenta comercial dos agentes econômicos para o desenvolvimento de suas atividades e ganhos de mercado, a publicidade alcança proteção constitucional por força dos princípios informadores da ordem econômica previstos no artigo 170, quais sejam, a *livre iniciativa* e a *livre-concorrência* (*caput* e inciso IV, respectivamente)⁴¹, dispondo ainda no seu parágrafo único “ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. No caso específico da livre iniciativa, mais do que um princípio, foi elevada pela CF/88 a também fundamento da ordem econômica (art.170) e da própria República ao lado da valorização do trabalho (art.1º IV), sendo certo, por conseguinte, que a proteção constitucional da publicidade a partir destas normas constitucionais dialoga com os pilares básicos da nossa ordem jurídico-social.

De modo suplementar, a proteção constitucional da publicidade pode ser vista a partir da proteção à liberdade de expressão, uma vez que, em certa medida, as peças publicitárias consistem em manifestações criativas do intelecto humano. Com efeito, embora apresentem finalidade comercial, as peças publicitárias são expressões de arte⁴², consubstanciando-se em retrato cultural, crítico ou descritivo do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade, particularmente no mundo contemporâneo.

---

⁴⁰ A importante função econômica exercida pela publicidade é reconhecida pela doutrina de BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos: “outro dado revelador da relevância da publicidade é o volume de recursos que movimenta, desempenhando, em contrapartida, uma enorme força econômica na manutenção – sobrevivência mesmo – dos meios de comunicação e na vida cultural do país, total ou parcialmente financiados com recursos publicitários” (*O controle jurídico da publicidade...*, p.29/30).

⁴¹ “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) iv- livre concorrência”.

⁴² Cf., nesse sentido, e.g., CARPENA, Heloisa: “Com efeito, o objetivo comercial não macula o discurso publicitário, não o desabilita à proteção contra a censura estatal visto que constitui, sem dúvida alguma, pura expressão do pensamento e da criatividade humana” (Prevenção de Riscos no controle da Publicidade Abusiva, *Revista Direito do Consumidor*, nº35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2000, p.126). Segundo ainda JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 95: “A publicidade poderia ser definida, então, como a *arte* de criar necessidades”.

A publicidade, enquanto criação artística, utiliza-se de uma linguagem específica. Ela “usa da palavra de uma maneira mágica, clamorosa”⁴³; apela para as emoções, fantasias, imagens e sátira. Como observam os franceses, “em realidade, a publicidade é claramente uma atividade de espírito que conduz a realizações concretas e muito frequentemente artísticas”.⁴⁴ A publicidade consiste, assim, em atividade que informa o consumidor sobre a existência de produtos e serviços com a finalidade de vendê-los, mas que, doutra senda, também encerra manifestação elaborada do intelecto humano em sons e imagens.

Se, a despeito de sua natureza predominantemente comercial (enquanto atividade econômica no exercício da livre iniciativa), a publicidade é, porém, também uma forma de expressão da atividade intelectual, artística, de informação e de comunicação⁴⁵, claro está que a mesma encontra proteção constitucional nas garantias à liberdade de expressão e informação⁴⁶, em especial, aquelas trazidas nos artigos 5º, IX e 220 da Carta Magna.⁴⁷

---

⁴³ CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 212.

⁴⁴ BIGOT, Christophe. *Droit de la création publicitaire*, Paris, Editions LGDJ, Paris, 1997, p.1: “en réalité, la publicité est à l’évidence une activité de l’esprit qui conduit à des réalisations concrètes et le plus souvent artistiques”.

⁴⁵ Neste sentido, GUIMARÃES, Paulo Jorge Sacartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 103.

⁴⁶ A doutrina especializada na matéria também reconhece a inter-relação existente entre *publicidade e liberdade de expressão*. Neste sentido, V., e.g., SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A Publicidade Ilícita...*, *ob. cit.*, p.103. Ainda, reconhecendo o caráter artístico-comunicacional da publicidade: “Diz Loren Smith que ‘... a informação é essencial na vida dos indivíduos, bem como prejudiciais são os obstáculos à comunicação das mensagens que necessariamente devem ser passadas ao público’. Pensa ainda que a publicidade e a propaganda precisam existir, argumentando que ‘... o contrário seria negar o acesso à informação às pessoas, comprometendo o sentido dos conceitos de liberdade e democracia’, e conclui seu pensamento com a idéia de que não se pode separar a publicidade da liberdade de expressão” (apud CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: Responsabilidade Civil perante o Consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 282). E também FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: “a liberdade de expressão alcança a atividade de propaganda comercial enquanto atividade própria de veiculação de informações sobre bens e serviços, por intermédio de meios externos de publicidade”. (parecer in *Garantias Constitucionais à liberdade de expressão*, CONAR, São Paulo: CONAR, 2000, p.18). Na doutrina estrangeira, vale mencionar o trabalho de VIGNUDELLI, Aljs. *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*. Rimini: Maggioli, 1983, especificamente pgs. 82 e ss. com o tópico: “La pubblicità come manifestazione del pensiero”.

⁴⁷ “Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou crítica”. “Art.220 - a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Neste particular, note-se que o artigo 220, em seu § 4º, ao regulamentar a publicidade comercial de produtos potencialmente nocivos acaba por reconhecer ser a publicidade forma de manifestação da liberdade de expressão e informação. É, pois, atividade de informação que pode ser exercida livremente (art.220), salvo restrições legais previamente dispostas na própria Carta Magna.⁴⁸

Desta feita, verifica-se que o exercício da publicidade à luz de suas duas facetas principais, quais sejam, “*expressiva e econômica*”⁴⁹, recebe, conseqüentemente, uma dupla proteção no ordenamento jurídico pátrio, notadamente à luz da Constituição Federal de 1988. A publicidade é protegida no que tange tanto à sua expressão como liberdade de iniciativa inserida na ordem econômica, quanto como expressão intelectual, que reúne e dá vazão, através da combinação de sons, imagens e mensagens, aos sentimentos de uma determinada sociedade.

Contudo, a despeito da ampla proteção constitucional, importante sempre lembrar que o exercício da atividade publicitária não é ilimitado, muito ao contrário. Como sabemos, a própria Constituição cuidou de prever *restrições* à veiculação publicitária, em especial no que tange à publicidade de produtos potencialmente prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores (art. 220 § 3º) ou de cujo uso se presume efeitos nocivos como é o caso dos produtos listados no § 4º do art. 220 (i.e. tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias). A Constituição Federal também impôs expressamente o dever de compatibilização do exercício da livre iniciativa com os direitos dos consumidores (art.170 V).

---

⁴⁸ As restrições à publicidade estão previstas nos §§ 3º e 4º do Art. 220 da CF, além, é claro, da proibição à toda publicidade enganosa e abusiva (art.37,CDC) em compatibilização dessa atividade com os direitos dos consumidores, nos termos do artigo 170, inciso V da CF/88.

⁴⁹ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão*, Coimbra, 2002, p. 450. No mesmo sentido, a doutrina de Teresa Ancona Lopez: “A publicidade é protegida na Constituição Federal de 1988, como uma das formas de comunicação social, tanto que em seu artigo 220, § 4º, dispõe sobre as possíveis restrições à propaganda. Como comunicação supõe a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. Em suma, faz parte do exercício da democracia a veiculação de publicidade, como expressão da liberdade econômica (livre iniciativa e livre concorrência), somente encontrando limites da proteção do mais fraco” (LOPEZ, Teresa Ancona *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 116).

Vale dizer, a publicidade tem o dever genérico de não enganar e de não abusar do público consumidor (170 V CF e 37 CDC) e, no que tange aos produtos potencialmente nocivos deve ainda respeitar a normatização específica, regulamentada em lei federal (§§ 3º e 4º do artigo 220 CF). O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica poderá exercer intervenções na livre iniciativa e, pois, cumprir sua função de fiscalização (artigo 174 CF).

Mas é certo que se, de um lado, a Constituição Federal impôs restrições ao exercício da publicidade, de outro, não podemos nos esquecer que ela a protegeu, ao assegurar ser livre o exercício de qualquer atividade econômica (livre iniciativa como fundamento da ordem econômica), bem como ao resguardar a liberdade de expressão e informação. Com isso quer-se chamar a atenção para o fato de que eventuais restrições ao exercício da publicidade devem ser razoáveis e proporcionais, sob pena de caminharmos para uma nociva ingerência do Estado no desenvolvimento livre da sociedade, tanto no seu aspecto econômico quanto intelectual.⁵⁰

A imposição de restrições que caminhem para o próprio banimento da publicidade ou mesmo a sua proibição, acaba por influenciar na liberdade de escolha e autodeterminação dos consumidores, que, ademais, ficam privados do seu direito à informação (de se informarem e de serem informados também sobre eventuais riscos). Nesse passo, parece-nos que a *excessiva* ingerência do Estado na tutela do consumidor

---

⁵⁰ A respeito da intervenção mínima do Estado na liberdade das empresas, CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia (*Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor...*, p.285), pontua que: “Impossível, porém, é deixar de sublinhar a enorme dificuldade existente para se estabelecer uma distinção precisa entre os direitos da personalidade do consumidor – sua privacidade, seu nome, sua imagem, seu direito à informação, à sua dignidade -, além da confiança depositada numa pessoa ou numa empresa etc., e a liberdade de expressão comercial que é conferida à empresa de poder ingressar nos mercados existentes, oferecendo os produtos e serviços ao público em geral, para que se possa identificar a partir de que ponto o exercício dessa liberdade passa a ferir os direitos do indivíduo. As noções de liberdade e de abuso se contrapõem, servindo de parâmetro para a caracterização do exercício normal do direito em contrapartida ao ato ilícito, reprovável e formador de responsabilidade civil. Os empreendedores desempenham o papel de força motriz do capitalismo; atuam em processos econômicos viabilizando a inovação e a descoberta. O excesso de centralização na burocracia estatal e de intervenção do Estado no mercado pode comprometer em muito a eficiência do mercado, desde a distribuição de renda, do mercado de trabalho, até o acesso aos bens de consumo. Os ajustes a serem feitos pelo Estado devem ser medidos por uma intervenção mínima necessária, respeitando paradigmas jurídicos alternativos à lei”. No mesmo sentido, entendendo pela intervenção mínima do Estado na publicidade, MACHADO, Jônatas, observa que “elevadas exigências neste domínio (podem) acabar por desencorajar a expressão publicitária, restringindo a circulação da informação no setor em causa”. (*Liberdade de Expressão*, Coimbra: 2002, p. 463).

poderá conduzir a uma indesejada, e até mesmo inconstitucional, substituição da lei à liberdade do indivíduo, como se este fosse incapaz de tomar suas decisões.⁵¹

2.2. Publicidade e seu controle

A publicidade é atividade de informar o consumidor sobre produtos e serviços com o escopo de estimular o seu consumo. Como vimos no capítulo anterior, é atividade lícita, protegida constitucionalmente, porém, não ilimitada, sujeitando-se ao controle voluntário (privado) e/ou Estatal em relação aos possíveis abusos praticados. O sistema de controle da publicidade pode ocorrer de forma privada, por meio da autorregulamentação da atividade pelos próprios agentes do mercado ou por meio do Estado, hipótese em que incumbe ao Estado a promulgação das normas que regem a atividade e a sua fiscalização, ou ainda de forma mista, no qual esses dois sistemas convivem perfeitamente.

A escolha do Brasil, assim como da maior parte dos países no mundo, foi pelo sistema misto, a partir do qual tanto os agentes privados quanto o Estado controlam os eventuais abusos publicitários. O controle auto-regulamentar existe no Brasil desde 1978 e devido à sua importância para o mercado e para os consumidores cumpre tecer algumas considerações sobre o seu funcionamento a partir da atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o conhecido CONAR.

---

⁵¹ LOPEZ, Teresa Ancona, ao discorrer sobre a liberdade do indivíduo e os possíveis danos advindos do uso do cigarro a jurista coloca ao magistrado a pergunta se houve informação sobre os possíveis danos visto tratar-se de substância potencialmente nociva e, se houve, conclui que a adesão ao vício foi uma escolha livre e consciente. E ainda: “Houve a opção ao tabaco, no uso do livre arbítrio pelo fumante. É importante que seja assim. Ninguém é obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A liberdade é o maior bem de uma sociedade que se diz democrática. Liberdade essa que deve ser garantida pelo Estado e que encontra seu fundamento no art.3º, I, da CF, pois um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além do direito à liberdade estar consagrado no “caput” do seu artigo 5º. Porém, sabemos que o uso da liberdade deve estar jungido a responsabilidade, sob pena de sermos considerados todos incapazes” (*Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.162). No mesmo sentido, encontramos FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: “ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação” (*Garantias Constitucionais à liberdade de expressão*, CONAR, São Paulo: CONAR, 2000, p.12).

2.2.1. O controle autorregulamentar da publicidade

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) surgiu no final do anos 70 em um contexto em que o governo federal buscava criar um sistema de censura prévia à publicidade. Em resposta à essa ameaça, os agentes do mercado publicitário criaram um sistema de auto-regulamentação do setor, com a finalidade de zelar pela liberdade de expressão comercial e pela ética na publicidade, defendendo, ao mesmo tempo, os interesses dos profissionais e dos consumidores.

O Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CARP) foi aprovado em 1978 durante o III Congresso brasileiro de Propaganda e, logo depois, em 05.05.1980, foi constituído o CONAR, sociedade civil sem fins lucrativos, fundada por associações de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, com a finalidade de executar e fiscalizar as suas normas éticas. Incumbe ao CONAR, dentre outras finalidades, “zelar pela comunicação social, sob todas as formas de propaganda” e “funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas” (artigo 5º do seu Estatuto Social). É a instituição privada por excelência que fiscaliza a ética na propaganda comercial veiculada no Brasil, norteador-se pelas disposições contidas no seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Sua composição divide-se em três órgãos: Conselho Superior, Diretoria Executiva e Conselho de Ética. O Conselho Superior consiste no órgão normativo do CONAR e é também responsável em eleger a Diretoria Executiva. A Diretoria Executiva, por sua vez, exerce a função de administração da sociedade civil. O Conselho de Ética é o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à observância e cumprimento do Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), ou seja em recomendar a suspensão de publicidades em desacordo com ética publicitária. É composto por profissionais da área publicitária e membros da sociedade civil, que constituirão 6 câmaras de julgamento, sendo três em São Paulo, e as outras três no Rio de Janeiro, Brasília e Porto Alegre.

Havendo a veiculação de publicidade em violação às normas do seu Código Ético (CBARP), o Conselho de Ética poderá aplicar as seguintes sanções: a) advertência ao

anunciante e sua agência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio e; d) divulgação pública (na mídia) da posição do CONAR em relação ao anunciante, agência e ao veículo na hipótese do não acatamento das medidas e providências recomendadas (art.50 CBARP e art.61 do Estatuto Social). A sustação do anúncio pelo membro do Conselho de Ética, *ad referendum* da Câmara ou do Plenário, poderá se dar por medida liminar, nas hipóteses do artigo 30 do Regimento Interno do Conselho de Ética – RICE⁵².

A atuação do CONAR no controle e fiscalização da ética da propaganda comercial mostrou-se fundamental nestes 28 anos de sua existência, tanto para o mercado quanto para os consumidores, verificando-se milhares decisões recomendando a sustação ou alteração de publicidades. Não se ignora, assim, a importância e a eficiência do controle privado exercido pelo CONAR, pois, não obstante as suas normas não terem o caráter coercitivo da Lei, a verdade é que as suas recomendações são efetivamente respeitadas e acatadas pelos profissionais da área.⁵³

As normas do Código de Autorregulamentação publicitária encontram-se, ademais, em absoluta harmonia com o texto do Código de Defesa do Consumidor e não raras vezes servem de subsídios para o aplicador Direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária (são 50 artigos e 20 Anexos).

A crítica que se coloca ao controle *exclusivamente* privado se dá justamente pelo fato de as decisões do CONAR só obrigarem os signatários de tal sistema de controle, não vinculando todos os agentes do mercado. Suas normas éticas, como dissemos, não são normas jurídicas, faltando-lhes o caráter de generalidade e coercitividade que somente a

---

⁵² “Art.30. A Medida liminar é cabível quando: – Houver justo receio de que a reprovação do anúncio – ao tempo do julgamento pela Câmara ou pelo Plenário – possa resultar ineficaz; II – A infração ética configurar flagrante abuso da liberdade de expressão comercial, ou provocar clamor social capaz de desabonar a ética da atividade publicitária, ou possa implicar grave risco ou prejuízo do consumidor; III – A infração ética imputada ao anúncio for objeto de súmula de jurisprudência do CONAR; IV – O anúncio, já reprovado pelo Conselho de Ética, voltar a ser veiculado, ainda que com variações e apresente a(s) mesma(s) infração(ões) que lhe tenha(m) sido imputada(s)”.

⁵³ Segundo relato do presidente do CONAR, Gilberto Leifert, até hoje apenas 7 decisões do CONAR foram questionadas no Poder Judiciário, e todas elas foram confirmadas em favor do órgão autoregular (palestra proferida no seminário “Marketing Legal” promovido pela Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, sob o título “A autorregulamentação é um caminho positivo para toda a sociedade”, em Outubro de 2007).

Lei e os atos estatais possuem. Há ainda objeções, como as exaradas por BENJAMIN⁵⁴, no sentido de que o controle autorregulamentar não se exerceria sob o ângulo do direito do consumidor, mas agregando-se à essa preocupação outras que pouco se relacionam com as relações de consumo, como aquelas relativas à concorrência leal e à moralidade.

A despeito da inegável importância do CONAR, inclusive para proteção dos direitos dos consumidores, tendo em vista a agilidade de suas decisões, não podemos ignorar que, como entidade privada, aquele órgão não exerce “poder de polícia” para multar os anunciantes e/ou fiscalizar a colocação de produtos e serviços no mercado. O controle exclusivamente autorregulamentar mostra-se, assim, insuficiente para a efetiva defesa dos consumidores, verificando-se a melhor tutela no sistema misto, que no Brasil somente tornou-se eficaz com o controle estatal exercido a partir da promulgação do CDC.

2.2.2. O controle estatal da publicidade: coletivo e individual

A legislação anterior ao Código de Defesa do Consumidor não tinha preocupação primordial com a defesa dos consumidores e enfocava a matéria sob o prisma da regulamentação profissional ou da concorrência e propriedade industrial. O sancionamento ético-disciplinar do CONAR, como dissemos, não resolvia totalmente a problemática na medida em que os consumidores restavam sem efetiva tutela quanto ao ressarcimento dos eventuais danos sofridos pela publicidade enganosa ou abusiva, além do CONAR não dispor do poder de polícia para a retirada da publicidade do ar⁵⁵ ou imposição de outras sanções civis e administrativas. A oferta publicitária também não recebia regulamentação específica e o artigo 1.080 do revogado Código Civil/1916 que tratava da proposta era insuficiente, pois não a tornava vinculante ao fornecedor, nos termos do atual artigo 30 do CDC.

A regulamentação da matéria sob o ângulo de proteção do consumidor só veio com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, cuja lei regulamentou a

---

⁵⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *CBDC comentado...*, p.302.

⁵⁵ Neste sentido, v. ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6º ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p.119.

matéria publicitária especialmente em seus artigos 30, 36 a 38, além de prever a tutela do consumidor também nas esferas administrativa (55 a 60), penal (67 a 69) e jurisdicional, neste último caso, possibilitando a propositura de ações coletivas (Ação Civil Pública) e/ou individuais para a defesa dos interesses dos consumidores (art.81), a partir dos legitimados do artigo 82. Já de início, na previsão dos direitos básicos do consumidor, o Código também trouxe norma específica de “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva”, prevendo ainda o direito a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art.6º incisos IV e VI).

O CDC é assim norma especial de ordem pública que rege as relações de consumo⁵⁶, em todas as fases contratuais, i.e., antes, durante e até mesmo depois de concluída a relação contratual. Nesse passo, não poderia deixar de dispor sobre a publicidade, enquanto instrumento de *marketing* que atua na fase pré-contratual, prevendo a sua regulamentação no Capítulo V, “Das Práticas Comerciais”, que antecede ao Capítulo específico da “Proteção Contratual” (Capítulo VI).

No Brasil, o controle estatal da publicidade pode ser exercido pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, que é composto pela Secretaria de Direto Econômico do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC/SDE/MJ) e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor (artigo 2º Decreto nº 2.181/97), vale dizer, as promotorias do consumidor do Ministério Público Estadual e Federal, os PROCONS, além, é claro, do próprio Poder Judiciário.

Neste particular, cumpre notar ainda a interface existente com as agências reguladoras que exercem um controle indireto na defesa do consumidor, como é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que tem dentre suas atribuições a fiscalização da publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, de acordo com lei federal que regulamente eventuais restrições ou especificidades na

---

⁵⁶ A relação de consumo pressupõe, de um lado, a figura do consumidor, definido no artigo 2º como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e, de outro, a do fornecedor, que nos termos do artigo 3º é toda pessoa, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Além do conceito do art.2º, *caput*, o CDC também estende o âmbito de tutela consumerista nas hipótese de consumidor por equiparação (artigo 2º, parágrafo único, 17 e 29 CDC).

comunicação publicitária, como é o caso da Lei Federal nº9.294/96 que versa sobre tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos.

2.2.3. O controle recíproco da publicidade entre empresas

Importante consignar ainda que afora as relações de consumo, o estudo da publicidade também apresenta *relevância jurídica* no âmbito das empresas. Como efeito, a utilização da publicidade comparativa pelas empresas deve ser pautada pelo dever de veracidade em suas informações. Uma comparação enganosa de produtos ou serviços resultará não somente em danos aos consumidores induzidos em erro, mas também ao negócio ou à imagem da empresa concorrente. Da mesma forma, o simples uso reiterado por certa empresa de mensagens enganosas na atribuição das características dos seus produtos (ainda que nenhum a comparação seja feita) também pode gerar prejuízos ao concorrente, pelo desvio de clientela por meio da enganosidade.

Neste particular, sobreleva notar que a Comunidade Européia regulamentou, por meio de sua Diretiva 2006/114/CEE os efeitos da publicidade enganosa e da publicidade comparativa ilícita especificamente em relação aos concorrentes, absorvendo no conceito de enganosidade a indução em erro que possa causar prejuízos aos concorrentes. Esta Diretiva reconhece expressamente os efeitos nefastos de uma publicidade enganosa (comparativa ou não) para além das relações de consumo.

A mencionada Diretiva Européia, em seu artigo 2º, alínea (b) define como enganosa “a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento econômico pode afetar, *em virtude do seu caráter enganador*, ou que, *por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente*”. Diversos Estados-membros contêm a mesma disposição legal, estendendo os efeitos de uma prática enganosa também entre as empresas.⁵⁷

---

⁵⁷ Neste sentido é, por exemplo, o Artículo 4 da Ley General de Publicidad espanhola: “*es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, índice o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor*”. E também o Artículo 20, 1, b do Codice del Consumo italiano: “b) per pubblicità ingannevole: qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione sia idonea ad indurre in errore le

A publicidade enganosa que prejudica concorrentes também encontra proibição em nosso ordenamento jurídico. A Lei de propriedade industrial em seu artigo 195 (Lei 9.279/96) diz ser crime de concorrência desleal: I - publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II- prestar ou divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem ou ainda III- usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou imitá-los, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos. A publicidade puramente enganosa ou a publicidade comparativa de bens e serviços que se mostre enganosa pode, assim, dar ensejo a alguma das hipóteses acima previstas na Lei nº9.279/96, possibilitando ao lesado a reparação civil pelos danos sofridos (desvio de clientela, dano à imagem, etc.) ou até mesmo penal.

No âmbito concorrencial, a publicidade enganosa com objetivo de dificultar o desenvolvimento de empresa concorrente pode ser enquadrada dentro do tipo geral previsto no artigo, 21, inc. V da Lei 8.884/94, que aponta como infração à ordem econômica atos com o objetivo de “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.⁵⁸

Outras normas também possibilitam o controle recíproco da publicidade entre empresas. O artigo 18 do Código Civil de 2002 prevê que “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”, o que nos leva a concluir que uma empresa concorrente não pode se utilizar do nome de outra empresa em sua publicidade ou catálogos de vendas, sem a devida autorização, ressalvados os casos de publicidade comparativa lícita. Se assim proceder, violará aquela norma proibitiva, respondendo pelos eventuais danos. Esta proibição (uso do nome alheio sem a devida autorização) justifica-se também do ponto de vista concorrencial, pois o fornecedor anunciante poderá estar se aproveitando da marca, dos investimentos e da confiabilidade que o produto concorrente

---

persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea ledere un concorrente”.

⁵⁸ Neste particular, no que tange à aplicação da Lei Concorrencial, fundamental que os incisos previstos no artigo 21 sejam sempre lidos em conjunto com o disposto no artigo 20 da Lei 8.884/94, na medida em que pressuposto da ocorrência de infração concorrencial é a existência de poder de mercado por parte da empresa infratora.

possui, sem contudo, nada investir ou pagar, beneficiando-se, oportunisticamente, dos efeitos positivos já alcançados pelo concorrente perante seus clientes e consumidores. Nesta situação não há qualquer comparação de produtos.

O enquadramento poderá ser diferente, como mencionamos, se a referência ao produto de outra empresa concorrente estiver sendo feita por meio de uma publicidade comparativa lícita, o que requer a efetiva comparação de bens e serviços (qualidade, preço, vantagens, etc.), de forma clara e objetiva, sem confundir o consumidor. No Brasil, o artigo 32 do Código brasileiro de autorregulamentação publicitária contém algumas diretrizes a respeito da publicidade comparativa, os quais devem ser observados para não se configurar eventual publicidade enganosa ou outro ilícito civil ou concorrencial. A já mencionada Diretiva Européia 2006/114/CE também contempla uma série de critérios relativamente à essa prática publicitária. Para maiores detalhes sobre os requisitos da publicidade comparativa remetemos ao Capítulo 5º (item 5.5) adiante neste trabalho.

Finalmente, importa consignar que embora o CDC, ao tratar da publicidade enganosa não tenha trazido disposição específica em relação aos prejuízos para as empresas, ao contrário do que fizeram outros países, parece-nos, no entanto, que uma empresa lesada poderá por força do artigo 29 do CDC, que equipara a consumidor as pessoas (físicas ou jurídicas) expostas às práticas comerciais previstas no Código, incluindo-se a publicidade, pleitear indenização pelos eventuais danos sofridos também com fundamento no artigo 37, § 1º do mesmo CDC.

A norma de equiparação do artigo 29 propicia extensão do conceito de consumidor previsto no artigo 2º, *caput* do CDC possibilitando a aplicação da legislação consumerista em favor de terceiros não consumidores.

Sergio Cavalieri Filho, ao comentar os dispositivos do CDC que introduzem a figura do consumidor por equiparação (artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29) , explica que “tais dispositivos funcionam como verdadeiras normas de extensão do campo de incidência originário do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que colocaram sob o manto protetivo deste os sujeitos nelas descritos. Assim, estão igualmente amparados todos aqueles que, muito embora não se amoldem no conceito jurídico de consumidor padrão [art.2º, *caput*], estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no

mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados”⁵⁹. O mesmo jurista ressalta com propriedade que, em casos tais, como é o do artigo 29, “não fez a lei qualquer ressalva quanto ao fato da profissionalidade ou não desses terceiros equiparados a consumidores”⁶⁰.

A partir dessa análise do artigo 29 do CDC (consumidor por equiparação) e, considerando que no Brasil, diferentemente de outros países não há uma normativa específica sobre a publicidade enganosa e seus efeitos entre empresas, entendemos que, além das já mencionadas normas do direito comum (lei de propriedade industrial, lei concorrencial e código civil), havendo hipótese de publicidade enganosa prejudicial a um dado concorrente ou publicidade comparativa enganosa entre produtos concorrentes, a empresa lesada poderá invocar o artigo 37 do CDC para fundamentar o seu pleito indenizatório. Desse dispositivo resultará na aplicação da responsabilidade objetiva ao caso concreto, com a necessária comprovação do nexo causal entre a ação do concorrente (publicidade enganosa ou publicidade comparativa enganosa) e o dano sofrido pela empresa lesada (ex: desvio de clientela, perda de faturamento), independentemente de demonstração de dolo ou culpa do infrator. Também revela-se possível, pelo mesmo fundamento, que o pedido da empresa prejudicada se volte à sustação da publicidade enganosa a fim de evitar a perpetuação dos danos sofridos.

2.3. A Publicidade no Direito do Consumidor

Como mencionamos, os efeitos da publicidade ilícita podem alcançar situações para além das relações de consumo, atingindo também concorrentes para gerar danos na esfera privada das empresas. O presente trabalho, embora topicamente trate dos efeitos perante as empresas em virtude da veiculação de publicidade enganosa, especialmente no âmbito da publicidade comparativa, tem por escopo estudar a publicidade enquanto técnica mercadológica dirigida aos consumidores, seus efeitos e consequências jurídicas para as relações de consumo.

---

⁵⁹CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008, p.59.

⁶⁰CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Direito do Consumidor...*, p.59

Nesse passo, o trabalho volta-se à definição de critérios para avaliação da ilicitude da publicidade nas relações de consumo, como forma de auxiliar o intérprete na análise de seus efeitos perante a coletividade (tutela difusa) e o consumidor individual, sem prejuízo de que tais critérios também possam ser úteis e examinados – como de fato o são – em uma análise envolvendo concorrência desleal por meio de publicidade enganosa. Passemos ao estudo da publicidade como fenômeno mercadológico da sociedade contemporânea e seu controle pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3.1. Mensagens objeto de controle pelo Código de Defesa do Consumidor. Comunicação de conteúdo comercial

Como estudamos no Capítulo 1º a publicidade comercial alcança qualquer forma de comunicação com o fim, direto ou indireto, de promover a aquisição de bens e serviços, qualquer que seja o veículo de massa utilizado.

A publicidade pode ser *promocional* ou *institucional*. A primeira visa a divulgação de produtos e serviços determinados em favor de um agente econômico de modo *direto* e *imediato* com a veiculação de oferta ou informações sobre os bens e serviços. A segunda persegue a mesma finalidade, porém de modo *indireto*, a partir da solidificação ou construção da imagem da empresa ou de sua marca no mercado consumidor.

A chamada publicidade institucional, muito embora não apresente em seu conteúdo a divulgação direta de produtos ou serviços, deve ser compreendida como modalidade de mensagem publicitária já que a fixação da imagem positiva da empresa fornecedora perante os consumidores proporciona, sem dúvida, condições favoráveis à aceitação de seus produtos, auxiliando, de modo indireto, a promoção de demanda. Esta modalidade de publicidade também pode conter mensagens abusivas e está sujeita ao controle do artigo 37 do CDC.

Neste contexto, importa notar que o Código brasileiro de Defesa do Consumidor, como norma especial que rege as relações de consumo, cuidou de tutelar e controlar apenas a publicidade comercial, definida em seu conceito mais amplo, isto é,

qualquer informação de caráter publicitário ou técnica mercadológica com vistas a divulgação e aquisição, direta ou indireta, de produtos e serviços (art.37, §1º). Suas normas *não* se aplicam, portanto, à propaganda ou às campanhas governamentais, já que estes anúncios não apresentam o intuito mercadológico de colocação de produtos e serviços no mercado (relação de consumo), pressuposto para incidência das normas protetivas do consumidor.⁶¹

De fato, o comportamento econômico que se pretende provocar no consumidor, com o incentivo à aquisição de bem ou utilização de serviço (relação de consumo) é o elemento fundamental que, de um lado, qualifica a publicidade comercial e, de outro, diferencia-a da propaganda, que se propõe a estimular, em regra, comportamento *não* econômico⁶² (adesão a certo sistema ideológico, filosófico, religioso ou político).⁶³

Como sabemos, o CDC cuida de relações de consumo estabelecidas entre *fornecedor e consumidor*, o que pressupõe, de um lado, uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, no desenvolvimento de alguma atividade de produção, distribuição, criação ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art.3º) e, de outro, a

---

⁶¹ Neste sentido, posição da doutrina majoritária, cf. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos: “O Código de Defesa do Consumidor não cuida da propaganda. Seu objetivo é só, e tão-só, a publicidade” (*CBDC comentando...*, p.308); MARQUES, Claudia Lima: “Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo fica excluída a propaganda política, já regulamentada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de idéias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC; sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p.673); cf. CAMPOS, Maria Luiza de Saboia: “sem o conteúdo mercadológico, com o intuito de lucro, a mensagem não pode ser considerada como publicitária e o fato danoso foge à incidência das normas que regem a publicidade especificamente mentirosa ou abusiva” (*Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor...* p.225); LOPES, Maria Elizabete Vilaça: “A propaganda (no conceito doutrinário acima exposto) não configura preocupação do direito do consumidor, nem tampouco das regras sobre concorrência desleal. Essas duas áreas do direito cuidam tão somente da publicidade, quer sob a forma institucional, quer sob a forma promocional (O Consumidor e a Publicidade, *Direito do Consumidor*, vol.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.154).

⁶² Neste sentido, FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina. *Diritto e Pubblicità*, Milano: Lupetti-Editori di Comunicazione, 2006, p.34.

⁶³ Consoante mencionado acima quando da diferenciação entre publicidade e propaganda, não se pode ignorar, contudo, que a adoção de determinados valores e crenças pode, no curto, médio ou longo prazo, ter reflexos econômicos importantes, influenciando as relações de consumo. Por outro lado, especialmente em nossa sociedade, é importante estar sempre atento para a constante mercantilização de valores, tornando determinados esforços, a priori, revestidos de conteúdo propagandístico em verdadeiras peças publicitárias, ensejando verdadeira relação de troca a uma massa de consumidores.

pessoa física ou jurídica, ou mesmo a coletividade de consumidores, a quem é destinado ou ofertado tais produtos e serviços e que os adquire ou os utiliza como destinatário final (artigo 2º e parágrafo único). Para haver a chamada relação de consumo deve haver, portanto, a colocação de produtos e serviços no mercado por um fornecedor. As propagandas que veiculam informações alheias à atividade econômica não se subsumem, por conseguinte, ao conceito de publicidade estabelecido pelo CDC.⁶⁴

Em síntese, a lei de defesa do consumidor cuidou de controlar a publicidade comercial, assim compreendida como a mensagem promovida por *pessoa jurídica, pública ou privada, difundida no exercício de uma atividade profissional, qualquer que seja o meio de comunicação de massa, com o escopo de promover a contratação de bens e serviços, direta ou indiretamente (publicidade promocional ou institucional)*.

A Comunidade Européia segue o mesmo conceito da lei brasileira ao definir publicidade comercial, em sua Diretiva 2006/114/CE, como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens e serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”. Igualmente é a definição da *Ley General de Publicidad* espanhola (Ley 34/1988) para a qual publicidade é “toda forma de comunicação realizada por uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada no exercício de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, com o fim de promover de forma direta ou indireta a contratação de bens móveis ou imóveis, serviços, direitos ou obrigações”.⁶⁵

---

⁶⁴ Na doutrina especializada e afastando-se da doutrina majoritária citada no rodapé supra n.61, encontramos entendimento de PASQUALOTTO, Adalberto, para quem o conceito de publicidade frente ao CDC deve ser o mais abrangente possível e não apenas promocional ou de venda imediata. Segundo esse jurista as campanhas de utilidade pública, promovidas por órgãos governamentais ou pelo Estado, quando abusivas, submetem-se ao regime do CDC, ainda que não apresentem, mediata ou imediatamente, um objetivo mercantilista. E conclui que o objetivo de lucro não integra o conceito de publicidade (*Efeitos obrigacionais...*, p.24/25).

⁶⁵ No original: “Artículo 2. Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, publica o privada en ele ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Neste particular, cumpre chamar a atenção ao fato de que as publicidades veiculadas pelo Estado, na condição de pessoa jurídica pública prestadora de serviços públicos aos consumidores (e, nesta hipótese, fornecedor à luz do art.3º CDC) também está compreendida no controle jurídico de abusividade e enganosidade. O Estado, por si ou por meio de suas empresas, no fornecimento de serviços públicos essenciais (telefonia, luz, banco, etc.) encontra-se em relação de consumo, recebendo tal atividade regulamentação específica no artigo 22 do CDC⁶⁶ e previsão constitucional no artigo 175 da CF/88⁶⁷. Nessas condições, a publicidade por ele promovida no que tange aos seus produtos e serviços deve estar de acordo com as normativas consumeristas. Se o Banco Nossa Caixa, por exemplo, veicula informações enganosas sobre taxas de aplicação, essa publicidade será avaliada a partir das normas de proteção ao consumidor.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar que, embora a propaganda não seja objeto de controle através das normas especiais do CDC, tendo em vista que não contempla a colocação de produtos e serviços no mercado (relação de consumo), isso não quer significar que eventuais propagandas abusivas veiculadas por instituições governamentais, religiosas, políticas, filantrópicas ou ideológicas estariam imunes a qualquer tipo de controle. A liberdade de expressão e manifestação de idéias também não é ilimitada. Além do próprio controle privado e autorregulamentar a que estão submetidas as propagandas, nos termos do artigo 8º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) – que define a publicidade como toda atividade “destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, *bem como promover instituições, conceitos ou idéias*”⁶⁸ –, tais mensagens podem estar sujeitas ao controle das normas constitucionais e

---

⁶⁶ “Art.22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

⁶⁷ “Art.175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

⁶⁸ Há diversas decisões do Conar que analisaram propagandas governamentais à luz das normas éticas do seu CBARP. Assim, por exemplo, sustado outdoor do governo do Paraná que ostentava os dizeres “*Milho transgênico: até rato passa mal*”, ao lado de uma ilustração com reprodução do título de reportagem do jornal *Folha de S.Paulo*. O Conar por unanimidade entendeu que a campanha produzida pelo governo paranaense não consistia em anúncio informativo e esclarecedor acerca do produto, mas apenas provocava pânico contra o milho transgênico e produtos afins, deturpando a imagem do produto. (Representação 195/05). De outro lado, na Representação n.191/07, denunciava-se propaganda do DETRAN que alertava para os riscos de beber e dirigir. Para tanto, a propaganda trazia a mensagem: “*André Alves. Recém-formado*”

civis, como o respeito à dignidade da pessoa humana, a não discriminação, a paz social, ao meio ambiente saudável, etc.

Assim, por exemplo, se uma campanha de utilidade pública de combate a alguma doença venérea, seja ela promovida pelo Estado ou entidade privada, veicula imagens ou frases discriminatórias, essa propaganda por certo violará o artigo 3º, IV da CF e eventuais danos causados poderão ser apurados pelo artigo 187 do Código Civil, que proíbe o exercício abusivo de prerrogativas jurídicas. O Ministério Público, como guardião dos interesses difusos e coletivos estará legitimado a ajuizar a respectiva ação civil publica para suspender a veiculação dessa propaganda governamental abusiva e/ou requerer os danos por ela causados à coletividade (artigo 129 III CF).

2.3.2. Destinatários da mensagem publicitária: consumidores reais e potenciais. O conceito de consumidor por equiparação.

O Código de Defesa do Consumidor não cuidou apenas de proteger o consumidor *in concreto* das relações de consumo, mas procurou estender o âmbito e aplicação de suas normas também à coletividade de consumidores. Assim, logo em seu artigo 2º, *caput*, dispõe que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (i.e. destinatário final e econômico do produto ou serviço). E em seu parágrafo único equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (artigo 2º, parágrafo único). Por meio deste dispositivo reconhece o Código o caráter *difuso* do direito do consumidor.⁶⁹

---

em engenharia, ganhou do pai um carro de presente. Da garrafa de vodka que bebeu antes de dirigir, ganhou essa cadeira de rodas”. A propaganda foi questionada pelo IBDD — Instituto Brasileiro das Pessoas com Deficiência que alegou que a maneira como a propaganda era apresentada reforçava estereótipos sobre pessoas com deficiência, sugerindo ainda que a pior coisa que poderia acontecer ao indivíduo é passar a ser usuário de cadeira de rodas. O Conar arquivou a denúncia por entender não haver conteúdo preconceituoso na mensagem que fazia parte de uma campanha de educação de trânsito.

⁶⁹ Neste sentido, entendimento da doutrina, cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008, p.59. A esse respeito, assinala com propriedade DE LUCCA, Newton — ao comentar a extensão do conceito de consumidor por meio da equiparação previsto do CDC — que “essa maior abrangência do conceito jurídico é plenamente justificável. A legislação consumerista não se destina, como é óbvio, a proteger apenas quem praticou diretamente o ato de consumo, mas sim a preservar os

O Código também previu outras duas situações de extensão da tutela consumerista em relação a terceiros por meio da equiparação. Em seu artigo 17 equiparou a consumidor todas as vítimas de acidente de consumo em virtude de fato do produto ou serviço (*bystander*). E em seu artigo 29, objeto de interesse para nosso estudo, estendeu o conceito de consumidor às pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e contratuais dos fornecedores. Segundo esse dispositivo, “para fins deste Capítulo [V] e do seguinte [VI], equiparam-se a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Os capítulos V e VI versam, respectivamente, sobre as “Práticas Comerciais” e “Proteção Contratual”, inserindo-se a publicidade justamente no capítulo das práticas comerciais, enquanto técnica mercadológica que antecede à própria relação de consumo.

Assim, no que tange à publicidade, o Código visou a proteção não apenas dos efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados (art.2º *caput*), mas também dos seus potenciais consumidores (art.29). Percebe-se que o referido artigo 29 tem por objetivo principal atuar *preventivamente* na defesa do consumidor, preocupando-se em evitar um dano por meio da proteção de pessoas expostas às práticas que possam gerá-lo.⁷⁰ Nesse passo, podemos dizer que enquanto o artigo 2º, *caput* visa a tutela *concreta e repressiva* do consumidor, o artigo 29 cuida de sua tutela *difusa e preventiva* ao também proteger o consumidor potencial dos produtos e serviços.

A tutela preventiva do artigo 29 é coerente com o sistema consagrado no CDC, que em seu artigo 6º, inciso VI assegura ser direito básico do consumidor a *prevenção e reparação* de danos.⁷¹ De outra parte, essa tutela mostra-se também compatível com a

---

interesses de todos aqueles que, de alguma forma, hajam intervindo na relação de consumo”. (in *Direito do Consumidor: Teoria Geral da Relação de Consumo*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.120).

⁷⁰ Neste sentido, PASQUALOTTO, Adalberto, *Efeitos obrigacionais...*, p.80. E também: DE LUCCA, Newton, *Direito do Consumidor: Teoria Geral da Relação de Consumo*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.119; Ainda, BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC comentado...*, p.253: “O consumidor é, então, não apenas aquele que “adquire ou utiliza produto ou serviço” (art.2º), mas igualmente as pessoas “expostas às práticas”, previstas no Código (art.29). Vale dizer: pode ser visto *concretamente* (art.2º) ou *abstratamente* (art.29). No primeiro caso, impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a *simples exposição* à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço”.

⁷¹ Neste sentido, precisas colocações de DE LUCCA, Newton, que em comentário ao artigo 29 do CDC assim manifesta: “Percebe-se que esse alargamento do conceito de consumidor, especialmente destinado a

especificidade publicitária, cujos efeitos buscam atuar sobre um *target* específico, consumidores reais e potenciais dos produtos ou serviços anunciados, tendo em vista perfil de público previamente estudado pelo anunciante-fornecedor. Disso decorre, que por força do artigo 29, mesmo aqueles sujeitos que não são efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados, mas que podem vir a sê-lo, ou seja, que integrem o público-alvo da mensagem publicitária (*destinatários da publicidade ou consumidores em potencial*) estão protegidos preventivamente contra a publicidade enganosa e abusiva.

Neste particular, caminha o entendimento da doutrina especializada. Newton De Lucca, ao discorrer sobre o pensamento de Guido Alpa em relação ao conceito de consumidor, concorda com a posição que “contempla não apenas o consumidor-adquirente (elemento de relação meramente contratual), como, também o consumidor-lesado (elemento de relação jurídica) e na qual se agasalharia, ainda, tanto o consumidor-contratante quanto o consumidor-destinatário da mensagem publicitária”.⁷² Assim, para haver a proteção específica da norma consumerista “basta a possibilidade de surgimento de uma relação jurídica relativa ao consumo”, com a extensão da proteção legal igualmente aos adquirentes de bens e serviços em potência.^{73 74}

O conceito de consumidor por equiparação é importante para o estudo da tutela difusa publicidade, pois, consoante veremos no Capítulo 4º adiante, no exame do potencial enganoso de certa mensagem publicitária é fundamental que o intérprete proceda à caracterização dos seus destinatários, o que impõe avaliar se os consumidores *efetivos* e *potencias* dos produtos ou serviços anunciados, por força da equiparação, poderiam ser induzidos em erro pela comunicação publicitária.

---

estender a proteção legal igualmente aos adquirentes de bens e de serviços em potência, encontra seu fundamento na garantia de prevenção do dano, que aparece consagrada como um dos direitos básicos do consumidor, na linha do que dispõe o inciso VI do art.6º do CDC, segundo o qual deverá haver a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos”. (*Direito do Consumidor: Teoria Geral da Relação de Consumo...*, p.119, grifamos).

⁷² DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor: Teoria Geral da Relação de Consumo...*, p.126.

⁷³ DE LUCCA, Newton. *ob. cit.*, p.126.

⁷⁴ No mesmo sentido, posição de COELHO, Fabio Ulhoa, para quem: “pode-se afirmar que são equiparados ao consumidor, pelo artigo 29, para gozarem de proteção que o Código libera em favor deste, especificamente nos capítulos abrangidos, as pessoas que são potencialmente consumidoras. Em outros termos, aqueles que não são partes em um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, mas que podem vir a ser, estão sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no tocante às práticas comerciais e contratuais. O legislador considera que a tutela, nestas áreas específicas, não se pode restringir ao momento posterior ao acordo entre o consumidor e o fornecedor, mas, ao contrário, deve anteceder-lo para que tenha um caráter preventivo e mais amplo” (COELHO, Fabio Ulhoa, in *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, 1ª edição, Saraiva, São Paulo: 1991, p.148).

CAPÍTULO 3º

PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA PUBLICIDADE

3.1. Noções introdutórias

O sistema da publicidade no Código de Defesa do Consumidor é informado por princípios jurídicos próprios, que auxiliam no controle da legalidade da mensagem publicitária. Como observam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery “o microsistema do CDC é lei de natureza *principiológica*. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação jurídica de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC. (...) Havendo conflito aparente entre suas normas e a de alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): prevalece a regra principiológica do CDC”.⁷⁵ Trata-se, portanto, de “*regras principiológicas fundamentais*”.

Assim, ao lado do princípio da boa-fé objetiva que orienta e deve permear toda e qualquer relação de consumo (artigo 4º III), inclusive na fase pré-contratual como é o caso das comunicações publicitárias, o Código do Consumidor também introduziu *princípios jurídicos específicos* para a publicidade, decorrência lógica dos seus artigos 30, 36 a 38, 56, XII, 60 e que, a bem da verdade, concretizam o dever maior de lealdade, transparência e confiança nas relações entre consumidor e fornecedor, a saber:

- i) princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36 *caput*);
- ii) princípio da veracidade (art. 37, §§ 1º e 3º);
- iii) princípio da transparência da fundamentação (art. 36, parágrafo único);
- iv) princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30);
- v) princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2.º);
- vi) princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38) e;

---

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Civis Comentadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.181.

vii) princípio da correção do desvio publicitário (arts. 56 XII e 60)⁷⁶

Antes mesmo de passarmos ao estudo dos princípios que informam especificamente a publicidade no Código de Defesa do Consumidor, necessário será tecer algumas considerações sobre os princípios gerais da *boa-fé objetiva* e da *harmonização da relação entre consumidor e fornecedor*, previstos no artigo 4º III do CDC e que são fundamento para toda e qualquer análise das relações de consumo, em qualquer fase contratual e, portanto, com reflexos diretos no estudo da publicidade.

3.2. Considerações sobre o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo. Funções e harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor

A *boa-fé objetiva* consiste em princípio que exprime “uma verdadeira regra de conduta, um padrão de comportamento leal, honesto, de colaboração, corolário da eticização das relações jurídicas entre os indivíduos”.⁷⁷ Trata-se, ademais, de regra de conduta que independe da intenção do sujeito ou de sua consciência quanto ao conhecimento ou ignorância do comportamento em análise. Através deste princípio, avalia o intérprete se a conduta das partes está de acordo com os padrões éticos de confiança e lealdade legitimamente esperados para a relação contratual que se estabelece entre elas.

Diferencia-se, assim, da chamada *boa-fé subjetiva* que é um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos alheios ou pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar a *boa-fé subjetiva* “é qualidade do sujeito e diz com o estado de consciência da pessoa, cujo conhecimento ou ignorância relativamente a certos fatos é valorizado pelo Direito, para os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção

---

⁷⁶ A terminologia adotada acerca dos princípios da publicidade segue NERY, Nelson Nery. “O regime da publicidade enganosa no código brasileiro de defesa do consumidor”, *Direito do Consumidor*, vol.15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1995, p.211 e BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado...*, p.323.

⁷⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. “O princípio da boa-fé objetiva”, in *Principais controvérsias do novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*, coordenação de Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale, São Paulo: Saraiva, 2006,p.55. O autor faz referência à lição de DI MAJO, Adolfo. *Obbligazioni in genere*. Bologna: Zanichelli, 1985 acerca da boa-fé como exigência de uma ética nas relações humanas.

daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o Direito, apesar de ser outra a realidade”.⁷⁸ É o caso, por exemplo, do possuidor de boa-fé, para quem o Código Civil assegura o direito aos frutos percebidos, à indenização das benfeitorias necessárias e úteis e ao direito de retenção, se o mesmo ignorava o vício ou o obstáculo que o impedia de adquirir a coisa possuída (artigo 1.201 e ss. do CC/2002).

A rigor, como observa Cláudio Luiz Bueno de Godoy “alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto, agindo *de* boa-fé (subjetiva) e, mesmo assim, pôr-se em desacordo com o *standard* de comportamento leal que o princípio da boa-fé, por isso objetiva, acaba significando. Ou seja, age-se aí com boa-fé subjetiva mas não *segundo* a moldura de conduta leal que se espera de pessoas retas, honestas, verazes”.⁷⁹ Com efeito, é mesmo intuitiva a diferença no sentido das expressões “*agir de boa-fé*” (isto é: agir com convencimento subjetivo, ainda que errôneo, agir de boa-fé subjetiva) e “*agir segundo a boa-fé*” (vale dizer: comportar-se segundo uma norma de conduta, um parâmetro, advindo do exterior do sujeito, a saber, a boa-fé objetiva).⁸⁰

Acerca desse *standard* de comportamento, cumpre notar que, no Brasil, foi somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei 8.078/90) que a boa-fé objetiva passou a ser expressamente positivada como princípio geral de aplicação para as relações contratuais privadas (artigo 4º III)⁸¹ e também como cláusula geral de interpretação e repressão às cláusulas abusivas (artigo 51 IV).⁸² Até então existiam apenas

---

⁷⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*, 2ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p.243.

⁷⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *O princípio da boa-fé...*, p.56.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. p.410 e ss.

⁸¹ Conforme FRADERA o artigo 4º III “acolheu de forma expressa o princípio da boa-fé como regra de conduta a ser observada pelas partes, na relação de consumo, ocorrendo, no caso, a posituação do princípio, constituindo o mencionado art.4º, III, um “princípio positivo do direito”, um princípio jurídico que é uma norma jurídica, ou ainda, um princípio jurídico positivado”. (FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, vol.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.179.

⁸² Sobre este ponto, observa DONNINI, Rogério Ferraz que a boa-fé objetiva poderia ter sido invocada com muito mais freqüência nas relações entre particulares mesmo antes da CF/88 e do CDC de 1990. “Isso porque a boa-fé objetiva é um princípio geral de direito e, embora não existisse norma expressa, servia plenamente como fundamento para sua aplicação o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil (...) sua aplicação sempre se fez necessária, independentemente da existência de uma regra expressa”. (*Responsabilidade Civil pós-*

normas esparsas que concretizavam topicamente o princípio da boa-fé, como a norma interpretativa do artigo 131, inciso I do Código Comercial de 1850 dirigida aos comerciantes⁸³ e a do artigo 1.443 do CC/1916 para o contrato de seguro (atual artigo 765 CC/02). Mais recentemente, com a promulgação do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva foi positivada em três diferentes dispositivos, como se verifica dos seus artigos 113 (interpretação dos negócios jurídicos)⁸⁴, 187 (limite ao exercício de direitos)⁸⁵ e 422 (norma de conduta imposta às partes no campo contratual).⁸⁶

Nesse passo, dentre as *funções* que exerce, a boa-fé objetiva é fonte de interpretação e completude dos contratos; causa limitadora do exercício de direitos; e fonte de novos deveres de conduta (os chamados deveres anexos).⁸⁷ Suas funções se verificam nas três fases da relação: *pré-contratual* (quando ainda não há contrato, como é o caso da publicidade, ou ainda na sua preparação, durante as tratativas); *contratual e pós-contratual*. A aplicação do princípio também ocorre na hipótese de *inexecução contratual*, caso verificado o chamado adimplemento substancial da obrigação (*substancial performance*) por uma das partes contratantes. Em todas as fases, o que se busca com a aplicação do princípio é evitar o elemento surpresa, isto é, a frustração das legítimas expectativas geradas nas partes.

Na fase *pré-contratual*, a boa-fé objetiva assume relevância em sua função

---

contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p.81).

⁸³ Neste sentido, v. AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos...* p.245. O mesmo autor lembra ainda as normas de litigância de má-fé inseridas no Código de Processo Civil (arts. 14, 17 e 630). Segundo a norma interpretativa estabelecida no artigo 131, inciso I do Código Comercial cumpria ao juiz pesquisar a vontade real do comerciante que deveria se portar com boa-fé nos negócios.

⁸⁴ “Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁸⁵ “Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁸⁶ “Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

⁸⁷ Sobre as *funções da boa-fé objetiva*, cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.148/158; 176/177; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *O princípio da boa-fé objetiva...*, p.57-70 e também em sua obra *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*, São Paulo: Saraiva, 2004, p.73-94; AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p.241-256.

criadora de *deveres anexos* ou *deveres acessórios de conduta*. Nesta função, ela é fonte de deveres de informação e esclarecimento sobre o produto ou serviço que se pretende contratar, deveres que surgem especialmente “quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente conhecimento de causa”.⁸⁸ Como fonte do dever de lealdade e confiança, o princípio presta-se ainda a tutelar a ruptura abrupta e injustificada das negociações já em fase adiantada depois de criar na outra parte a expectativa de celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas ou, ainda, em função do qual perdeu outras oportunidades (função limitadora ao exercício de prerrogativa jurídica).⁸⁹ Nesta última função, impõe, por exemplo, limites ao conteúdo da publicidade, qualificada abusiva quando excede manifestamente os ditames da boa-fé, dos bons costumes ou da função econômica e social do direito (187 CC e 37, §2º CDC).

Na fase *contratual* propriamente, a boa-fé objetiva permite ao juiz intervir no contrato para exercer as suas três funções: *interpretativa*, *supletiva* ou *corretiva* da relação contratual. Em sua *função interpretativa*, o princípio auxilia o juiz na interpretação do contrato a fim de se chegar à verdadeira vontade comum das partes (113 CC). Também exerce *função supletiva* ou *completadora* para auxiliar o juiz a suprir lacunas e cláusulas duvidosas do contrato e integrá-lo aos primados da boa-fé objetiva. Esta função também está relacionada ao alargamento do vínculo contratual com a imposição de *deveres anexos* ao cumprimento da obrigação principal. Dentre esses deveres, destacamos os de *esclarecimento e informação* sobre o uso do bem alienado; de *sigilo* sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato; de *aconselhamento*, como no caso dos médicos, advogados, consultores de seguros e investimentos. Há ainda o dever de *cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, do

---

⁸⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p.250.

⁸⁹ Assim, AGUIAR, Ruy Rosado de, *Extinção...*, p.250. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (*Estudos e pareceres...*, p.178) observa que na fase pré-contratual de tratativas quatro são os grandes temas da boa-fé: “A norma da boa-fé cria três deveres principais: o de lealdade, consistente, aqui, principalmente num dever de confidencialidade, isto é, de manter o sigilo das informações obtidas, e dois de colaboração, que são basicamente, o de bem informar o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e o de não abusar, ou até mesmo, de se preocupar com a outra parte (dever de proteção). Além desses três deveres, o quarto tema é o da ruptura abusiva de negociações”.

que resulta o dever negativo de não dificultar o cumprimento da prestação pelo devedor.⁹⁰ Doutrina também adiciona o dever de *cuidado* “que obriga a parte a se acautelar para não agir de forma a provocar exagerados riscos de danos à outra parte ou a seus bens”.⁹¹

Durante a execução do contrato, a boa-fé objetiva exerce ainda uma *função restritiva* que impõe limitações ao exercício de direitos e proíbe comportamentos contraditórios também conhecido na doutrina como proibição do *venire contra factum proprium*. Neste particular, a boa-fé impede que a “confiança despertada em outrem pela conduta do indivíduo se frustre por um posterior comportamento da mesma pessoa. Daí se dizer que se cuida de um vir contra fato próprio anterior”.⁹² A boa-fé objetiva exerce ainda uma função denominada *corretiva* pois serve de critério de definição e repressão às cláusulas abusivas, a exemplo do que prescreve o artigo 51, inciso IV do CDC, quando, por exemplo, estipuladas obrigações que infligem um desequilíbrio na relação contratual.

Na fase *pós-contratual*, a principal aplicação do princípio da boa-fé objetiva ocorre nos casos de *culpa post pactum finitum*⁹³, ou seja, quando um dos contratantes impede que o outro goze completamente da prestação que lhe foi fornecida. Isto pode ocorrer quando uma das partes não observa algum dos *deveres anexos* à obrigação principal, de todo aplicáveis também na fase pós-contratual, como o dever de manter

---

⁹⁰ Conforme Cláudio Godoy, eloquente exemplo desse dever de cooperação, “corolário direto da eticidade e socialidade que marcam a nova legislação, está no art.329 do Código Civil de 2002, de resto nem só atinente aos contratos, mas às obrigações em geral, autorizando que o devedor efetue o pagamento da prestação em local diverso do devido, se houver motivo justificado para tanto e se não houver prejuízo ao credor” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *O princípio da boa-fé objetiva...*, p.62).

⁹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *O princípio da boa-fé objetiva...*, p.62.

⁹² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *O princípio...*, p.65. A boa-fé objetiva, ainda na função limitativa de direitos, veda que alguém viole determinada regra e depois pretenda dela se beneficiar (*tu quoque*), como encontramos no exemplo da exceção do contrato não cumprido. A doutrina ainda ressalta as figuras da *supressio e surrectio* como manifestações da boa-fé, ambas fenômenos que revelam, em face invertida, a atuação do tempo. A primeira levaria a expectativas de que certo direito não mais se exerceria e a segunda criaria uma situação jurídica nova a partir da prolongada conduta de alguém, levando ao nascimento de um direito, ambas com base na tutela da confiança (GODOY, Cláudio Luiz Bueno, *ob. cit.*, p.65).

⁹³ Ver, por todos, acerca da origem e implicações da teoria da *culpa post pactum finitum* DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p.89 e ss. Como explica esse autor “a jurisprudência alemã construiu a teoria da *culpa post pactum finitum* a partir de situações em que, mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, continuavam a existir para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica. Esses deveres, segundo a doutrina e jurisprudência tedescas, não estariam insertos expressamente num contrato ou num ato jurídico unilateral, mas seriam decorrentes do princípio da boa-fé” (p.89).

confidencialidade sobre fatos ou informações obtidas durante a relação contratual; o dever do fornecedor de manter a oferta de peças de reposição do produto alienado (artigo 32 CDC); dever de informar a massa de consumidores sobre os riscos descobertos posteriormente à prestação principal nos produtos ou serviços e até mesmo de proceder ao *recall* dos mesmos conforme determinação do artigo 10 do CDC.

Em suma, com base no princípio da boa-fé objetiva “é preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das convenções, etc. Aos vários deveres dessa fase seguem-se deveres acessórios à obrigação principal na fase contratual – quando a boa-fé serve para interpretar, completar ou corrigir o texto contratual – e, até mesmo, na fase pós-contratual a boa-fé também cria deveres, os posteriores ao término do contrato – são os deveres *post pactum finitum*, como o advogado de guardar os documentos do cliente, o do fornecedor de manter a oferta de peças de reposição, o do patrão de dar informações corretas sobre ex-empregado idôneo, etc.”.⁹⁴

O Código de Defesa do Consumidor em relação à oferta e publicidade trouxe em seu texto uma série de normas que são expressões diretas da boa-fé objetiva, notadamente quanto aos seus deveres anexos. É o que se verifica da leitura do seu artigo 31, o qual positiva o dever de informar na fase pré-contratual e dispõe que a oferta e apresentação de produtos ou serviços “devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. Da mesma forma e, como expressão da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, o artigo 30 do CDC⁹⁵ visa a impedir sejam frustradas as legítimas expectativas do consumidor quando diante de uma oferta ou publicidade *suficientemente precisa* e impõe ao fornecedor a

---

⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado...*, p.177.

⁹⁵ “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”.

obrigação de celebrar o contrato nos exatos termos daquela oferta ou publicidade veiculada.⁹⁶

Não se deve confundir, porém, publicidade com informação. A informação é, muitas vezes, objeto da comunicação publicitária, mas nem sempre nela está presente de forma clara, precisa e exaustiva. A publicidade pode visar apenas à diversão e ao imaginário do consumidor, sem transmitir qualquer oferta ou informação. Apenas no caso de se consistir em oferta, isto é, a partir da divulgação de “informação suficientemente precisa” sobre, por exemplo, o preço e características do produto, a publicidade tornar-se-á vinculante ao fornecedor, apresentando verdadeira natureza de declaração unilateral de vontade.

Nas relações de consumo, a boa-fé é referida ainda como princípio que se presta à *harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores*. Ao lado do princípio da *transparência*, reflexo e exigência do princípio maior da boa-fé objetiva, o *caput* do artigo 4º do CDC propugna pela *harmonia* das relações de consumo. Este dispositivo estabelece que, dentre os princípios a serem seguidos para a efetivação da política nacional das relações de consumo, está o de “III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. O referido artigo deixa claro, portanto, que a boa-fé deve ser observada por ambos os sujeitos da relação de consumo (fornecedor e consumidor) e que para a harmonização dessa relação deve-se ter em conta uma proteção do consumidor compatível com os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 CF).

Trata-se de dispositivo legal de extrema importância e que deve ser invocado para equilibrar situações de intervenção do Estado no exercício de atividade econômica, haja vista que tanto a livre iniciativa quanto a defesa do consumidor estão assegurados constitucionalmente. Assim, considerando o princípio da harmonização da relação de consumo ao estudo do controle da publicidade, torna-se premente a definição de critérios

---

⁹⁶ Sobre o “princípio da vinculação da oferta publicitária”, v., *in specificum*, item 3.3.3 mais adiante.

cada vez mais precisos na análise de sua legalidade. É preciso compatibilizar de forma justa e equilibrada o exercício da livre iniciativa pelo fornecedor com a defesa do consumidor contra publicidades enganosas e abusivas. Com efeito, na medida em que a doutrina e a jurisprudência avançam na definição de critérios que levem à caracterização de certa conduta como lícita ou ilícita, mais seguro, útil e eficaz se torna o Direito como instrumento de coesão social.

No âmbito da publicidade, a boa-fé objetiva também ganha concretude na análise dos *princípios da veracidade e identificação* da mensagem publicitária, os quais são expressões dos deveres de lealdade e transparência nas relações de consumo. O princípio da transparência (art.4º *caput* CDC), derivação da boa-fé, apresenta reflexos diretos na publicidade, a qual enquanto informação ao consumidor, deve respeitar os parâmetros da veracidade, proibida toda publicidade enganosa, ainda que por omissão. A transparência também impõe que a mensagem publicitária seja imediatamente identificada como tal pelos consumidores, vedado o uso de publicidade que oculte a sua natureza comercial.⁹⁷

Nas palavras de Claudia Lima Marques, “a boa-fé objetiva em matéria de publicidade, significa a exigência que esta seja uma atividade leal (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que prometa só o que pode cumprir, que se trouxer informações, seja sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, seja sobre as condições do contrato, que esta constitua uma informação correta, verídica, que o próprio intuito de incitar o consumo seja identificável e a publicidade identificada como tal pelo público”.⁹⁸

A boa-fé objetiva é, portanto, o princípio máximo orientador das relações estabelecidas pelo CDC e manifesta-se na publicidade a partir dos diversos subprincípios informadores deste sistema próprio, os quais serão tratados a seguir.

---

⁹⁷ Como expressão da boa-fé na publicidade, o código civil italiano determina em seu artigo 19, alínea 2, que *La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta* (“a publicidade deve ser evidente, verdadeira e correta”).

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.610.

3.3. Princípios jurídicos próprios da publicidade

3.3.1. Princípio da identificação da mensagem publicitária

O artigo 36 do CDC determina que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, e assim sendo, recepciona em nosso ordenamento o *princípio da identificação da mensagem publicitária*.⁹⁹ Nos termos desse princípio, a identificação pelo consumidor de que está exposto a uma mensagem de caráter publicitário deve ocorrer sem esforço ou exigência de capacitação técnica e no momento de sua veiculação.¹⁰⁰

O Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária também consagra o princípio da identificação, ao prescrever em seu artigo 28 que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”. Os artigos 9, 10 e 29 do referido Código ético do CONAR igualmente trazem disposições no sentido de identificação do caráter publicitário da mensagem.¹⁰¹

A importância deste princípio é inconteste e no direito europeu, por exemplo, ele consta expressamente da Diretiva da Comunidade Européia 89/552/CEE que versa sobre o exercício das atividades de radiodifusão televisiva, cujo artigo 10º dispõe: “a publicidade televisiva e a televenda devem ser facilmente reconhecíveis e distinguir-se do conteúdo editorial”. O mesmo artigo 10º, *in fine*, ainda prescreve que “sem prejuízo da utilização de novas técnicas publicitárias, a publicidade televisiva e a televenda devem ser

---

⁹⁹ Conforme relata-nos BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, a redação do dispositivo brasileiro inspirou-se no artigo 46 do então *Projet de Code de la Consommation*, segundo o qual “la publicité doit pouvoir être nettement et instantanément distinguée comme telle” (*CBDC comentado...*, p.320).

¹⁰⁰ Neste sentido, PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor...*, p.85.

¹⁰¹ “Art.9º. A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha”. “Art.10. A publicidade indireta ou “merchandising” submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9º) e identificação publicitária (artigo 28)”. “Art. 29. O Anunciante será sempre facilmente identificável, seja pela marca do produto, seja pelo nome do fabricante, fornecedor ou distribuidor, exceção feita ao previsto no parágrafo único do artigo 9º. É recomendado também, que as Agências se identifiquem nos anúncios impressos veiculados sob sua responsabilidade”.

claramente diferenciadas da restante programação por meios ópticos e/ou acústicos e/ou espaciais”.¹⁰²

O *Code de Pratiques Loyales en Matière de Publicité* da Câmara de Comércio Internacional também traz disposição específica sobre a identificação da publicidade ao dispor em seu artigo 11 que “La publicité doit pouvoir être nettement distinguée comme telle, quels que soient la forme et le support utilisés”. O princípio também está recepcionado nas diversas legislações dos Estados-membros, valendo destacar o artigo 11 da *Ley General de Publicidad* da Espanha (Ley 34/1988) (“los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”), o artigo 8.1 do Código da Publicidade Português (Decreto-lei 330/90) (“a publicidade tem de ser inequívocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”), bem como o artigo 23.1 do *Codice del Consumo* Italiano (D.Lg. 206/2005) segundo o qual “la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale”.¹⁰³ Esse mesmo artigo italiano, *nota bene*, complementa ainda que “a publicidade impressa deve ser distinguível das outras formas de comunicação ao público, com modalidade gráfica de evidente percepção” (artigo 23.1 parte final).¹⁰⁴

Percebe-se, assim, que a exigência da identificação da mensagem publicitária pelo consumidor é tema recepcionado pelas mais diversas legislações do mundo, e nem poderia ser diferente. Com efeito, o mencionado princípio tem como *ratio* nuclear evitar que o consumidor seja exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que deles possa se defender. A eventual camuflagem do caráter publicitário da peça veiculada retira do seu destinatário a possibilidade de colocar em prática os naturais mecanismos de defesa em relação a uma publicidade transparente. Ao esconder ilegalmente a sua intenção e natureza, a peça publicitária pode intensificar os efeitos persuasivos sobre o receptor da mensagem. Desse modo, em virtude de sua função persuasiva (promover a aquisição de

---

¹⁰² A parte final do artigo 10º apresenta nova redação conferida pela Diretiva Européia 2007/65/CE, em vigor desde 18.12.2007, e que alterou substancialmente o conteúdo da Diretiva 89/552/CE.

¹⁰³ O artigo é reprodução integral do art. 4º do então revogado Decreto-Legislativo n. 74/92. Ainda, o artigo 7º do Código de Autodisciplina italiano traz disposição quase idêntica: “La pubblicità deve essere sempre riconoscibile come tale”.

¹⁰⁴ “Art.23. Trasparenza della pubblicità. 1. La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione, con modalità grafiche di evidente percezione”.

bens ou serviços), impõe-se que a publicidade seja identificada desde logo, “possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda se quiser”. Vale dizer, “a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade”¹⁰⁵, a escamoteação.

O princípio da identificação da mensagem publicitária decorre do próprio dever de *transparência* e *lealdade* nas relações de consumo, já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro quanto à natureza da mensagem, na hipótese, de fins comerciais, não meramente informativa e desinteressada. Consoante comentário de Claudia Lima Marques¹⁰⁶, o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária “tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço”.

Há anúncios – e são a maioria, na verdade, – que apresentam incontestável caráter publicitário, isto é, são provenientes de um fornecedor identificado e têm o claro propósito de estimular a demanda do produto ou serviço anunciado. Assim são, por exemplo, todas as mensagens veiculadas durante os intervalos comerciais da televisão, os jingles em rádio e televisão, os anúncios impressos em jornais e revistas, as mensagens veiculadas em internet por meio de *pops-up* (caixas de textos), as que apresentam cores e imagens contrastantes, etc.¹⁰⁷

Por outro lado, existem mensagens nas quais a função de promover o consumo de certo bem ou serviço não está tão claramente identificada, exibindo a aparência de uma mensagem neutra ou não proveniente do fornecedor do produto sobre o qual discorre e, por isso, pode se tornar mais influente e eficaz sobre o seu receptor. Tais publicidades são denominadas de ocultas, clandestinas ou camufladas e seu estudo pela doutrina brasileira

---

¹⁰⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p.84.

¹⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p. 674.

¹⁰⁷ Os italianos denominam a mensagem publicitária incontestavelmente evidente, de “*pubblicità tabellare*” em oposição à chamada “*pubblicità occulta*”, i.e, clandestina ou não evidente. Neste sentido: FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina e COTTAFI, Pierluigi. *La pubblicità ingannevole*, Milano: Giuffrè, 1993, p.169.

ainda se revela incipiente, embora o tema seja de extrema importância, face aos efeitos danosos que tais mensagens podem causar aos consumidores.

A chamada publicidade oculta poder ser, assim, definida como “toda a publicidade que veda de forma eficaz a sua natureza aos olhos do consumidor médio, de modo que este seja incapaz de distinguir a finalidade promocional da mensagem, porque essa se camufla atrás de uma aparência de uma comunicação informativa ou de qualquer outra índole”.¹⁰⁸ Os exemplos mais comuns de publicidades que podem se configurar ocultas são as técnicas de *publicidade redacional*, hipótese em que a publicidade pode ser confundida com uma notícia de jornal ou editorial, e as de *merchandising* (*product placement*), que consistem na exibição, aparentemente casual, de certo produto ou serviço em novelas, filmes, seriados e programas de entretenimento que, também a depender da situação, podem dificultar a percepção pelo consumidor quanto ao fim comercial visado.

O estudo da publicidade oculta, sua caracterização e efeitos, encontra-se desenvolvido nos capítulos subseqüentes. Contudo, adianta-se que, tendo em vista a potencialidade de indução do consumidor em erro quanto à origem e a natureza da mensagem veiculada, dado que camuflada sob a aparência de informação neutra e desinteressada, este tipo de publicidade pode ser enquadrada como modalidade mais ampla do gênero de publicidade enganosa. Com efeito, embora o nosso Código de Defesa do Consumidor não tenha regulamentado especificamente nenhuma técnica publicitária, tampouco recepcionado qualquer disposição especial sobre a publicidade oculta enquanto modalidade de enganabilidade, pode-se afirmar que em virtude da recepção do princípio da identificação da mensagem publicitária (art.36), a veiculação de qualquer publicidade que impossibilite o consumidor de identificá-la está proibida. O uso de peças publicitárias camufladas é repellido por nosso ordenamento jurídico.

Isto não significa dizer, por exemplo, que a publicidade redacional ou o *merchandising* sejam técnicas que violam *per se* o princípio da identificação da mensagem publicitária. Exatamente porque o CDC foi omissivo no tratamento da matéria é que a

---

¹⁰⁸ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta e product placement*, Padova: Cedam, 2004, p.13. No original: “tutta quella pubblicità che cela efficacemente la sua natura agli occhi del consumatore medio, in modo che questi sia incapace di distinguere la finalità promozionale del messaggio, perché esso sia camuffa dietro l'apparenza di una comunicazione informativa o di qualsiasi altra índole”.

proibição genérica quanto a manifestações na “liberdade de anunciar” consistiria violação à livre iniciativa, princípio da ordem econômica que deve ser harmonizado na análise das relações de consumo, por força do disposto no artigo 4º III CDC. Destarte, o que nos parece importante para a harmonização dessa relação é o estabelecimento, pela doutrina e jurisprudência, de limites que possibilitem a realização de referidas publicidades sem que delas, contudo, resulte violação aos direitos do consumidores, i.e., violação à possibilidade de identificação da natureza comercial dos textos e imagens veiculados.

O adoção do princípio da identificação da mensagem publicitária pelo CDC resulta ainda na proibição da publicidade subliminar, assim definida como aquela que “mediante o recurso a qualquer técnica possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”.¹⁰⁹ O uso de técnicas subliminares, que, de algum modo, mechem com o inconsciente da pessoa é vedado por nosso ordenamento e se constitui ilícito civil e até mesmo pena.^{110 111}

Por fim, ainda quanto à conceituação e análise das implicações do princípio da identificação na mensagem publicitária, importante mencionar a técnica publicitária conhecida como *teaser*. Produzido de forma a preparar o mercado para a publicidade que será exibida e que se dá, em regra, no lançamento de um novo produto ou serviço, o *teaser* é técnica publicitária que, cada vez mais, permeia o nosso cotidiano. Por ter objetivo de despertar a curiosidade e o interesse do consumidor, causando maior impacto no mercado durante o período de efetivo lançamento do produto, na peça do *teaser* não se revela o nome e/ou características do produto. Por vezes, até mesmo a empresa anunciante resta propositalmente ocultada nesta peça publicitária preparatória, tudo com vistas a deixar um certo mistério no ar. Trata-se, contudo, de prática comum e *a priori* não fere o princípio da identificação da mensagem, já que o conteúdo do *teaser* é necessariamente esclarecido nas peças publicitárias subsequentes.¹¹² Na realidade, trata-se de um pré-anúncio, cuja finalidade não é ainda vender mas sim despertar a curiosidade e a expectativa.

---

¹⁰⁹ Esta definição consta do artigo 9.3 do Código da Publicidade português (Decreto-Lei 330/90).

¹¹⁰ Neste sentido: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 674.

¹¹¹ Para maiores detalhes sobre a publicidade subliminar, v. Capítulo 5º *infra* (item 5.1.2).

¹¹² Sobre o *teaser* e os limites de sua utilização, v. Capítulo 5º *infra* (item 5.2).

3.3.2. Princípio da veracidade

O princípio da veracidade é talvez o princípio de maior expressão no controle da atividade publicitária e pode ser identificado em praticamente todas as legislações de defesa do consumidor no mundo por meio de normas de repressão à publicidade enganosa. Na Europa, em 1984 foi editada a Diretiva 84/450/CEE que dispunha especificamente sobre a proteção contra a publicidade enganosa, tema atualmente regulamentado Diretiva 2006/114/CEE que consolidou as normas sobre publicidade enganosa e comparativa¹¹³ e também pela Diretiva 2005/29/CE que versa sobre as práticas comerciais desleais, incluindo-se dentre elas as ações enganosas.

Na Itália encontramos referência ao princípio da veracidade nos dispositivos de combate à publicidade enganosa do *Codice del Consumo* (D.Leg. 206/2005), dispondo ainda o artigo 19, alínea 2 daquele diploma o dever genérico de que “a publicidade deve ser evidente, verdadeira e correta”.¹¹⁴

Em Portugal o princípio também está recepcionado no artigo 10º do Código da Publicidade (Decreto Lei 330/90), sob o título “Princípio da Veracidade” e determina que: “1- a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” e que “2- as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição de bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo momento, perante as instâncias competentes”. O artigo 11º, por sua vez, traz ainda disposições específicas sobre a publicidade enganosa.

---

¹¹³ Consoante artigo 2º, alínea 2º, da Diretiva 84/450, reproduzido integralmente pelo artigo 2º, (b) da atual Diretiva 2006/114, entende-se por publicidade enganosa “a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento econômico pode afetar, em virtude do seu caráter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”.

¹¹⁴ “Art. 19. *Finalità* 1. (...) 2. La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta”. A definição de publicidade enganosa encontra-se no artigo 20 (b) do *Codice del Consumo* e segue o mesmo conceito da Diretiva 84/450, revogada pela atual Diretiva 2006/114.

Na França, a chamada Lei Royer de 1973 já continha norma de combate à publicidade enganosa (art.44)¹¹⁵ e, atualmente, a matéria está regulamentada pelo artigo L.121-1 do *Code de la Consommation*.¹¹⁶ Na Espanha, o antigo *Estatuto de la Publicidad* de 1964 também trazia norma de proteção contra a publicidade enganosa, revogado pela vigente *Ley General de Publicidad* de 1988, cujo artigo 4º define a publicidade enganosa e segue a mesma orientação da lei anterior.¹¹⁷

No Brasil, o Código brasileiro de Defesa do Consumidor cuidou de assegurar em diversos de seus dispositivos o *dever de veracidade* nas mensagens publicitárias, em especial ao também reprimir a publicidade enganosa, ainda que por omissão (artigos 6º III e IV, 31 e 37 §§1º e 3º). Este dever, como sabemos, decorre da própria boa-fé objetiva, princípio orientador das relações de consumo, e consiste na garantia de “adequação à função informativa da publicidade”¹¹⁸ de modo que os consumidores possam fazer suas escolhas com base em informações verdadeiras e corretas sobre os produtos ou serviços anunciados.

A preocupação com o dever de informar corretamente o consumidor está clara no Código de Defesa do Consumidor. Encontramos referência ao princípio da veracidade

---

¹¹⁵ Lei Royer – “Article 44. I. - Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires”.

¹¹⁶ “Article L121-1. Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires”.

¹¹⁷ “Artículo 4. Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

¹¹⁸ Neste sentido FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Os direitos dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 81.

já em seu artigo 6º que versa sobre os direitos básicos do consumidor, assegurando-lhe, dentre outros, o direito “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (artigo 6º III), bem como o direito à “proteção contra publicidade enganosa e abusiva”(artigo 6º IV).

Esse princípio pode ser identificado ainda no artigo 31 do CDC que exige que a oferta e apresentação de produtos ou serviços assegurem informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre suas características, bem como sobre os riscos que apresentam¹¹⁹. Esse dispositivo legal encontra aplicação, sobretudo, na oferta (não publicitária) e apresentação dos produtos, como é o caso dos rótulos, embalagens, manuais de instruções, bulas de remédios, etc., e não exatamente em relação à publicidade, tendo em vista as características próprias desse veículo, sua finalidade e exigüidade de tempo e espaço.

Assim, em função da boa-fé objetiva e do dever genérico de veracidade (art.37,§1º) impõe-se que haja sempre uma correspondência entre o conteúdo da publicidade e as características anunciadas dos produtos e serviços.

O artigo 36, parágrafo único do CDC, também denominado pela doutrina de *princípio da transparência da fundamentação*¹²⁰, confere concretude ao princípio da veracidade, ao estipular que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, mantenha em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Percebe-se que o artigo tem por escopo impor ao fornecedor a manutenção da *prova da veracidade* das afirmações veiculadas, caso questionado pelos legítimos interessados, dentre os quais encontra-se, em primeiro plano, o próprio consumidor que, por óbvio, não tem condições de levantar aqueles dados ou executar testes com os produtos.

---

¹¹⁹ “Art.31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

¹²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.323.

Neste contexto, como aduz Antonio Herman Benjamin “de pouco adiantaria exigir a fundamentação da mensagem publicitária (cuja carência está incluída no conceito de publicidade enganosa) sem que se desse acesso aos consumidores”.¹²¹ É o que se verifica, a propósito, em disposição específica identificada no Código da Publicidade português (Decreto nº330/90), cujo artigo 10.2 exige que as afirmações publicitárias sejam “passíveis de prova, a todo momento, perante as instâncias competentes”.

Com efeito, a veiculação pelo fornecedor de falsas afirmações ou sem qualquer embasamento científico sobre as características dos bens e serviços anunciados pode levar os consumidores a erro, qualificando-se como modalidade de publicidade enganosa, além de possível lesão a direitos de concorrentes, razão pela qual o CDC determina que o fornecedor realize estudos prévios que dêem sustentação às suas mensagens. Ou seja, “o fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo sempre com base em elementos fáticos e científicos: é sua fundamentação”.¹²²

A respeito do tema, lembra Adalberto Pasqualotto que somente são passíveis de comprovação os dados fáticos referidos na publicidade que digam respeito aos elementos (e.g: qualidade, origem, composição, preço, etc.) *relevantes* para formar a persuasão relativamente ao produto. Dessa maneira, observa o autor que “estão fora do foco de abrangência do dever de veracidade as afirmações colaterais que: 1) não dizem respeito ao produto; 2) embora dizendo respeito ao produto, não são pertinentes à fruição que dele fará o consumidor”.¹²³

O artigo 27, § 1.º do Código Brasileiro de Autorregulamentação (CBARP) obriga, em linha com o CDC, anunciantes e agências a fornecerem as comprovações fáticas, técnicas ou científicas a respeito das alegações, comparações e descrições veiculadas, sempre que solicitados¹²⁴, verificando-se inúmeras decisões do Conselho de Ética do CONAR a respeito do assunto. No caso da campanha “*Danoninho para uma*

---

¹²¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *ob. cit.*, p.323.

¹²² BENJAMIN, Antonio Herman. *CBDC comentado...*, p.323.

¹²³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p.95.

¹²⁴ “Art. 27. ... § 1.º: No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitados”.

alimentação saudável” o CONAR decidiu pela alteração da peça publicitária tendo em vista que a comparação feita entre um pote de Danoninho (45g) e um copo de leite não apresentava comprovação científica. Os dados mostraram que, na verdade, um pote de Danoninho continha valor nutricional equivalente a meio copo de leite.¹²⁵

Em relação à campanha “*Matte Leão – uma aula de saúde*”, o Conselho determinou a sustação de anúncio de revista da Matte Leão que afirmava que “estudos científicos revelam que o uso de antioxidantes presentes no chá-mate é importante para frear os efeitos do tempo” e que o produto “auxilia o emagrecimento” e “contribui para a eliminação de gordura”. De acordo com a denúncia, referidos estudos eram pesquisas isoladas e não possuíam o aval das autoridades médicas competentes. O relator ressaltou que, ainda que verdadeiras tais afirmações, a comercialização do produto exigiria licença específica da Anvisa. Destacou também que o anúncio atribui propriedades de remédio ao Matte Leão, transferindo-lhe as potencialidades medicinais que a erva-mate possui, o que contraria o disposto no Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹²⁶

O princípio da veracidade encontra sua fundamental aplicação no âmbito de repressão à publicidade enganosa, como já referido a propósito das diversas normativas estrangeiras. Consoante o artigo 37, § 1º do nosso Código de Defesa do Consumidor 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 ou quaisquer outros dados sobre o produto ou serviço anunciado”. E o § 3º do mesmo artigo conceitua a enganosidade por omissão assim compreendida aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. O artigo 37 do CDC institui, portanto, o *dever genérico* de veracidade às mensagens publicitárias. O Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sob o título “Apresentação Verdadeira”, também traz diversos artigos relacionados à publicidade que leve o consumidor ao engano.¹²⁷

---

¹²⁵ Representação nº 22/07. Boletim do Conar nº.179, Julho/2007, p. 20.

¹²⁶ Representação nº 38/07, em recurso ordinário. Boletim do Conar nº.181, Jan-Fev/2008, p. 11.

¹²⁷ Neste sentido, por exemplo, o § 2.º do Art. 27 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR: “O anúncio, não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou

O princípio da veracidade impõe, assim, o dever de informar corretamente o consumidor, proibindo a veiculação de informações falsas ou inexatas sobre a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou quaisquer outros dados sobre o produto ou serviço anunciado (37 § 1º). Eventuais alegações a respeito de características do produto ou serviço devem apresentar a respectiva fundamentação (artigo 36, parágrafo único).

Esse princípio também tem por conteúdo evitar que o consumidor destinatário da mensagem seja, *por qualquer meio*, enganado, inclusive pela omissão de dados essenciais do produto ou serviço, ou mesmo, pela veiculação de publicidade ambígua ou oculta, ainda que de tais publicidades somente sejam divulgadas informações verdadeiras. Assim, se houver indução em erro dos consumidores acerca de qualquer dado do produto anunciado, ainda que tal indução não resulte de uma falsa informação, haverá violação ao princípio da veracidade. O critério a ser adotado é sempre o do engano do consumidor atingido pela publicidade (e não propriamente o da falsidade).

A propósito, importante não se confundir publicidade não verdadeira (mentirosa) com publicidade enganosa. Poderá haver enganabilidade ao consumidor sem que da publicidade sejam veiculadas falsas informações, a exemplo da enganabilidade por omissão. Por outro lado, não se poderá afirmar haver enganabilidade decorrente da publicidade manifestamente exagerada ou fantasiosa, como é o caso dos *exageros publicitários inócuos*. Necessário distinguir, portanto, entre a publicidade não verdadeira – e que nem sempre consiste em violação ao princípio da veracidade – e a publicidade enganosa, isto é, aquela que, por algum meio, induz o consumidor em erro acerca dos produtos ou serviços anunciados.¹²⁸

---

indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto a: a. natureza do produto (natural ou artificial); b. procedência (nacional ou estrangeira); c. composição; d. finalidade.”

¹²⁸ Neste sentido é a doutrina de MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, 17-21, conforme *Codice del consumo...*, CUFFARO, Vincenzo (a cura di), p.19: “Per quanto riguarda la **verità**, invece, è opinione di questo autore che occorre distinguere tra pubblicità non veritiera, perché magari contenente un’iperbole innocua, e pubblicità ingannevole. L’autorità preposta all’applicazione della disciplina dovrà perciò perseguire anche tutti i messaggi contenenti mezze verità, od in cui queste siano presentate in modo tendenzioso, tale da renderla comunicazione ingannevole”. No mesmo sentido GATTI, *Pubblicità commerciale*, EdD, VII, Milano, 1988, p. 1.061 (*apud* CUFFARO, Vincenzo. *idem*).

O uso da técnica do *exagero publicitário* ou a utilização do recurso à *fantasia* ou aos *apelos emocionais* são técnicas corriqueiras adotadas na publicidade como forma de atrair a atenção do público destinatário e enaltecer as qualidades do seu produto, o que não significa que sejam enganosas por veicularem situações irreais ou manifestamente exageradas, de tal modo reconhecidas pelos consumidores.

A aplicação do princípio da veracidade encontraria, assim, uma exceção em relação àquelas mensagens que se configuram evidentes *exageros publicitários*. Trata-se, no entanto, de avaliação a ser realizada no exame do caso concreto de modo a se verificar se o exagero publicitário consiste, de fato, em uma manifestação superlativa ou exagerada da qualidade do produto e sem necessidade de sua comprovação ou demonstração, haja vista que não tomada à sério pelos consumidores, ou ao contrário, se a expressão pode eventualmente induzi-los em erro. Em oferta, por exemplo, veiculada em site da internet na qual se anunciava “*Todo site com 18% de desconto*”, o CONAR determinou a exclusão da expressão “*todo site*” na medida em que existia um grande número de exceções, as quais contrariavam a generalização ou exagero do desconto anunciado.¹²⁹ Na hipótese, tal expressão (“*todo site*”) poderia induzir os consumidores em erro, o que extrapolaria o uso do exagero como técnica legítima para atrair a atenção dos consumidores e enaltecer as vantagens dos produtos e serviços.

Ainda sobre o princípio da veracidade há de se destacar a chamada *publicidade testemunhal*, a partir da qual se utiliza o testemunho de uma pessoa famosa ou de um especialista para dar maior credibilidade ao anúncio, vinculando o produto à imagem da pessoa pública querida ou do *expert*. Neste tipo de publicidade, o testemunho deverá observar o dever de veracidade, ou seja, o fornecedor deverá manter em seu poder os dados técnicos que comprovem as afirmações da celebridade ou do especialista a respeito do produto ou serviço, nos termos do artigo 36, parágrafo único do CDC.¹³⁰ Lembramos também que o uso da *publicidade comparativa* por empresa concorrente pressupõe que a comparação seja objetiva, passível de demonstração e que apresente a finalidade maior de

---

¹²⁹ Representação nº 277/07. Boletim do Conar nº.180, Outubro/2007, p. 18.

¹³⁰ Embora discordemos da opinião e fundamentação do autor acerca da responsabilidade civil das celebridades que participam das publicidades, vale notar obra específica de GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

esclarecer o consumidor, sem a possibilidade de confundi-lo ou induzi-lo em erro com falsas vantagens ou qualidades. As mensagens comparativas devem sempre respeitar o princípio da veracidade. Sobre essas técnicas publicitárias falaremos detalhadamente no Capítulo 5º *infra*.

3.3.3. Princípio da vinculação da oferta publicitária

Nem toda publicidade contém uma oferta. Por vezes, uma publicidade sequer veicula informações sobre bens e serviços, como pode ocorrer, por exemplo, com a publicidade institucional ou *merchandising* em situações que se verifique apenas a exposição do produto.

Por sua vez, também é correto afirmar que nem toda oferta é realizada por meio de publicidade. Ao contrário, há oferta pela simples exposição de produtos em máquinas automáticas (como as máquinas de café, refrigerantes e salgadinhos), pela simples entrega de um orçamento ao consumidor de um produto ou serviço, da apresentação de mercadorias em vitrines de lojas, da exposição de produtos nos supermercados e drogarias, dos rótulos de embalagens, etc.

Contudo, se a publicidade apresentar em seu conteúdo “informações suficientemente precisas” sobre os bens e serviços oferecidos, ela então será equiparada à oferta e passará a ser vinculante ao fornecedor, obrigando-o a cumprir os seus termos e integrando o futuro contrato. Nesta hipótese, a oferta publicitária reveste-se de natureza de declaração unilateral de vontade, sendo portanto fonte de obrigações. Assim prescreve o artigo 30 do CDC ao dispor que “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”. Introduce o mencionado artigo, por conseguinte, o *princípio da vinculação da mensagem publicitária* nas relações negociais de consumo, ao criar direitos e obrigações decorrentes da publicidade veiculada. O

princípio, em verdade, “abrange todas as formas de manifestação do *marketing*”¹³¹ – e não somente a publicidade.

Note-se, ademais, que o referido dispositivo, com acerto, distingue *informação* de *publicidade*, uma vez que, como mencionamos, a oferta ou informações sobre produtos e serviços podem ou não ser veiculadas através da publicidade (e.g: oferta obtida por meio de um orçamento na loja; pela exposição de produtos em máquinas automáticas e etc.). Não por outro motivo que a norma do CDC estipula a *liberdade* quanto à *forma* de veiculação da oferta ao consumidor, seja por meio da publicidade, seja por “qualquer outro meio”.

Dizer, assim, que uma oferta publicitária é vinculante significa afirmar que o seu cumprimento se torna obrigatório pelo anunciante e integra os termos do futuro contrato. Para que surja, porém, esse efeito vinculante é preciso, em primeiro lugar, que a oferta seja transmitida por qualquer meio de comunicação em relação aos bens e serviços oferecidos, ou seja, pressupõe a sua *exposição* ao público consumidor¹³²; em segundo lugar, que a oferta publicitária seja *suficientemente precisa*.

No tocante a esse último requisito, esclareça-se que não é necessário que a oferta apresente precisão absoluta. Consoante explica Benjamin, o Código contenta-se “com a precisão suficiente, vale dizer, com um mínimo de concisão”.¹³³ Nesse passo, os exageros ou hipérboles publicitárias (*puffing*), exatamente por não apresentarem esta “precisão mínima”, uma vez que contêm expressões que dificultam a apreciação objetiva (e.g., “o melhor do mundo”, o “mais bonito”, “o mais gostoso”), em regra, não apresentam natureza vinculante ao fornecedor anunciante.¹³⁴

---

¹³¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro...*, p.257.

¹³² Uma oferta que, embora escrita, deixe de chegar ao conhecimento do consumidor não vincula o fornecedor (Neste sentido: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC...*, p. 258).

¹³³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado...*p.259. Ainda na doutrina especializada NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade: “**Suficientemente precisa**. É suficientemente precisa a oferta, vinculando o fornecedor, aquela que contenha elementos claros para que possam ser identificados os seus termos, tais como a marca do produto, condições de pagamento etc.” (*Leis Civis Comentadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.207).

¹³⁴ Ainda sobre o princípio da vinculação da mensagem publicitária, Antonio Herman Benjamin observa que, em certos contextos, até mesmo expressões exageradas podem ganhar precisão, vinculando, então, o anunciante. E cita como exemplo a hipótese em que o fornecedor afirma ter “o melhor preço da capital” ou “a

O termo “suficientemente precisa” não requer, ademais, que a oferta seja total, isto é, que contenha todos os elementos do futuro contrato, tal como exige a oferta clássica (v.item 3.3.3.1 adiante). Claudia Lima Marques ressalta que “alguns elementos podem ser definidos quando do futuro contrato negocial entre fornecedor direto e consumidor. Os elementos, porém, que a publicidade informativa trazer, estes sim, obrigam e vinculam desde a sua veiculação”.¹³⁵ A publicidade com caráter de oferta pode, deste modo, fazer referência a apenas uma característica do produto ou serviço, mas tal informação já vinculará o fornecedor e integrará os termos do futuro contrato. Nessa linha, já decidiu o STJ a respeito de anúncio veiculado por incorporadora que ofertava imóveis fazendo expressa referência a financiamento pela Caixa Econômica Federal, o que a tornou obrigada à promessa de financiamento por este Banco *in specificum*.¹³⁶

A regra cogente é, por assim dizer, a do “prometeu, cumpriu”¹³⁷, pois é da boa-fé nas relações de consumo que se anuncie apenas aquilo que existe ou que pode ser cumprido. A moderna teoria contratual não admite que uma das partes da relação crie na outra expectativas que sabe serem fadadas ao fracasso.

A publicidade naturalmente incorpora no seu desenvolver tal preceito. Assim sendo, ao veicular oferta suficientemente precisa sobre produtos e serviços cria no público consumidor legítimas expectativas que devem ser protegidas pelo Direito. Ao proteger tais expectativas se está, em verdade, protegendo a própria publicidade para que esta atividade não caia em descrédito perante seus destinatários. Através da regra “prometeu tem que

---

garantia mais completa do mercado”. Segundo o jurista, a utilização do *puffing* em relação ao preço impõe, em regra, a vinculação. (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos *CBDC comentado...*, p.259).

¹³⁵ MAQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p.626.

¹³⁶“CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PUBLICIDADE. OFERTA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada”. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 341.405-DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 03/09/2002, DJ 28/04/2003, Recorrente: Nádia Maria Lima Pereira, Recorrido: Grupo OK Construções e Incorporações S/A).

¹³⁷ Expressão de BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *ob. cit.*, p.259.

cumprir”, o Código de Defesa do Consumidor acaba, de vez, com a tradicional visão da publicidade unicamente como simples “convite para contratar” (*invitatio ad offerendum*), obrigando e vinculando o fornecedor anunciante aos exatos termos de sua oferta realizada por meio da publicidade.

3.3.3.1. Análise comparativa da oferta no Código de Defesa do Consumidor (artigo 30) e no Código Civil de 2002 (artigos 427 e 429).

A *oferta* prevista no artigo 30 do CDC se assemelha à *proposta* do Código Civil. O então artigo 1.080 do CC/1916 (atual artigo 427) já previa o caráter vinculante da proposta, ao dispor que “a proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.¹³⁸ O CDC, porém, foi muito mais rígido que a lei civil na atribuição dos efeitos jurídicos à oferta ao *não* prever quaisquer exceções ao seu cumprimento.

Como consequência desses preceitos, pontua Antonio Junqueira de Azevedo que “dada a informação ou feita a publicidade ‘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*”.¹³⁹ No sistema do consumidor, a regra é a da palavra dada, sem exceção.

O Código Civil de 2002 inovou na matéria ao introduzir a figura da *oferta pública* e equipara-la à proposta, previsão inexistente na lei anterior. Segundo disposição do seu artigo 429, *caput*, “a oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Trata-se de louvável inovação e modernização do Direito Civil, cuja regra, porém, pode encontrar certos inconvenientes se transportada para as relações de consumo, razão pela qual, nesta seara, prevalece a lei especial que é a do artigo 30 do CDC.

---

¹³⁸ O artigo 427 do CC/ 2002 apresenta idêntica redação a do antigo art. 1.080 CC/1916.

¹³⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres...*, p.182.

Com efeito, o Código Civil exige que a oferta pública, para ser equiparada à proposta – e portanto dotada de caráter vinculante – contenha os *requisitos essenciais do contrato*. A *completude* que é requisito do artigo 429 do CC/2002 não está, todavia, reproduzida no artigo 30 do CDC, cuja norma exige apenas a *precisão suficiente*.¹⁴⁰

De fato, numa oferta publicitária é comum não estarem presentes todos os elementos essenciais de determinado contrato, característica esta reconhecida pelo CDC, pois, como vimos, basta que a publicidade contenha *informações suficientemente precisas* sobre o bem ou serviço ofertado para que se tornem vinculantes. A simples declaração sobre a qualidade do produto ou serviço já torna a publicidade vinculante, ainda que as demais condições do futuro contrato sejam discutidas *a posteriori*. Em resumo, no sistema da legislação consumerista é vinculante tanto a publicidade que contenha todos os elementos essenciais do contrato (como ocorre, em regra, com a oferta de compra e venda, na qual se verifica a identificação do preço e da coisa) – e neste caso a publicidade poderá ser equiparada à oferta pública do Código Civil –, quanto a publicidade que se mostre incompleta no tocante aos elementos essenciais, mas que, veiculando informações negociais suficientemente precisas, integrarão o futuro contrato.¹⁴¹

Embora não existam dúvidas quanto à aplicação da norma especial às relações de consumo no que se refere à oferta (artigo 30 CDC), note-se que o próprio artigo 429 do CC/2002 traz soluções que se compatibilizam com as diretrizes consumeristas. Isso porque a parte final do artigo 429 torna *dispensável* a exigência dos elementos essenciais do contrato para equiparação da oferta pública à proposta, sempre que “o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Essa exceção, estabelecida pelo legislador civil, é

---

¹⁴⁰ Lembra-nos BENJAMIN, que a publicidade por nem sempre trazer todos os requisitos da oferta tradicional, esta última, dirigida a *pessoa determinada, precisa* (completa) e *firme* (com a intenção inequívoca de obrigar-se) – à ela se negava o caráter de oferta (a publicidade em regra não é completa nem inequívoca) e, portanto, a possibilidade de vinculação contratual, sendo sempre apontada como pura (e contratualmente inofensiva) “*invitatio ad offerendum*”, “*invitation aux pourparlers*”, “*invito ad offirre*”, “*invitation to treat*” ou “convite a contratar”, com seus exageros equiparados ao *dolus bonus*” (CBDC comentado..., p.264).

¹⁴¹ Neste sentido, v. também MARQUES, Cláudia Lima: “A oferta de consumo pode referir-se a apenas uma qualidade do produto ou serviço e já vincula, já integra o contrato que vier a ser celebrado, regulando aquele aspecto se mais favorável ao consumidor, mesmo que a oferta-publicitária não seja total, de um ponto de vista clássico, quanto à presença de todos os elementos contratuais” (*Contratos...*, p.626). E, ainda, ANDRADE, Roberto Braga de. *Oferta Contratual ao público e integração publicitária do contrato*. Dissertação de doutorado, USP, São Paulo, 2006, p.201.

justamente a regra geral verificada nas relações de *marketing*, pois, como explica Herman Benjamin¹⁴² é próprio das “circunstâncias e dos usos” publicitários do mercado de consumo que o anúncio, embora sem a presença da totalidade dos “requisitos essenciais ao contrato”, seja visto como genuína proposta.

Percebe-se, assim, que o conflito entre as normas do CDC e do CC quanto à oferta ou proposta é apenas aparente, pois, ainda que não houvesse a aplicação da norma especial, a solução está mesmo na regra exceptiva do artigo 429 do CC/2002. Seja como for, é certo que a oferta publicitária *suficientemente precisa* vincula o fornecedor e integra o futuro contrato, pois geradora de expectativas legítimas nos consumidores e deve prevalecer inclusive sobre as cláusulas escritas eventualmente com ela conflitantes.

Aqui, uma outra questão ainda deve ser mencionada, qual seja, a de que no microssistema do Código de Defesa do Consumidor não há, *a priori*, espaço para revogação da oferta pelo fornecedor (ou de seu arrependimento) durante o prazo por ele fixado, ou outro razoável, na hipótese da publicidade não ter fixado período de validade da oferta.¹⁴³ Com efeito, a relação de confiança estabelecida entre consumidor e fornecedor restaria sobremaneira abalada se a cada momento o consumidor tivesse que verificar se a oferta continua válida. A boa-fé impõe o dever de sempre cumprir com a palavra dada.

Deste modo, a oferta regulamentada pelo artigo 30 do CDC está dotada de *irrevogabilidade*¹⁴⁴, divergindo substancialmente, neste aspecto, da *oferta ao público* do

---

¹⁴² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *CBDC...*, p.271.

¹⁴³ Tendo em conta a boa-fé nas relações de consumo, espera-se que quem faz uma oferta e cria expectativas no destinatário deve mantê-la pelo prazo fixado ou, se não houver limite temporal pré-estabelecido, pelo menos durante um certo tempo, suficiente para que o destinatário possa examinar e responder a oferta. Para PASQUALOTTO, na análise do que se deve entender por *prazo razoável* “em primeiro lugar devem ser verificados fatores objetivos, como a existência de estoque. Se todas as unidades foram vendidas, o que se verificará pelo controle legal de entrada e saída de produtos, a venda está esgotada. Também devem ser levados em conta fatores variáveis, como a inflação. Se os preços estão em alta, a oferta não pode permanecer a mesma além de um certo período, cuja determinabilidade será aferível mais uma vez pela boa-fé objetiva. Esse é o critério que, ao fim e ao cabo, deve prevalecer, pois comporta a consideração de circunstâncias peculiares aos diversos segmentos específicos do mercado e outros elementos concretos”. (PASQUALOTTO, Adalberto, *Efeitos Obrigacionais...*, p.105). A boa-fé, como sempre, será o princípio norteador para a definição do conceito de prazo razoável à luz do caso concreto.

¹⁴⁴ Vale ressaltar que a irrevogabilidade da oferta não é ilimitada. Como mencionado, a oferta não pode ser revogada *durante* o prazo fixado pelo fornecedor ou *outro que se entenda razoável* tendo em conta os costumes do mercado e o tipo de produto.

Código Civil, cujo artigo 429, parágrafo único, prevê a possibilidade de sua *revogação* quando utilizada a mesma via de divulgação e desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.¹⁴⁵ O referido dispositivo não encontra aplicação para as relações de consumo, cuja norma especial regulamentou a oferta ao consumidor e nada previu quanto à possibilidade de sua revogação.¹⁴⁶

Assim, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, feita a oferta publicitária suficientemente precisa – irrevogável e irretroatável – e havendo a sua aceitação pelo consumidor durante o prazo fixado ou outro razoável, o contrato está concluído. Eventual *recusa* do anunciante em lhe dar cumprimento possibilita ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta (artigo 35 I) ou, na sua impossibilidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (artigo 35 II), em ambos os casos mediante o recurso da tutela específica (artigo 84 *caput* CDC).^{147 148}

---

¹⁴⁵ “Art.429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. *Parágrafo único.* Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”. (ressaltamos)

¹⁴⁶ BENJAMIN, com a precisão que lhe é peculiar, expõe quatro ordens de idéias que impedem a aplicação do parágrafo único do artigo 429 do CC às relações de consumo e que podem ser resumidas da seguinte forma. Em *primeiro*, a razão seria ontológica, conquanto os regimes da oferta no CC e CDC divergem de modo radical. Aquele, de inspiração subjetivista, estrutura-se em torno da teoria da vontade (art.112), enquanto o CDC privilegia as teorias da declaração (=veiculação, art.30) e da confiança (=expectativa legítima dos consumidores). Em *segundo*, na medida em que os diplomas divergem quanto à divisão de riscos: o CC aceita a responsabilidade objetiva somente em linha de exceção; o CDC, ao revés, abriga a responsabilidade subjetiva só de forma extraordinária. Em *terceiro*, como decorrência do paradigma ético-social que orienta as duas legislações: no CC o paradigma é o da relação entre iguais; no CDC o paradigma é o da vulnerabilidade do consumidor. Em *quarto*, porque não pode o legislador *presumir* que os milhares ou milhões de destinatários de um determinado anúncio sejam, todos eles, atingidos pelo anúncio-revogação. As presunções contra o consumidor são inconstitucionais, pois violam o próprio sentido e fundamento do sistema protetório particular. (Neste sentido, BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e., *CBDC comentado...*, p.297).

¹⁴⁷ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

¹⁴⁸ Vale notar que a regra no CDC é sempre a da tutela específica. A conversão do inadimplemento em perdas e danos é escolha do consumidor, nos termos do transcrito § 1º do art. 84 CDC. Como explica a doutrina especializada: “o juiz somente poderá determinar perdas e danos, encaminhando para esse rumo a solução do litígio, por causa do inadimplemento do fornecedor, na hipótese de por essas vir a optar expressamente o autor; ou, quando ambos os resultados, hierarquicamente previstos no art.84, *caput*, mostrarem-se impossíveis. De qualquer forma, se tiver havido opção do autor por perdas e danos, não se cogitará de tutela específica ou equivalente” (ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza. *Código do consumidor comentado...*, p.396-397).

Sobreleva ainda notar que a hipótese prevista no inciso II do artigo 35 (entrega pelo fornecedor de produto ou serviço equivalente) deve verificar-se sucessivamente, e pressupõe a *impossibilidade* do fornecedor em cumprir a oferta nos seus termos, pois, do contrário, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, consoante disposição do inciso I. Cumpre notar, ademais, que tal impossibilidade deve ser *absoluta* e *superveniente* à oferta. Se *anterior*, estará configurada a publicidade enganosa, já que o fornecedor não pode anunciar o que não existe, fato este que também pode caracterizar crime de publicidade enganosa.¹⁴⁹ Por fim, celebrado o contrato, pode ainda o consumidor optar por rescindi-lo, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, além de eventuais perdas e danos (art. 35 III).¹⁵⁰

3.3.3.2. Do erro na oferta publicitária e a recusa de contratar

Outra questão de interesse para a matéria refere-se à eventual *recusa* do fornecedor em cumprir a oferta sob o argumento de *erro* na impressão do material publicitário veiculado.

Trata-se de tema de grande relevância prática e a doutrina especializada tem propugnado pela inaplicabilidade da teoria dos vícios do consentimento à publicidade, uma vez que esta não configuraria genuíno negócio jurídico. Segundo lição de Junqueira de Azevedo, a informação ou a publicidade suficientemente precisa “não contém declaração negocial, mas são somente atos legalmente equiparados à oferta; logo, não são negócios jurídicos, e sim atos que a lei atribui efeitos negociais (à semelhança das chamadas ‘relações contratuais de fato’).”¹⁵¹ Ou seja, não sendo a publicidade negócio jurídico, a ela não se aplicaria a matéria dos vícios do consentimento (erro, dolo, coação).

---

¹⁴⁹ Neste sentido, considerações de PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.114.

¹⁵⁰ Com propriedade, observa Adalberto PASQUALOTTO, que apesar do *caput* do artigo 35 equiparar as três hipóteses à *recusa* de cumprimento, ao dispor que “se o fornecedor de produtos ou serviços se *recusar* cumprimento à oferta...”, é certo que os incisos I a III versam sobre situações distintas. E aduz o autor que: “Recusa propriamente dita parece existir apenas na primeira hipótese. O fornecedor não quer cumprir o que consta na oferta, apresentação ou publicidade”. “Na segunda hipótese, a aceitação de outro produto ou serviço, facultada ao consumidor, faz supor alguma forma de impossibilidade. No inciso III, ao contrário dos precedentes, já existiria contrato”. (*Efeitos obrigacionais...*, p.105).

¹⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres...*, p.182.

Igualmente atrelado a este posicionamento encontra-se Adalberto Pasqualotto¹⁵², para quem “a publicidade é contato social de consumo, fonte de obrigação autônoma, da mesma categoria dos atos existenciais ou das condutas sociais típicas, produzindo, contudo, os mesmos efeitos dos atos negociais. Em decorrência, não se aplica à publicidade a disciplina própria dos atos jurídicos, inclusive o erro. Se o fato publicitário não depende da vontade para produzir efeitos, são irrelevantes os vícios que possam afetar a vontade de sua produção”.

Por sua vez, Benjamin enfoca a matéria a partir da impropriedade em se utilizar a teoria do *erro* na publicidade, no sentido técnico que lhe empresta o Direito, posto que de erro não se trata; a palavra erro deve ser utilizada apenas em seu sentido vulgar, sem a repercussão jurídica normal que desencadeia o Direito Civil, pois estar-se-ia, em verdade, diante de hipótese de “equivoco”, conceito que não se confunde com erro. Explica ainda o autor que no caso do anúncio em desarmonia com o querer do anunciante, não se trata de equivoco *sobre o bem*, mas de *equivoco em anúncio* sobre o bem.¹⁵³

Pela teoria do erro, recepcionada pelo artigo 139 do Código Civil, o erro é *substancial* ou *essencial*: i) quando recai sobre a *natureza do negócio*, situação em que se pratica um negócio jurídico pensando tratar-se de outro (alguém faz doação supondo estar vendendo); ii) quando recai sobre o *objeto principal da declaração*, quando, por exemplo, se adquire uma casa na cidade de Ubatuba acreditando situar-se em Ilha Bela ou, ainda; iii) quando recai sobre alguma *qualidade essencial do objeto*, como se dá no fato de uma pessoa acreditar estar comprando uma estatueta de marfim e, na verdade, adquire uma escultura de osso (inciso I).¹⁵⁴

---

¹⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.113.

¹⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC...*, p.286.

¹⁵⁴ O artigo 139, em seus incisos II e III, prevê ainda outras duas hipóteses de erro substancial. O inciso II prevê o erro sobre a pessoa, isto é, aquele que recai sobre a *identidade* ou *qualidade* essencial da *pessoa* a quem se refira a declaração de vontade e desde que tenha influído nesta de modo relevante. O erro de identidade pode ser físico, quando se confunde uma pessoa com a outra, ou civil, quando alguém se casa ignorando o estado civil de divorciado do outro cônjuge. Erro sobre a qualidade essencial pode ocorrer, por exemplo, no caso de erro sobre a sexualidade do parceiro. O inciso III traz o *erro de direito*, que se dá quando o agente emite a declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal, em regra, porque desconhece que determinada norma entrou em vigor ou foi revogada. O erro de direito não pode implicar em recusa à aplicação da lei e deve ser o motivo único e principal do negócio jurídico.

Assim, a publicidade que porventura veicula informação equivocada, por exemplo, sobre o preço do produto, condições de pagamento, prazo de entrega, estoque, não se subsumiria a nenhuma dessas hipóteses do artigo 139, porquanto o *erro é do anúncio*; não recai nem sobre o bem em si mesmo considerado (seu objeto ou qualidades essenciais), nem sobre a natureza do negócio jurídico.¹⁵⁵ Nas palavras de Herman Benjamin, “não há equívoco quanto à essência do bem, mas quanto à comunicação que sobre ele é feita, a custo e risco do anunciante. *E isso decididamente, não é erro, já que este deve estar diretamente relacionado com o bem e suas características e não com o discurso sobre seus atributos.* Inexistindo, pois, fragmentação material, mas simplesmente formal, incabível a invocação de erro”.¹⁵⁶

O que se percebe, portanto, dos diversos posicionamentos é que tanto numa quanto noutra interpretação – isto é, seja pela negação da aplicação dos vícios do consentimento (erro, dolo, coação) à oferta publicitária (30 CDC), seja porque a situação em exame não envolve, no conceito técnico do direito civil, erro mas simples equívoco do anúncio (Benjamin) – é certo que em qualquer uma delas a conclusão é sempre a mesma: o fornecedor não se exonera da responsabilidade instituída pelo artigo 30 do CDC. E essa conclusão tem mesmo uma razão de ser. É que no regime do CDC, informado pela *objetivação* da responsabilidade introduz-se uma nova regra de alocação de riscos, a partir da qual, beneficiando-se o fornecedor das vantagens que lhe proporciona as relações contratuais massificadas com as vantagens próprias da publicidade é ele quem deve assumir os riscos de sua atividade.

Não seria correto transferir esse risco ao consumidor que não tem a obrigação, tampouco condições de detectar eventuais erros do material publicitário. Este dever é do fornecedor, a quem incumbe proceder com a máxima diligência na verificação da adequação do anúncio que irá veicular, respondendo pelas eventuais falhas de sua atividade. Aceitar, portanto, o “erro de impressão” como “excludente” de tal responsabilidade seria contrariar as *regras principiológicas* do CDC que têm dentre seus

---

¹⁵⁵ Assim também entende PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.112.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *ob. cit.*, p.286.

fundamentos a *vulnerabilidade* do consumidor nas relações de consumo e a *objetivação da responsabilidade*.

Por outro lado, tendo em conta a leitura do artigo 30 do CDC em conformidade com a boa-fé objetiva (3º III CDC), agora sob o prisma da conduta do *consumidor*, uma vez que este princípio se aplica aos dois pólos da relação de consumo não nos parece, todavia, correto admitir a obrigatoriedade da oferta diante de um *erro grosseiro* do material publicitário, que poderia ser razoavelmente percebido pelo consumidor.

A alegação da condição de vulnerabilidade para exigir o cumprimento da oferta configuraria, neste caso, a sua má-fé. Assim, havendo flagrante erro ou equívoco na publicidade, perceptível de imediato pelo seu destinatário, não deve o Direito acobertar a celebração de negócios que o consumidor *sabe*, ou *razoavelmente deveria saber*, tratar-se de um equívoco. Impõe-se aplicar, com a devida prudência, a teoria da confiança na interpretação das relações de consumo e excepcionar a incidência do princípio da vinculação da mensagem publicitária.¹⁵⁷

Ensina Orlando Gomes que a *teoria da confiança*, “também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contratantes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, tem direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade”.¹⁵⁸

Assim, segundo essa teoria – que tem seu fundamento na boa-fé objetiva – enquanto um dos contratantes tem razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro há de se considerá-la perfeita por ter suscitado a *legítima confiança* em

---

¹⁵⁷ Observe-se, à propósito, que com o novo Código Civil a teoria da confiança também foi acolhida no artigo 138 do Código Civil/ 2002 para reger os negócios jurídicos sob a alegação de erro.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando em citação de GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile Italiano*, p.291 do 1º volume, 3ª edição in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.15.

sua veracidade.¹⁵⁹ Explica igualmente Fernando Scaff que “a proteção da confiança, tal como princípio geral da ordem jurídica, significa que *certas expectativas* que são suscitadas por um sujeito de direito em razão de um comportamento determinado em relação a um outro sujeito de direito, ou da comunidade jurídica em seu conjunto, *produzem seus efeitos jurídicos*”.¹⁶⁰ Desta feita, “havendo divergência (provada) entre a vontade interna e a vontade declarada, prevalece em princípio a vontade declarada, se (e na medida) em que *despertou a confiança*”.¹⁶¹

Desta feita, à luz da proteção da confiança nas relações de consumo, a matéria do erro na oferta publicitária pode ser solucionada da seguinte forma: se o consumidor destinatário da oferta sabia, ou poderia facilmente saber ou identificar o erro no material publicitário, a declaração da oferta não poderá ser tida como eficaz, já que não despertou a legítima confiança no consumidor, afastando-se, por conseguinte, o princípio da vinculação da mensagem publicitária. Contrariamente, surtirá todos os efeitos, ainda que não corresponda à vontade interna do fornecedor, se o consumidor não perceber, ou não tiver condições de perceber, o erro da oferta, sendo obrigatório proteger suas legítimas expectativas.¹⁶² Procura-se a um só tempo preservar a segurança das relações contratuais e evitar condutas de má-fé.

De modo a bem exemplificar a teoria da confiança na oferta publicitária, mencione-se fato recentemente ocorrido na madrugada do dia 20 de maio de 2009, quando o site da loja Fnac anunciou produtos eletrônicos – que, sabidamente, costumam ser

---

¹⁵⁹ Neste sentido, GOMES, Orlando, *ob. cit.*, p. 15.

¹⁶⁰ SCAFF, Fernando Campos. *As relações jurídicas privadas no direito à saúde*. Tese de livre-docência, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006, p.81

¹⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos...*, p.630.

¹⁶² Neste mesmo sentido parece ser a posição de grande parte da doutrina especializada, cf. BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos: “o normal é que a oferta é válida como transmitida, exceto quando seu destinatário sabe ou razoavelmente deveria saber que se tratava de equívoco” (*ob. cit.*, p.287); ROCHA, Silvio Luis Ferreira da: “Ocorrendo erro na oferta, esta é válida e vinculante se o destinatário – o consumidor– não souber ou não puder saber que a declaração não corresponde à vontade”(“Erro da oferta no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9, jan/mar 1994, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.58-62, p.61). NUNES, Rizzatto: “Relação que não se apresenta concretamente, na realidade, revestida da característica de respeito à boa-fé e ao equilíbrio, princípios básicos da Lei n.8.078, não poderia ser aceita como válida. Logo, nesse exemplo especial, no qual o equívoco é extremo, o direito tem de admitir a recusa do fornecedor, como rara exceção de cumprimento da oferta, uma vez que aquele erro leva para fora dos quadros regulares da juridicidade instituída e dos princípios e normas impostos pelo CC”. (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2005, p.368.)

bastante caros – pela bagatela de R\$9,90 (nove reais e noventa centavos). Dentre eles, o consumidor poderia encontrar, por exemplo, TVs de plasma, notebooks, celulares e etc. Os consumidores que efetuaram compras no site foram informados logo em seguida pela Fnac do cancelamento das vendas, tendo em vista que os preços irrisórios (em alguns casos representando menos de 1% do valor de mercado do produto) se deviam a um equívoco nos softwares que gerenciam o website, não se tratando de qualquer oferta ou promoção.

O caso teve grande repercussão, motivando inclusive manifestação do Procon/SP, cujo assessor-geral declarou que “no caso do equívoco no preço anunciado no site da Fnac, estava claro que havia ocorrido um erro, por conta da tamanha discrepância entre o valor real dos produtos e o publicado no site. O Procon tem o princípio da boa-fé e o equilíbrio na relação entre fornecedor e consumidor, que sempre fica em desvantagem”. Porém, cabe ao consumidor ter discernimento. “Quando se fala em uma promoção de R\$9,90, podemos imaginar produtos que custem até uns R\$ 50”.¹⁶³

Na situação relatada ficou evidente o erro grosseiro na veiculação do preço dos eletrônicos. Não há legítimas expectativas a se proteger pois a declaração da oferta não foi apta a despertar a confiança no consumidor médio (*standard* objetivo). Obrigar o fornecedor a cumprir tal oferta seria permitir que o consumidor se locupletasse de um erro, por ele sabido ou que razoavelmente poderia saber, para celebrar negócios injustos que não se sustentam à luz da boa-fé objetiva, princípio norteador das relações de consumo.

Tais situações de *erro grosseiro* não podem ser invocadas para possibilitar vantagem contratual injusta ao consumidor, notadamente porque a boa-fé objetiva aplica igualmente aos dois sujeitos da relação de consumo.

Em outro caso, embora a publicidade não contivesse propriamente erro, consumidor ajuizou ação de cumprimento de obrigação de fazer requerendo a venda de veículo de luxo pelo valor insignificante de US\$59,30 (ou R\$171,97 à época). O anúncio de jornal mencionava que o preço do veículo Alfa Romeo deveria ser lido em milhares, mas o consumidor alegava que a publicidade induzia em erro quanto ao valor do veículo.

---

¹⁶³ Declaração constante da matéria “*Erro faz site oferecer eletrônicos a R\$9,90*” publicada no jornal “O Estado de S.Paulo”, B16, negócios, em 21 de maio de 2009.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicando o princípio da boa-fé objetiva afastou a alegação de publicidade enganosa e ainda condenou o consumidor por litigância má-fé por se tratar de lide temerária na qual o próprio consumidor reconhecia que o produto estava com preço irrisório. Não fosse a existência de informação no anúncio (ainda que mediante asterisco em rodapé), a oferta publicitária não impedia o consumidor de compreender o seu real alcance tendo em vista que nenhum veículo, ainda mais de luxo, poderia ser ofertado por apenas R\$ 171,00. Como explicitou o TJ/RS, a boa-fé objetiva se aplica para ambas as partes da relação de consumo, o que impõe agir com lealdade recíproca.¹⁶⁴

Portanto, em situações de erro na oferta publicitária a melhor solução está na aplicação da teoria da confiança, como expressão da boa-fé objetiva: desobriga-se o fornecedor da declaração da oferta se o seu destinatário médio tiver condições de perceber, a partir de uma aferição objetiva, que tal declaração não corresponde à vontade interna do fornecedor.¹⁶⁵ Em outras palavras, em situações nas quais o erro do material publicitário se apresente grosseiro, visível pelo consumidor, não poderá subsistir a vinculação da mensagem publicitária.

---

¹⁶⁴ “AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. ANÚNCIO DE VENDA DE AUTOMÓVEL VEICULADO EM JORNAL. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA AFASTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DESVIRTUAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTANTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A solução do caso em exame encontra guarida no princípio da boa-fé objetiva que deve permear todas as relações jurídicas já que referido paradigma significa agir com lealdade em atuação refletida, sem abuso da parte contrária como ocorrido no caso em exame. LITIGANCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO. Reputa-se litigante de má-fé, aquele que usar do processo para conseguir objetivo ilegal. Aplicação das penas de litigante de má-fé com a condenação ao pagamento de multa prevista no artigo 18 do CPC no equivalente 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. VALOR DA CAUSA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. As regras que dispõem sobre o valor da causa (artigos 258, 259 e 260 do Código de Processo Civil), se constituem em matéria de ordem pública, sendo viável, portanto, a sua correção ex officio pelo juiz. APELO NÃO PROVIDO”. (Apelação Cível nº 70011573078-RS, TJ/RS, Des. Claudir Fidelis Faccenda, Décima Sexta Câmara Cível, j. 01.06.2005, DOU de 06.06.2005).

¹⁶⁵ Cláudia Lima Marques expõe o tema da seguinte forma: “A confiança serve assim a esta teoria como um parâmetro, um dado objetivo, que uma vez atingido traz a impossibilidade de anular-se por erro a declaração já veiculada; enquanto que a possibilidade de anulação da declaração serve de exceção justa, a ser permitida somente quando a declaração for tal que (objetivamente) não despertou a confiança no homem médio ou quando, individualmente, aquele consumidor tiver consciência, no momento da declaração, que ela não era a vontade do fornecedor (logo, a declaração nunca pode despertar a confiança subjetiva daquele indivíduo)”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p.631).

De toda sorte, a reação, instantânea e diligente do fornecedor anunciante, que, diante do erro grosseiro, retira a oferta do mercado e informa os consumidores sobre o problema, também é um importante indicativo de boa-fé e comportamento desejável. O fornecedor não pode se utilizar de expedientes grosseiros para chamar a atenção do consumidor e, ato seguinte, furtar-se ao cumprimento da oferta alegando erro grosseiro. Nesta hipótese, o anunciante estaria não só agindo contrariamente à boa-fé objetiva, mas dolosamente.

Cumpre notar, por fim, que a solução exposta acima foi igualmente adotada pelo novo Código Civil para o tratamento da hipótese de anulabilidade do negócio jurídico com fundamento em erro. Nos termos do vigente artigo 138 CC/02, o negócio jurídico somente poderá ser anulado se a outra parte pudesse perceber que a declaração de vontade foi emanada de erro. Do contrário, não sendo possível por pessoa de diligência normal constatar que a declaração de vontade foi proferida em erro, protege-se as legítimas expectativas geradas pelo negócio.¹⁶⁶

3.6. Princípio da não-abusividade

O princípio da não abusividade da comunicação publicitária pode ser identificado no artigo 37 § 2.º do CDC que proíbe toda e qualquer modalidade de publicidade abusiva. Segundo referido dispositivo legal “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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Por apresentar conteúdo vasto e flexível, pode-se afirmar que o § 2º do artigo 37 institui para as relações de consumo o princípio geral da não-abusividade ao vedar

---

¹⁶⁶ A moderna análise do erro do negócios jurídicos (art.138) está fundamentada na teoria da confiança e adota como critério para a anulabilidade do negócio jurídico justamente o conhecimento pela outra parte do erro na declaração. Assim, diz o lei civil, “*são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*”. A conduta do contratante que tem ciência do erro da outra parte e se omite pode ser equiparada ao “dolo por omissão” e o Código Civil vem corretamente sancionar tal conduta omissiva com a anulabilidade do negócio jurídico.

qualquer forma de publicidade que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, ou que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança.

Nota-se, ademais, que a norma em comento, alinhada com os direitos básicos do consumidor estipulados nos incisos I e VI do artigo 6º, têm por escopo assegurar a sua incolumidade física e psíquica e preveni-lo contra a veiculação de publicidade que de algum modo possa levá-lo a se comportar de forma perigosa, colocando em risco a sua saúde ou segurança. O código ético do CONAR apresenta, a propósito, igual preocupação ao coibir em seus artigos 19 a 26 a publicidade que transgride valores morais ou de abuso da confiança do consumidor, pela sua falta de experiência, medo, superstição ou incitação à violência¹⁶⁷ e, em especial em seu artigo 33, que condena o anúncio que manifeste descaso com a segurança do consumidor.¹⁶⁸

Em virtude dessa importante faceta da referida norma do CDC, pode-se dizer que “um dos subprincípios que integram o princípio da não-abusividade é o *princípio da inofensividade da publicidade*”¹⁶⁹, que justamente objetiva evitar que, em face da publicidade, o consumidor se comporte de forma perigosa à sua saúde e segurança ou o leve a adotar atitude atentatória aos princípios básicos de convivência social ou familiar.

---

¹⁶⁷ “Artigo 19 - Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar. Artigo 20 - Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade. Artigo 21 - Os anúncios não devem conter nada que possa induzir a atividades criminosas ou ilegais - ou que pareça favorecer, enaltecer ou estimular tais atividades. Artigo 22 - Os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir. Artigo 23 - Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade. Artigo 24 - Os anúncios não devem apoiar-se no medo sem que haja motivo socialmente relevante ou razão plausível. Artigo 25 - Os anúncios não devem explorar qualquer espécie de superstição. Artigo 26- Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência”.

¹⁶⁸ “Artigo 33. Este Código condena os anúncios que: a. manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada mensagem; b. estimulem o uso perigoso do produto oferecido; c. deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto; d. deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial; e. deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais”.

¹⁶⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *CBDC comentado...*, p.342.

No que tange ao Direito comparado, o princípio geral de não-abusividade também pode ser identificado no Direito europeu, por meio da Diretiva 2007/65/CE (que alterou a Diretiva 89/552/CEE relativa à coordenação das disposições legislativas das atividades de radiodifusão televisiva entre os Estados-Membros), cuja redação do vigente artigo 3ºE, item 1.(c) dispõe que “as comunicações comerciais audiovisuais não devem:

- i) comprometer o respeito pela dignidade humana;
- ii) conter ou promover qualquer discriminação com base no sexo, na raça ou origem étnica, na nacionalidade, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual;
- iii) encorajar comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança;
- iv) encorajar comportamentos gravemente prejudiciais à proteção do ambiente”.¹⁷⁰

O artigo 30 do *Codice del Consumo* italiano (D.Leg. 206/2005) reproduziu *in totum* a mencionada disposição da Diretiva Européia. O Código da Publicidade português (Decreto-Lei 330/90) traz em seu artigo 7º diversas situações que podem ser qualificadas dentro do conceito de não abusividade ao proibir a publicidade que estimule ou faça apelo à violência ou a qualquer atividade ilegal, que seja atentatória à dignidade da pessoa humana, discriminatória, utilize linguagem obscena, deprecie a imagem de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas.

A *Ley General de Publicidad* espanhola (Ley 34/1988) proíbe a *publicidade desleal* que, embora voltada à atuação dos concorrentes, tem dentre as suas definições, a

---

¹⁷⁰ “1. Gli Stati membri assicurano che le comunicazioni commerciali audiovisive fornite dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione rispettino le seguenti prescrizioni: a) le comunicazioni commerciali audiovisive sono prontamente riconoscibili come tali; sono proibite le comunicazioni commerciali audiovisive occulte; b) le comunicazioni commerciali audiovisive non utilizzano tecniche subliminali; c) le comunicazioni commerciali audiovisive: i) non pregiudicano il rispetto della dignità umana; ii) non comportano né promuovono discriminazioni fondate su sesso, razza o origine etnica, nazionalità, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale; iii) non incoraggiano comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza; iv) non incoraggiano comportamenti gravemente pregiudizievoli per la protezione dell’ambiente (...)”.

mensagem que provoca descrédito, denegrição ou menosprezo direto ou indireto de uma pessoa ou empresa (artigo 6º). Na França, foi introduzido por meio do Decreto nº 280 de 27 de março de 1992 (artigo 3º), disposição no sentido de que a publicidade deve ser conforme as exigências de veracidade, decência e respeito à dignidade da pessoa humana, proibindo-se, ainda, a publicidade atentatória à confiança do Estado.¹⁷¹

Como se pode notar, o respeito à dignidade humana e os valores ético-sociais que informam uma sociedade também é uma preocupação que permeia os mais diversos ordenamentos jurídicos e neles estão acolhidos de maneira clara e enfática.

A análise do caráter abusivo de uma publicidade, porém, não consiste em tarefa trivial, notadamente porque envolve análise valorativa pelo julgador, devendo-se tomar o cuidado para não confundir agressão aos padrões sócio-culturais de uma sociedade com os próprios e individuais valores do intérprete. Com efeito, não raro, a publicidade reflete os valores atuais de uma sociedade trazendo à baila toda uma discussão sobre a correção de tais valores e expondo verdadeiros conflitos de gerações. Outras vezes, tem por objetivo ilustrar uma situação jocosa, utilizando-se de algum artifício de humor, sem conteúdo denegritório ou discriminatório à coletividade. E, por vezes, apresenta conteúdo abusivo reprovado pelo artigo 37 § 2º CDC. A dificuldade está justamente em identificar e distinguir entre cada uma destas situações, como analisaremos detalhadamente no Capítulo 4º *infra* (item 4.3 e ss).

3.7. Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante

Na publicidade vige o princípio da inversão do ônus da prova, que resta a cargo do fornecedor anunciante. Dispõe o artigo 38 do CDC que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Incumbe, pois, ao anunciante provar a *não enganosidade* e a *não abusividade* da publicidade, isto é, a sua adequação às normas do CDC.

---

¹⁷¹ “Titre Premier – Publicité ; Chapitre Premier - dispositions générales. (...) 3.La publicité doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la dignité de la personne humaine. Elle ne peut porter atteinte au crédit de l’État”.

Este dispositivo está notadamente em harmonia com o direito básico do consumidor previsto no inciso VIII do artigo 6º e que estabelece a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Note-se que ambas as normas têm por escopo, com fundamento na vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º I CDC), equilibrar a posição das partes da relação de consumo com a inversão do ônus *probandi* a cargo do fornecedor, excetuando a regra geral de processo civil do artigo 333 I do CPC. A diferença, contudo, está no fato de que a inversão fixada no inciso VIII do artigo 6º do CDC só opera a critério do juiz, mediante a análise da verossimilhança do quanto alegado pelo consumidor e de sua hipossuficiência, ao passo que a inversão do ônus da prova do artigo 38 do CDC é obrigatória, vale dizer, não está na esfera de discricionariedade do magistrado. Isto significa que “havendo dúvida quanto a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, caberá sempre ao patrocinador de tal informação a comprovação de sua correspondência com a verdade”.¹⁷²

Ao consumidor, portanto, cabe provar a relação de causalidade entre a veiculação da publicidade e os danos sofridos. Ao fornecedor cabe fazer a prova exoneratória do alegado caráter enganoso ou abusivo da publicidade, rompendo com o nexo causal. Cumpre lembrar que como a responsabilidade civil informada pelo CDC é objetiva, inclusive em sede publicitária, não há que se provar ou discutir a culpa ou intenção do fornecedor.

A inversão estabelecida pelo artigo 38 também está em consonância com o já mencionado artigo 36, parágrafo único do CDC que institui para o fornecedor o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que são sustentação à mensagem publicitária. É mesmo o fornecedor o único capaz de provar a adequação de suas afirmações ao princípio da veracidade. O Decreto n.2181/97, que regulamenta o CDC, também contém disposição específica sobre a inversão do ônus da prova em matéria publicitária e estabelece em seu artigo 14, § 3º que “o ônus da prova da veracidade (não -

---

¹⁷² ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza. *Código do Consumidor Comentado*, 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.70.

enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

3.8. Princípio da correção do desvio publicitário

Este princípio é decorrência lógica dos artigos 56, inciso XII e 60 do CDC, e com base nos quais se possibilita a *correção* do desvio publicitário por meio da sanção específica de “contrapropaganda”.

Consiste em medida que objetiva desfazer no imaginário dos consumidores a mensagem abusiva ou a qualidade enganosa do produto anunciado, especialmente em situações nas quais o fornecedor divulgou a peça publicitária por longo tempo, tornando-a capaz de permanecer no imaginário do público consumidor mesmo após a sua cessação. Daí a necessidade de se desfazer a falsa imagem ou a abusividade por meio da medida corretiva. O § 1º do artigo 60 CDC determina que a contrapropaganda seja divulgada, às expensas do anunciante, na mesma dimensão e, *preferencialmente* no mesmo veículo, frequência e horário da publicidade declarada enganosa ou abusiva.

Quanto à aplicação dessa sanção, verificamos que doutrina e jurisprudência não são uniformes acerca da possibilidade de sua imposição em ambas as vias: administrativa e judicial. Tendo em vista o veto ao § 4º do artigo 37 do CDC – que previa expressamente a possibilidade do Poder Judiciário condenar o fornecedor a fazer veicular uma contrapropaganda – há quem entenda que a contrapropaganda é medida *exclusivamente administrativa*.¹⁷³ O posicionamento majoritário parece admitir a aplicação dessa sanção tanto na esfera administrativa quanto judicial, uma vez constatada a

---

¹⁷³ Neste sentido, na doutrina MARQUES: “com o veto, a contrapropaganda permanece prevista como sanção administrativa, no art.56, XII, do CDC” (MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p.683). Na jurisprudência, informa Vitor Marais de Andrade, posicionamento proferido pela Justiça Estadual Paulista nos autos de ação civil pública proposta pelo MP/SP em face de Cogumelo do Sol (processo n.03.151147-3), no qual o magistrado, após considerar a publicidade divulgada pela ré abusiva, considerou que o Ministério Público não teria razão quanto ao pedido de imposição de contrapropaganda, pois esta medida seria de caráter administrativo a ser aplicada pela autoridade administrativa (artigo 56, XII e parágrafo único CDC). (ANDRADE, Vitor Moraes de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p.97).

ilicitude da publicidade, desde que observado o contraditório e a ampla defesa, bem como a efetiva utilidade da medida¹⁷⁴

Ao lado da penalidade de contrapropaganda, a publicidade enganosa ou abusiva (37 CDC) pode ensejar ainda outras sanções administrativas (artigo 55 e ss), além de reparação civil (6º VI e 37) e/ou penal (67 e 68). A proteção efetiva do consumidor contra a publicidade ilícita e a reparação dos eventuais danos gerados, morais e patrimoniais, consistem em direito básico dos consumidores (6º IV e VI).

---

¹⁷⁴ Em sentido favorável à aplicação da contrapropaganda pela via judicial e administrativa, na doutrina, encontramos, por exemplo, dentre outros, NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista *Direito do Consumidor*, v.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 69-70 e para quem “sanção pode ser aplicada como penalidade administrativa ou imposta por ordem judicial, às expensas do anunciante”; ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções administrativas...*, p.97, “inclusive em razão do artigo 5º, XXXV, CF”.

CAPÍTULO 4º

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TIPOS DE PUBLICIDADE ILÍCITA. CONTROLE. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS.

4.1. Considerações gerais

O artigo 37 do Código brasileiro de Defesa do Consumidor regulamentou e proibiu duas modalidades de publicidade ilícita: a enganosa e a abusiva. Trata-se, no entanto, de dispositivo de lei que apresenta tipo aberto, com cláusulas gerais, o que possibilita o controle de legalidade das mais variadas inovações publicitárias, sejam elas enganosas ou abusivas, com o aperfeiçoamento necessário da matéria pela doutrina e jurisprudência de modo a acompanhar o Direito as mudanças e evoluções dos padrões sociais.

A *publicidade enganosa* tem por efeito gerar uma distorção no processo decisório do consumidores, induzindo-os em erro quanto às reais características do produto ou serviço anunciado ou de suas condições de contratação, seja pela inexatidão ou falsidade das informações veiculadas, seja pela omissão de dados relevantes. A proteção do consumidor contra esse tipo de publicidade ilícita encontra fundamento na própria validade da futura relação de consumo. Sendo o consentimento do indivíduo informado pressuposto de validade do negócio de consumo, procura-se com a vedação legal assegurar que a escolha do consumidor se manifeste de modo consciente, sem engano ou surpresas em relação aos produtos ou serviços contratados.¹⁷⁵

---

¹⁷⁵ Neste sentido, reconhecendo publicidade enganosa por omissão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou rescisão de contrato de assinatura de revista tendo em vista que consumidora fora induzida em erro por material publicitário que anunciava o recebimento de um aparelho celular na contratação da assinatura anual da revista Exame. Após assinar a revista, consumidora foi informada por meio de “voucher” que deveria efetuar novos desembolsos para habilitação do aparelho celular. No caso, houve indução em erro do consumidor quanto às reais obrigações que teria que contrair para gozar do benefício do aparelho celular, informações estas essenciais e que influenciaram o seu comportamento econômico, pois se delas tivesse conhecimento não teria realizado a contratação. (TJ/RS, Apelação Civil n.70003375276, Rel. Paulo Antonio Kretzmann, 10 câmara civil, j. em 15.08.2002).

A lei pune não só a *efetiva* indução em erro (dano concreto individual), mas também a *potencialidade* da mensagem levar seus destinatários ao engano, como ocorre nas ações de tutela coletiva da publicidade, em que se exige apenas a demonstração do dano potencial (i.e., efetiva capacidade da mensagem induzir em erro o grupo de consumidores atingidos). Por isso se afirma que a vedação à publicidade enganosa objetiva a proteção da incolumidade volitiva e econômica do consumidor. Parte-se do pressuposto de que se não houvesse o engano (ex: falsidade ou omissão de informações essenciais) a escolha do consumidor seria diversa. Observe-se, todavia, que na tutela individual do consumidor não se poderá falar em indução em erro ou prejuízo econômico se, conscientemente e de qualquer modo, ele procederá a mesma escolha, tendo em vista suas preferências ou vantagens oferecidas pelo produto ou serviço.

Ainda nesta parte introdutória, lembramos que a publicidade enganosa consiste em prática repugnada não só para a defesa do consumidor como também no âmbito das empresas, podendo ensejar, neste aspecto, ilícitos civil e penal nos termos, por exemplo, da Lei de Concorrência Desleal (art.195 da Lei 9.279/1996). Com efeito, embora o Art.37, § 1º do CDC não tenha disposto quanto aos direitos dos concorrentes contra a publicidade enganosa de terceiros, proteção essa que constou expressamente, por exemplo, da Diretiva Européia 2006/114/CE¹⁷⁶ recepcionada nas legislações de diversos Estados-membros, é certo que uma publicidade enganosa pode gerar inúmeros prejuízos ao mercado como um todo e atingir os interesses privados das empresas, seja pelo desvio de clientela que pode causar, seja pelo denegrimiento da imagem da empresa concorrente, reprimindo a Lei 9.279/96 referidas condutas desleais.¹⁷⁷

---

¹⁷⁶ “Art. 2º b) “Publicidade enganosa”: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento econômico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”.

¹⁷⁷ Vale notar que no âmbito concorrencial, a publicidade enganosa com objetivo de dificultar o desenvolvimento de empresa concorrente pode ser enquadrada dentro do tipo geral previsto no artigo, 21, inc. V da Lei 8.884/94, que aponta como infração à ordem econômica atos com o objetivo de “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços. Adverte-se, todavia, que no que tange à aplicação da Lei Concorrencial, importante que os incisos previstos no artigo 21 sejam sempre lidos em conjunto com o disposto no artigo 20 da Lei 8.884/94, na medida em que pressuposto da ocorrência de infração concorrencial é a existência de poder de mercado por parte da empresa infratora.

O sancionamento à publicidade abusiva, por seu turno, encontra fundamento na preservação da incolumidade moral (e até mesmo física) do consumidor. Obriga o anunciante a respeitar em suas mensagens os valores sociais básicos e ainda proíbe qualquer publicidade que possa induzir o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º).

Assim, diferentemente da enganosidade, a tutela na publicidade abusiva não está relacionada a um efetivo prejuízo econômico a partir da alteração da vontade do consumidor, mas à sua segurança contra mensagens que possam levá-lo a situações de perigo (ex: publicidade que estimule a auto-medicação) ou à tutela da própria sociedade como um todo contra eventuais danos difusos a partir da veiculação de mensagens contrárias aos valores sociais protegidos pela nossa Constituição Federal, como são os valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da preservação da paz, do meio ambiente, etc.

Como se percebe, o Código de Defesa do Consumidor, na precisa lição de Antonio Herman Benjamin¹⁷⁸, criou mecanismos de proteção do consumidor em sua dupla face existencial: como partícipe do mercado e como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais. Passemos então à análise dos critérios para configuração dessas duas modalidades de publicidade ilícita.

4.2. Parâmetros da publicidade enganosa. Elementos para configuração

A publicidade enganosa pode se manifestar de duas formas: por ação ou omissão. Com efeito, determina o § 1º do artigo 37 que “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”¹⁷⁹. E o § 3º, por sua vez, define a

---

¹⁷⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC comentando*, p.340.

¹⁷⁹ Segundo nos relata BENJAMIN (*ob. cit.*, p.326), a redação do § 1º do artigo 37 do CDC teve inspiração no *Projet de Code de la Consommation* francês, cujo artigo 48 do projeto (atual artigo L-121 do Código em vigor), assim dispõe: “Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des

enganosidade por omissão como aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Assim, de acordo com a referida norma legal, poderá haver publicidade enganosa por meio da veiculação de informação, total ou parcialmente, falsa, induzindo positivamente o consumidor em erro no tocante às diversas características do produto ou serviço anunciado (enganosidade por comissão), como também por meio da veiculação de informação verdadeira, mas que ainda assim induza o consumidor em erro se, por exemplo, deixar de informar sobre algum dado essencial do produto ou serviço, isto é, sobre algum dado que constitua informação relevante ao consumidor no momento de sua escolha (enganosidade por omissão).¹⁸⁰

Poderá ainda haver as duas modalidades de enganosidade em uma só publicidade, isto é, caso, ao mesmo tempo, seja veiculada falsa informação e omitido dado essencial sobre o bem ou serviço. Em qualquer situação haverá a turbação da declaração de vontade do consumidor para celebração do negócio de consumo em virtude do vício de informação.

Da definição contida no § 1º do artigo 37 do CDC se extrai que a publicidade será enganosa quando veicular informação de *caráter publicitário*, capaz de *induzir o consumidor em erro* quanto às características do produto ou serviço anunciado, quer pela sua *falsidade* quer por *qualquer outro meio* (omissão, ambigüidade, inexactidão), de modo a influenciar sua vontade com repercussão na sua escolha econômica. Em outras palavras, trata-se de verificar se a mensagem de caráter publicitário apresenta potencial enganoso apto a induzir o consumidor em erro e influenciar o seu comportamento econômico, que seria diverso caso estivesse melhor informado sobre as características do produto/serviço

---

allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires”.

¹⁸⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, expõe a matéria da seguinte forma: “na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é”. (CBDC comentado..., p.328).

ou de suas condições de contratação (nexo causal entre a mensagem e o possível comportamento viciado do consumidor).¹⁸¹

Vale notar que em pedidos de natureza difusa (coletiva), no exame do nexo de causalidade entre a mensagem e a indução em erro não se exige a comprovação do dano efetivo, i.e., a contratação viciada por diversos consumidores, mas apenas a capacidade da mensagem de influenciar a vontade do consumidor pela sua desinformação ou pela informação equivocada (“a mensagem é capaz de enganar”). Embora sem exigir o dano concreto (i.e., o engano com repercussão econômica) é preciso verificar a efetiva potencialidade da mensagem induzir em erro uma coletividade de consumidores configurando-se, portanto, o *dano potencial* (ou o potencial enganoso) *requisito de ilicitude da publicidade enganosa*. A mensagem que não tem aptidão para induzir em erro seus destinatários não pode ser qualificada como enganosa.

4.2.1. Conceito jurídico de “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário”. Promoções, embalagens, rótulos, merchandising

Em primeiro lugar, é preciso definir que tipo de informação ou mensagem pode ser objeto de controle de enganabilidade. Nos termos do já mencionado art. 37 § 1º CDC sujeita-se ao controle de enganabilidade “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário” que possa induzir em erro o consumidor a respeito das características e qualidades do produto ou serviço. Isso quer significar que não é toda informação que é objeto da norma, mas apenas aquela de *caráter publicitário*, o que nos remete ao próprio conceito de publicidade estudado no Capítulo 2º deste trabalho.

---

¹⁸¹ Assim, por exemplo: “INDENIZAÇÃO - TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO – PUBLICIDADE ENGANOSA CONFIGURADA. A PUBLICIDADE ENGANOSA é aquela que provoca distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, se estivesse melhor informado, possivelmente não o faria. O consumidor tem o direito de não ser enganado quando acredita estar adquirindo um plano de financiamento para casa própria ao passo que, na verdade, está aderindo a um plano de capitalização” (Apelação Cível n.1.0194.05.044674-0/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Des. Mota e Silva, j. em 22/03/2007).

A mensagem é publicitária quando apresenta o escopo, direto ou indiretamente, de promover a aquisição de bens ou serviços pelo consumidor. Distingue-se da mera informação que é neutra e desinteressada na apresentação dos dados e características do produto ou serviço como são, por exemplo, as informações de conteúdo jornalístico ou científico. Uma matéria elaborada por profissional que informe o consumidor sobre as características de certo(s) produto(s), a partir de pesquisas ou estudos realizados não pode ser confundida com publicidade. Havendo, no entanto, interesse comercial na divulgação do produto necessário advertir o consumidor de que se trata de um “Informe Publicitário” e não de uma opinião desinteressada. A informação de caráter publicitário também não se confunde com a chamada propaganda, cujo objetivo é a divulgação de idéias sem finalidade econômica (ex: propaganda eleitoral, religiosa, governamental).

Destarte, o comportamento econômico que se pretende provocar no consumidor (incentivando-o à aquisição de produto ou utilização de serviço) é o elemento-chave que qualifica a informação sujeita ao controle do artigo 37 do CDC. Neste contexto, e considerando a *textualia* aberta da lei, podem ser qualificadas como publicitárias além das publicidades *típicas*, comumente verificadas em rádio, televisão, jornais e revistas (publicidade tradicional), todas as demais informações que, de algum modo, tenham essa mesma finalidade de incentivar uma relação de consumo. Vale dizer, o artigo 37, §1º compreende *qualquer forma de mensagem difundida no exercício de uma atividade profissional para divulgação de produtos e serviços ao público em geral com vistas a promover o seu consumo*.

Há diversas mensagens que podemos chamar de *atípicas* (ou de não tradicionais) que se enquadram no conceito de publicidade do CDC 37, sujeitando-se ao controle de enganiosidade. Neste conjunto, podemos mencionar as diferentes estratégias de marketing como as *promoções de vendas*¹⁸² levadas ao conhecimento do consumidor diretamente no ponto de venda através de material publicitário, embalagens, cupons, sorteios, etc. ou qualquer outro meio (ex: técnica do “*retail as ambassador*”¹⁸³,

---

¹⁸² Sobre o conceito de promoções de vendas e suas diversas modalidades, remetemos o leitor ao Capítulo 2º, item 1.2 deste estudo (“*Marketing e Publicidade*”)

¹⁸³ O *retail as ambassador* consiste em publicidade verbal, realizada pelo próprio vendedor ou caixa do varejo diretamente nos pontos de venda, que de modo orientado pelo fornecedor oferece ao consumidor um

telemarketing); os diversos cartazes e folhetos publicitários divulgados no varejo; as correspondências enviadas por correio (mala-direta), bem como as *embalagens* e *rótulos* que eventualmente contenham dizeres não meramente informativos, como são os *slogans*, promoção do tipo “leve 3 pague 2”. Este conceito de publicidade está, ademais, em linha com a interpretação dos próprios agentes do mercado a respeito do termo, conforme disposição do artigo 18 (a) do Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹⁸⁴

No que tange à *embalagem do produto*, importante observar que, *a priori*, ela não deve ser compreendida no conceito amplo de publicidade (artigo 37), pois consiste no meio pelo qual o fornecedor apresenta ao consumidor os seus produtos e as informações técnicas a ele relacionadas, sujeitando-se aos deveres do artigo 31 CDC (aplicável à oferta não publicitária). Para fins de incidência do conceito legal de “informação ou comunicação de caráter publicitário” é preciso que a natureza publicitária seja identificada nas *mensagens ou desenhos gráficos apostos à embalagem* ou ao *rótulo* do produto, como por exemplo, se pode extrair das informações apostas às embalagens que façam referência a uma promoção (ex: “leve mais e pague menos”) ou dos dizeres e imagens que exaltem a eficácia, características ou propriedades do produto de modo a chamar atenção do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça determinou que fornecedor cessasse a veiculação de *slogan* publicitário “*diet por natureza*” aposto em rótulo de água mineral por entender que esta expressão poderia induzir os consumidores em erro quanto às propriedades do produto.¹⁸⁵ Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

---

produto substituto ou ressalta expressamente as características do produto escolhido de modo a estimular o seu interesse em uma aquisição em maior quantidade.

¹⁸⁴ O artigo 18 (a) do Código do CONAR dispõe que, para efeitos deste Código, “a palavra anúncio é aplicada em sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. As embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante”, nesta última hipótese, a modalidade clássica/tradicional de publicidade.

¹⁸⁵ Nos termos da Ementa: “ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE ÁGUAS. NORMAS BÁSICAS DE ALIMENTOS. SLOGAN PUBLICITÁRIO APOSTO EM RÓTULO DE ÁGUA MINERAL. EXPRESSÃO “DIET POR NATUREZA”. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR EM ERRO. 1. (...) 4. Somente os produtos modificados em relação ao produto natural podem receber a qualificação de diet o que não significa, apenas, produto destinado à dieta para emagrecimento, mas também a dietas determinadas por prescrição médica motivo pelo qual a água mineral, que é comercializada naturalmente, sem alterações em sua substância, não pode ser assim qualificada porquanto não podem ser retirados os elementos que a compõem. 5. In casu, o aumento de vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário

entendeu que a veiculação de imagem de plantação de olivas aposta ao rótulo de *óleo composto enlatado* poderia induzir o consumidor em erro quanto à real composição do produto, acreditando tratar-se de *azeite de oliva*. De modo a evitar a sugestão enganosa contida na embalagem o TJ/SP determinou que se veiculasse no rótulo do produto os percentuais exatos de cada um dos seus ingredientes (i.e. óleo de soja, azeite e aroma) de modo a bem informar o consumidor a natureza mista do produto, com percentual de óleo de soja em quantidade superior ao de azeite de oliva.¹⁸⁶

Importante consignar ainda que, embora a embalagem seja em regra o meio de apresentação dos produtos, em determinadas situações, a depender do seu *design*, isto é do seu tamanho e forma, ela também poderá induzir os consumidores em erro caso os levem a crer que o recipiente contém mais produto do que efetivamente apresenta.¹⁸⁷ Neste caso, poder-se-ia falar em uma *concepção enganosa do design da embalagem* do produto para fins de controle pelo artigo 37 CDC.

Em qualquer situação que se avalie eventual enganiosidade da embalagem – seja em relação ao seu *design*, seja em relação às *mensagens, slogan, desenhos* ou *símbolos* apostos à ela – é preciso verificar se existem outras informações, veiculadas na própria embalagem ou rótulo do produto, que afastam eventual indução em erro do consumidor. Neste caso, havendo informações complementares na embalagem é preciso checar em que medida tais informações encontram-se veiculadas para se concluir quanto à existência ou inexistência de potencial de indução em erro do consumidor sobre as características do produto. Quanto maior for a qualidade da informação tanto menor será o risco de uma

---

encerrar a publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor em erro. (...)” (STJ, Recurso Especial nº447.303-RS, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ, 28/10/2003).

¹⁸⁶ Ementa: “BEM MOVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Verificada a possibilidade do consumidor ser induzido em erro em decorrência de rotulagem do produto, se faz necessária a menção expressa sobre o percentual de óleo de soja nele contido. Sentença mantida. Recurso improvido”. Conforme Voto-Relator: “se observarmos a rotulagem do produto, verifica-se claramente que todos os desenhos se referem a uma plantação de oliva, ou seja, induzem o consumidor a acreditar, num primeiro momento, que se trata de azeite de oliva. E a sugestão enganosa contida na embalagem deve ser reprimida. Portanto, para evitar qualquer erro de interpretação por parte do consumidor, uma vez que o CDC prevê expressamente a necessidade de informações claras e precisas sobre o produto, necessária se faz a introdução na embalagem do percentual de óleo de soja. Observe-se ainda que o próprio nome do produto também pode levar o consumidor à confusão”. (TJ/SP, Apelação c/ revisão nº1.092.467-0/2, 26ª Câmara, Des.Felipe Ferreira, j.10/11/2008).

¹⁸⁷ Sobre a hipótese de *design* enganoso, v. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado*, p.276, em comentários ao artigo 31 do CDC.

embalagem ou mensagem publicitária ser qualificada como enganosa, ainda que contenha alguma característica que, em tese, poderia ser considerada passível de indução em erro.

Neste sentido, ressaltamos novamente o recente entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso envolvendo embalagem de “óleo composto enlatado”, cujas ilustrações de plantações de olivas somado à marca do produto (*Olívia*) poderiam induzir o consumidor a pensar que se tratava de um azeite (mesmo havendo informação sobre a natureza de “óleo composto” logo abaixo da marca). A mencionada decisão do TJ/SP, que confirmou o pedido do Ministério Público, exigiu que o fornecedor veiculasse na embalagem do produto os percentuais de cada um de seus ingredientes (i.e., de óleo de soja e de azeite de oliva) de modo a afastar o potencial enganoso da marca e das ilustrações de plantações de oliva.

Em conclusão, pode-se afirmar que, havendo clara informação sobre a natureza e composição do produto, incumbe ao consumidor ter um mínimo de atenção sobre as características do produto que pretende adquirir. Com efeito, é *dever do fornecedor*, de um lado, cumprir com a boa informação sobre as características do bens e serviços ofertados, mas é também *dever do consumidor*, de outro, ler as informações veiculadas no material publicitário ou constantes da embalagem e rótulo do produto. Não se pode afastar do consumidor, como *parte* da relação de consumo, o dever mínimo de atenção às informações prestadas sobre os produtos e serviços do quais tenha interesse, conforme moderno padrão de consumidor adotado pela recente doutrina e jurisprudência sobre a matéria¹⁸⁸.

Ainda sobre a embalagem do produto, de grande importância mencionar a prática ilegal do conhecido *trade-dress*, situação em que uma empresa se utiliza da semelhança de cores, imagens, marca e desenhos de um produto concorrente para gerar confusão no consumidor, que o adquire acreditando ser de outra empresa.¹⁸⁹ Essa prática

---

¹⁸⁸ Sobre o contemporâneo padrão de consumidor, v. neste Capítulo, item 1.2.2 (*infra*).

¹⁸⁹ Na jurisprudência, por exemplo: “Propriedade Industrial. Marca. Registro no INPI. Notoriedade reconhecida internacionalmente. Reprodução. Possibilidade de Confusão. Proteção legal que garante a sua utilização exclusiva. Marcas que se encontram na mesma classe. Colidência com a possibilidade de ser o público alvo induzido a erro por imprimir uma identidade própria. Ramos de atividades semelhantes, que possa levar o consumidor a acreditar tratar-se de matriz e filial. Dever de indenizar presente. Apelo improvido”. Tratava-se de anúncios de jornais nos quais a empresa PNEUBACK utilizou-se indevidamente

pode ser contestada não só no âmbito da concorrência desleal (entre concorrentes), mas também sob outra perspectiva, o da tutela difusa ou individual dos consumidores, por restarem induzidos em erro quanto à real origem do produto adquirido e de seu fornecedor. No âmbito da tutela difusa, tanto poderá haver ações promovidas diretamente pelos órgãos legitimados do artigo 82 CDC quanto a partir de denúncias dos cidadãos ou empresas levadas aos conhecimentos de tais órgãos para investigação e tomada de medidas cabíveis.

Por fim, de modo a contemplar o conceito amplo de publicidade do artigo 37 do CDC devemos mencionar o *product placement* (também conhecido no Brasil por *merchandising*) e a publicidade redacional, dado o caráter publicitário que tais mensagens apresentam. No caso do *product placement* ou *merchandising* se a exibição do produto ou serviço durante a veiculação de determinado programa de entretenimento não fizer parte do enredo do programa, filme ou novela, mas estiver vinculada a um pedido do fornecedor então estaremos diante de uma mensagem de caráter publicitário e sua eventual enganiosidade – formal ou material – poderá ser avaliada à luz do artigo 37.

A publicidade redacional, por sua vez, tem a aparência de matéria jornalística, pois apresenta as características de produtos ou serviços de modo mais descritivo. De sua forma ou conteúdo o consumidor deve perceber que se trata de um informe publicitário, diferenciando-o das demais matérias constantes do veículo de comunicação. A natureza promocional de tais mensagens, tanto no *product placement* quanto na publicidade redacional, deve restar identificada pelos seus consumidores-destinatários.¹⁹⁰

---

das principais características da marca “PIRELLI” e reproduziu a marca registrada “P” com o intuito de confundir o consumidor e aproveitar-se da fama desta marca mundial. Conforme Voto-Relator: “Dedicando-se à “remodelagem” de pneus, procurou com isso comparar indevidamente as qualidades dos seus pneus com os produtos das autoras, ao reproduzir em seus anúncios “PNEUBACK” as principais características da marca “PIRELLI” inclusive com as cores vermelha com fundo amarelo, inserindo ainda a frase “um dia todo pneu vai ser assim”, querendo fazer crer ao consumidor que os produtos por ela comercializados, que são estruturas de pneus usados, recapeados para novo uso, têm a mesma qualidade, durabilidade e segurança dos pneus originais das autoras, o que não corresponde à verdade. (...) O fato de ambas as atividades se encontrarem na mesma classe, é suficiente para impossibilitar o uso da logomarca, cuja colidência merece relevância não só quanto ao produto, como também o tipo de consumidor a que ele se destina. Não se destinando os produtos em questão a consumidores específicos, dotados de conhecimento técnico, não está afastada a possibilidade de ser público-alvo induzido em erro”. (TJ/SP, Apel. Civil com Revisão n.455.505-4/3-00, 10ª Câmara de Direito Privado, j. em 30.09.2008). Sobre o assunto, v., ainda, neste estudo, item 5.5.2.2 do Capítulo 5º *infra* (“requisitos negativos de licitude da publicidade comparativa”).

¹⁹⁰ Sobre estas duas modalidades de técnica publicitária, remetemos o leitor ao Capítulo 5º *infra*, itens 5.1.1 e 5.1.2.

Não poderíamos deixar de mencionar ainda a publicidade *on line*, veiculada por meio da Internet (sites, e-mails, *twitter*, *blogs*, *pop up*) ou por meio de aparelhos com conexão à internet, como são os celulares e computadores de mão. Dentre as técnicas publicitárias mais comuns de comunicação via Internet encontramos o *site*, que pode apresentar informações sobre a empresa ou produtos e serviços que comercializa (site institucional) como também oferecer recursos para compra *on line* (loja virtual), assistência técnica, esclarecimentos de dúvidas, entretenimento e recursos tecnológicos capazes de agregar valor ao produto ou serviço¹⁹¹.

Também é bastante comum o uso de *janela pop-up* (peça publicitária que se destaca do navegador, no campo visual do usuário e que pode ser por ele lida ou fechada); *banner* (pequeno anúncio digital colocado à margem de outras informações); envio de *e-mails*, torpedos (SMS), dentre tantas outras possibilidades. Os chamados *twitter* e *blogs*, recentes redes sociais, se contiverem anúncios publicitários, estes devem ser identificados pelos consumidores e estão sujeitos ao controle de enganiosidade. Mais recentemente também verificamos o surgimento da chamada publicidade *indoor*, realizada dentro de estabelecimentos, como a publicidade veiculada em rede de televisão interna do próprio supermercado ou no interior de carros, assentos de aviões, banheiros de bares e restaurantes, etc.

Estas novas modalidades de comunicação consistem em informações de caráter publicitário e sujeitam-se igualmente aos princípios informadores do sistema da publicidade (isto é, aos deveres de transparência e não abusividade), embora seu controle no Brasil ainda seja mais recente.

---

¹⁹¹ Neste sentido, v. EREMBERG, Jean Jacques. *Publicidade Patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.41.

4.2.2. A verificação do potencial enganoso da mensagem publicitária

4.2.2.1. Falsidade, inexatidão, ambigüidade, omissão ou qualquer outro meio capaz de induzir em erro

Uma vez constatado o caráter publicitário da informação ou comunicação veiculada aos consumidores, deve o julgador passar à análise objetiva do seu *potencial enganoso*. Trata-se de árdua, porém, fundamental tarefa, já que a licitude ou ilicitude de uma publicidade depende desta análise.

A exegese do termo “capaz de induzir em erro”, previsto no § 1º do artigo 37, quer significar que a publicidade, para ser declarada ilícita, deve conter elementos suficientes para enganar o consumidor, isto é, levá-lo à falsa percepção da realidade. Trata-se, pois, de constatar o nexo de causalidade entre a mensagem e o engano, ainda que potencialmente, dos consumidores.¹⁹² Cumpre notar que, no âmbito da tutela coletiva, a verificação do *potencial enganoso* já é suficiente para gerar efeitos civis, ainda que não se realize o dano efetivo.

Uma mensagem pode ser suscetível de induzir em erro os seus destinatários quando se apóia em dados, total ou parcialmente, falsos. A mensagem é falsa quando atribui qualidades ao produto ou serviço que, porém, não correspondem ao seu real desempenho. Neste sentido, foi julgada enganosa publicidade que anunciava condicionadores de ar “*totalmente silenciosos*” quando tal qualidade não se verificava no uso do produto, restando caracterizada a falsidade da informação publicitária.¹⁹³

---

¹⁹² CENEVIVA, Walter observa que “o termo capaz se refere aos elementos objetivos da publicidade, suficientes para enganarem”. (in *Publicidade e Direito do consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.119).

¹⁹³ Na sentença, o juiz federal ressaltou com acerto que: “Por “silêncio” ou “totalmente silencioso” deve ser a qualidade que não possa enganar, induzir em erro, confundir ou pensar que seja verdade ao cidadão comum e não aquele técnico especializado com formação profissional de engenharia que lhe permita calcular os decibéis dos ruídos produzidos. (...) Os produtos de ambas as rés, anunciados e propagados como silenciosos não os são, seja porque produzem ruído, e ainda que ruídos suportáveis pudessem conter, não indicam a sua ausência, caracterizando perfeitamente a propaganda enganosa” (Ação Civil Publica, Processo n.89.0035.491-4, , Ministério Público Federal de São Paulo x Springer Carrier do Nordeste, in *Revista de Direito do Consumidor*, n.10, Editora: Revista dos Tribunais, p.279).

Igualmente enganosa a publicidade falsa que promete aos consumidores o direito de se hospedarem em rede de hotéis durante vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, promessa que não se verifica no momento da contratação¹⁹⁴.

Também considerada enganosa publicidade impressa e via Internet realizada no dia dos namorados na qual se oferecia a entrega gratuita de dois bombons de chocolate – em forma de coração e com volume – bastando, para tanto, o preenchimento pelo consumidor de formulário eletrônico com dados pessoais, quando, em verdade, referidos bombons eram apenas duas laminas finíssimas de chocolate. Ao não se verificar uma adequada correspondência entre o ofertado e o produto realmente entregue, existia o risco de que os consumidores, acreditando receber “bombons” de acordo com o anunciado, vissem frustradas as expectativas geradas pela publicidade ao descobrirem que o que se entregava eram duas pequeníssimas “tiras de chocolate” que nada tinha a ver com os esperados bombons¹⁹⁵ (aqui um exemplo de reprodução na publicidade de *design* enganoso de embalagem).

Há, portanto, falsidade quando as afirmações constantes da publicidade não guardam relação com as reais características do produto ou serviço ou com as efetivas condições de contratação anunciadas e, vale aqui recordar que, em matéria de publicidade, a regra é a da inversão do ônus da prova, que resta a cargo do fornecedor. Cabe, portanto, ao fornecedor provar a veracidade ou exatidão dos dados e informações veiculadas em suas mensagens publicitárias e afastar a alegação de enganosidade (artigos 36, parágrafo único e 38 CDC).

---

¹⁹⁴ “AÇÃO CIVIL PUBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DIREITO DIFUSO. PROPAGANDA ENGANOSA. VIAGENS PARA QUALQUER LUGAR DO PAÍS. DANO MORAL COLETIVO. A propaganda enganosa, consistente na falsa promessa a consumidores, de que teriam direito de se hospedar em rede de hotéis durante vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, legitima o Ministério Público a propor a ação civil pública, na defesa coletiva do direito difuso, para que a ré seja condenada, em caráter pedagógico, a indenizar pelo dano moral coletivo, valor a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art.13 da Lei 7.347/85” (Apelação Cível n.1.0702.02.029297-6/001, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes).

¹⁹⁵ Resolución del Jurado de la Publicidad de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (RJAAP), de 16 de marzo de 2000 (AUC vs Telefónica Publicidad e Información, S.A.V, caso “San Valentín”).

Nem toda publicidade falsa, porém, configura enganiosidade.¹⁹⁶ A publicidade pode conter mensagens manifestamente falsas, mas incapazes de induzir em erro os destinatários. É o caso das mensagens que se utilizam da fantasia e das fábulas, da sátira ou ainda das hipérboles ou exageros publicitários. Assim, “não pode ser considerada propaganda enganosa o anúncio em folhetim de propaganda de novo shopping center, referindo 1.500.000 pessoas à espera de sua loja, quando manifestamente tal folhetim refere-se à região que poderia seria beneficiária de novo empreendimento, tanto que isto é demonstrado em mapa, pois não poderia pretender o recorrente, que este número de pessoas estivesse em fila aguardando a abertura da loja, senão que seriam clientes em potencial, dependendo do sucesso do investimento da recorrente, como é próprio no comércio”¹⁹⁷. Neste caso restou evidente o exagero publicitário, pois obviamente não se tratava de qualquer mensuração exata acerca do número de pessoas que seriam potenciais clientes do novo shopping.

Vale notar que a doutrina faz ainda uma distinção entre o simples “exagero publicitário” e as mensagens de “tom excludente”. Estas últimas objetivam colocar o fornecedor em posição de destaque no mercado e por isso estão sujeitas ao princípio da veracidade, isto é, à comprovação pelo fornecedor da exatidão de suas afirmações.¹⁹⁸ Anunciante de televisão a cabo anunciou que seu serviço “era o *único* com fibra ótica na rede de distribuição” e sua afirmação publicitária foi compreendida como de caráter excludente (e não mero exagero) e como tal sujeita à comprovação.¹⁹⁹

O legislador consumerista assumiu como critério para a tipificação legal da publicidade enganosa (artigo 37 §1º) o conceito de indução em erro, que pode ser verificado, tanto pela efetiva falsidade de informações, quanto por qualquer outro meio

---

¹⁹⁶ Neste sentido, v. PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.118; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *ob. cit.*, p.328.

¹⁹⁷ *Revista dos Tribunais*, volume 729, 85º ano, julho de 1996– Jurisprudência Geral Civil – TARS.

¹⁹⁸ Sobre estas duas modalidades de técnicas publicitárias (“exagero publicitário” e “mensagem de tom excludente”) e suas diferenças, remetemos ao item 5.3 do Capítulo 5º infra.

¹⁹⁹ Neste sentido decisão exarada no Peru, mediante Resolución n.060-1998/CCD, Expediente n.041-1998/CCD, proferida pelo Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI, órgão competente para julgar matéria de publicidade e defesa do consumidor e aplicar as sanções previstas no Decreto Legislativo n.691 (*Normas de La Publicidad en Defensa del Consumidor*).

indireto, apresentando a norma uma *textualia* aberta. A falsidade consiste apenas em modalidade de enganosidade.

Assim, também é correto afirmar que a publicidade, ainda que verdadeira, pode levar ao engano se apresentar ambigüidade, inexatidão ou omissão de dado essencial à escolha do consumidor. Nos casos de ambigüidade ou inexatidão a publicidade não contém propriamente falsidade, mas o sentido de alguma de suas informações pode gerar confusão ou dupla interpretação entre o público destinatário. Exemplo de ambigüidade verificamos na decisão do TJ/RS em Ação Civil Pública envolvendo repelente cujo rótulo ostentava a informação “com piretro natural” que, embora verdadeira, na medida em que o produto continha efetivamente “piretro natural” em sua composição, o Tribunal entendeu que o adjetivo “natural” poderia levar os consumidores a crerem que o repelente era em sua integralidade natural (i.e. desprovido de componentes sintéticos). Concluiu o TJ/RS que a utilização da informação “piretro natural”, ainda que verdadeira, é inapropriada para produtos com algum grau de toxidade, podendo gerar duplo sentido aos consumidores, determinando a exclusão daquela alegação do rótulo do repelente.²⁰⁰

A jurisprudência brasileira também entendeu haver inexatidão passível de enganosidade a publicidade que não trazia informação clara sobre o limite temporal da promoção, bem como apresentava informação vaga em relação aos seus estoques, possibilitando a indução do público consumidor em erro quanto à duração da promoção e a efetiva quantidade dos produtos sujeitos à oferta.²⁰¹ Da mesma forma julgada enganosa publicidade que garantia a venda de mercadoria por determinado preço e o fornecedor não cumpriu com a oferta publicitária tendo em vista a inexistência do produto em estoque, provocando o deslocamento inútil do consumidor ao estabelecimento comercial.²⁰²

---

²⁰⁰ Apelação Civil n.70003896941, 6ª Câma do TJ/RS, , Rel. João Batista Marques Tovo, j. em 15.12.2004, Partes: Ministério Público e Ceras Johnson Ltda. Vale notar no caso em exame que o TJ/RS entendeu que as advertências constantes do produto “Perigo, Cuidado!” não eram suficientes para afastar a idéia de que se tratava de produto inteiramente natural.

²⁰¹ Apelação Cível n.150.436-7-BH , 7ª Câmara, Des. Quintino do Prado, j. 22.4.93, *Revista de Direito do Consumidor*, vol..9, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.150.

²⁰² Apelação Cível n.1.0145.06.302069-0/001, 16ª Câmara do TJ/MG, Des. Otávio Portes, j. em 02/05/2007.

Com efeito, promoções que sujeitem o cumprimento da oferta à frase genérica “até o fim dos estoques” ou “sujeito à disponibilidade de estoque”, sem nada especificar sobre quantidade de unidades disponíveis e/ou determinar claramente um limite temporal para a sua duração, consistem em práticas publicitárias que ferem o princípio da boa-fé. Segundo consolidada doutrina e jurisprudência espanhola o uso de tais expressões no âmbito de uma oferta publicitária devem ser consideradas ilícitas na medida em que introduzem uma certa indeterminação ou inexatidão à oferta e permitem ao anunciante desvincular-se unilateralmente dela recorrendo-se a uma circunstância (i.e. ao esgotamento do estoque) que o consumidor não pode conhecer nem controlar.²⁰³

No âmbito da autorregulamentação publicitária diversos casos podem ser colhidos do repertório do CONAR quanto à indução em erro por ambigüidade.²⁰⁴ Assim, por exemplo, foi solicitada alteração de publicidade de xampu cuja frase “*Seu cabelo está caindo mais do que o normal*” poderia sugerir que o produto possuía poder de controlar a queda de cabelo, na raiz, quando a sua ação apenas controlava a queda de fios decorrentes de um cabelo quebradiço, ensejando inexatidão quanto à eficácia do produto²⁰⁵.

A enganosidade também se verifica pela *omissão de dado essencial* na publicidade. Trata-se da omissão a respeito das características dos produtos e serviços ou de suas reais condições de contratação, o que impossibilita o consumidor de fazer as suas escolhas com pleno conhecimento de causa. Os exemplos na jurisprudência são diversos.

---

²⁰³ Neste sentido: PLAZA, Anxo Tato. “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), p.1. A reiterar este entendimento o autor cita precedentes: juzgado de primera instancia de Madrid el 30 de noviembre de 2000 y el 9 de marzo de 2001 e também Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 28 de enero de 2002 (Eccocomercial); de 19 de febrero de 2002 (Fotoprix); de 3 de junio de 2002 (Multiópticas), de 10 de septiembre de 2002 (Hispanet), dentre outras.

²⁰⁴ Importa notar que o Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, em seu artigo 27 e parágrafos, que versam sobre a “Apresentação Verdadeira” das mensagens publicitárias também enfoca a matéria sob o aspecto do engano do consumidor (e não apenas da falsidade). Assim, em seu § 2º determina que “o anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto a: a) natureza; b) procedência (nacional ou estrangeira); c) composição; d) finalidade”.

²⁰⁵ Representação nº 26/07. Autora: Belocap. Anunciante: Unilever. Voto vencedor: Rodrigo Lacerda, Sexta Câmara. Boletim do Conar nº.179, Julho/2007, p. 25. No mesmo sentido: Representação nº 237/07. Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor. Anunciante: LG Eletrônicos. Boletim do Conar nº.181, Janeiro-Fevereiro/2008, p. 14.

Julgada enganosa publicidade que “induzia o consumidor a comprar certo produto que, pela informação da embalagem visível, daria direito a participar de sorteio de prêmios, quando, na verdade, pelo regulamento inserido no verso da embalagem ao qual só teve acesso após a compra e rompimento da embalagem, o evento já teria ocorrido”.²⁰⁶ Claro está que se o consumidor soubesse da informação da data do sorteio (no caso para premiação com viagem a Orlando), omitida da embalagem do produto, possivelmente não o teria adquirido sendo esta informação essencial à sua escolha. Para um melhor estudo da enganabilidade por omissão remetemos ao item 4.2.3 neste mesmo Capítulo.

Diversos, portanto, podem ser os *meios* de indução em erro e o engano poderá recair sobre um ou mais elementos do produto ou serviço listados no § 1º do art. 37 (i.e., sobre a sua natureza, quantidade, qualidade, origem, preço, etc.). Contudo, para o exame da aptidão enganosa da publicidade, isto é, de sua capacidade de indução em erro, torna-se imprescindível ainda que o julgador proceda à *investigação* da figura de consumidor a ser adotado como fundamental parâmetro dessa avaliação. A depender dessa investigação a publicidade poderá ser qualificada como enganosa ou não. Isto porque se houver alegada falsidade, ambigüidade ou omissão, mas estes não forem capazes a induzir os consumidores-destinatários em erro não haverá enganabilidade pela ausência de nexo de causalidade.

Para este fim, analisaremos nos itens seguintes a noção de consumidor como critério de avaliação da ilicitude da publicidade.

---

²⁰⁶ Apelação Cível n.596.126.037, 5ª Cam do TJ/RS, Des.Araken de Assis, j.22.08.1996, publicada na *Revista do Consumidor*, n.21, RT, p.154. Nos termos do referido acórdão: “Ao vender o “polenguinho” com a propaganda genérica de que “leva você a Orlando” (...) “faltou esclarecer de modo claro e inequívoco que o “polenguinho” poderia levar a Orlando até o dia “x”. Logo, a frustração do apelante decorreu da omissão imputável à Ré”.

4.2.2.2. A figura do consumidor como critério central de avaliação da ilicitude da comunicação publicitária. Revendo o conceito de consumidor: consumidor minimamente crítico

Tema dos mais inquietantes em matéria de publicidade refere-se ao conceito de consumidor a ser adotado na avaliação da ilicitude da comunicação publicitária. Trata-se de critério central à avaliação da enganosidade (e abusividade) da mensagem, seja no âmbito da tutela coletiva e difusa da publicidade, seja no âmbito de sua tutela individual. Note-se que mesmo quando estamos diante de situações que compreendem pedidos de indenização por consumidores individuais ou demandas entre empresas com fundamento em atos de enganosidade ou concorrência desleal, uma análise do padrão de discernimento do consumidor há de ser realizada pelo julgador, até mesmo para evitar situações de má-fé e enriquecimento ilícito.

E justamente neste aspecto da conceituação do discernimento ínsito ao consumidor parece-nos que, mais do que nunca, vale a máxima de que a virtude está no ponto médio.

Não se trata de ignorar a assimetria existente entre fornecedor e consumidor, tão verdadeira em nossa sociedade de consumo, mas um posicionamento doutrinário por demais conservador, que ignore qualquer possibilidade de aprofundamento teórico (e até mesmo empírico) da figura do consumidor, assumindo ser o mesmo absolutamente desavisado diante das mensagens publicitárias, não mais nos parece mais se coadunar com a realidade da sociedade contemporânea. Com efeito, essa conceituação da figura do consumidor, que parece ter vingado no início da vigência do CDC, mas que ainda perdura nos dias de hoje em parte da doutrina e jurisprudência, acaba por aproximar o consumidor à condição de “incapaz”, i.e. de pessoa desprovida de um mínimo de discernimento e atenção, tendo em vista unicamente a sua condição de parte vulnerável da relação de consumo.

Assim, ao nosso ver de modo mais acertado, doutrina e jurisprudência caminham paulatinamente no sentido de adotar a figura do consumidor como aquele

dotado de um *mínimo* de crítica e atenção, isto é, como figura de mediana perspicácia: nem esperto nem desprovido de um mínimo de discernimento.

Essa moderna posição que hoje predomina, por exemplo, na Comunidade Européia, mas que também pode ser constatada em diversos recentes julgados brasileiros²⁰⁷, e até mesmo em outros países da América Latina com forte tradição na aplicação de normas consumeristas (e.g. Peru), nega-se a rebaixar a figura do consumidor e, ao contrário, atribui-lhe uma *crítica mínima*, afastando-o da figura do mais irreflexivo. Trata-se de enxergar o consumidor como pessoa dotada de um mínimo de atenção e discernimento sem, contudo, deixar de reconhecer a sua efetiva posição de vulnerabilidade – dada a reconhecida assimetria de informações existente entre fornecedor e consumidor – e protegê-lo em situações que se mostram, de fato, carentes de tutela à luz desse mesmo padrão de consumidor de mediana perspicácia, variável ainda – conforme se verá no item seguinte – à luz do público-alvo do produto ou serviço em questão.

Com efeito, na Europa, a questão do padrão de consumidor a ser adotado na análise da enganabilidade foi abordada pelo Tribunal Europeu por ocasião do julgamento do caso envolvendo a empresa alemã “*Gut Springenheide*”, de 16 de julho de 1998. Nesta decisão, que consiste em verdadeiro divisor de águas, o Tribunal de Justiça da Comunidade

---

²⁰⁷ “AÇÃO ANULATÓRIA – PUBLICIDADE ENGANOUSA QUE OFERECE TODOS OS CARROS COM PRESTAÇÕES A PARTIR DE R\$ 99,00 MENSAS – EXAGERO NA INTERPRETAÇÃO PURAMENTE LÉXICA E GRAMATICAL – 1. Em qualquer interpretação deve haver bom senso e moderação sob pena de levar-se à uma interpretação absurda, evitando-se, o tanto quanto possível, a interpretação meramente léxica ou gramatical 1.1 Tal deve ocorrer também quando se interpreta um folder publicitário. 2. À evidência o fornecedor de produtos ou prestador de serviços vive da clientela e a publicidade é a forma através da qual veicula e divulga seus produtos e serviços, fazendo-o de modo a atrair consumidores. 2.1 Lógico e ululante que toda publicidade objetiva atrair consumidor que não pode ser confundido com aproveitador. 2.2 Nenhuma empresa investe em publicidade para demonstrar que o negócio oferecido seja desvantajoso ao consumidor. 3. Alguém em sã consciência seria capaz de imaginar que poderia adquirir um veículo zero kilometro pagando a bagatela de R\$ 99,00 (noventa e nove reais) mensais pura e simplesmente? Teria aquele chamado potencial de enganabilidade tão elevado a ponto de iludir a inteligência de um homem médio? 3.1 A resposta negativa à estas indagações afastam o caráter enganoso imputado equivocadamente à publicidade. 3.2 Porquanto, caso a propaganda fosse considerada enganosa, estar-se-ia autorizando qualquer pessoa a exigir do fornecedor, sem que fosse oposta qualquer restrição, a venda de qualquer veículo por prestações de R\$ 99,00 (noventa e nove reais), mensais, sem mais nada exigir, o que seria um grande absurdo. 4. Sentença reformada para julgar-se improcedente o pedido”. (Apelação Cível nº2004.01.1.124377-0, 3º Turma Cível do TJ/DF, Relator João Egmont, j. 05.07.06).

“Direito do consumidor. Ação de obrigação de fazer c.c. dano moral. Alegação de publicidade e prática abusiva. hipóteses não configuradas. Concurso de prêmios criado pela ré voltado a divulgação de seus produtos. ausência de indução em erro capaz de ensejar ao consumidor médio a falsa percepção de que é efetivo ganhador do prêmio. Presença do princípio da veracidade (art.37,§ 1º, do CDC). Ausente qualquer violação dos direitos básicos do consumidor. Verba não devida. Sentença mantida. Apelo improvido” (Apelação Cível c/ revisão n.212.836-4/0-00 da 8ª Câmara “A” de Direito Privado do TJ/SP, Relator Fabio Henrique Podestá. J. em 14.12.2005).

Européia (TJCE) definiu um protótipo de consumidor, defendendo-o como um consumidor “normalmente informado, razoavelmente atento e perspicaz”.²⁰⁸

Trata-se de decisão paradigmática no âmbito da Comunidade Européia, pois encerra uma mudança de entendimento no tocante ao conceito de consumidor, restando tal entendimento inclusive consignado nos *Consideranda* do Preâmbulo da recente Diretiva Européia 2005/29/CE, que versa justamente sobre as práticas comerciais desleais das empresas em face dos consumidores, incluindo-se as ações enganosas.²⁰⁹

A decisão supranacional também teve ressonância na jurisprudência dos Estados-Membros, que, em grande medida, acolheram a nova orientação, afastando-se do

---

²⁰⁸ Processo C-210/96, j. em 16/07/1998, Gut Springenheide e Rudolf Tusky. Questionado sobre o padrão de consumidor a ser adotado como referência na análise de indução em erro das mensagens publicitárias, o Tribunal de Justiça Europeu (Quinta Secção), manifestou-se nos seguintes termos: “*Normas de comercialização dos ovos – indicações destinadas a promover as vendas que possam induzir os compradores em erro – consumidor de referência*” (...) o órgão jurisdicional nacional deve ter como referência a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, relativamente a esta indicação”. (v. íntegra da decisão no site da CE www.curia.europa.eu). O processo C-210/96 originou-se da Alemanha, a partir de pedido do órgão Bundesverwaltungsgericht destinado a obter no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre as partes Gut Springenheide e Rudolf Tusky e Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung, esclarecimento sobre a interpretação do artigo 10, n.2, aliena “e” do Regulamento CEE 1907/90 que autoriza que nas embalagens constem informações publicitárias desde que não suscetíveis de induzir os consumidores em erro. No caso específico, a informação publicitária controvertida referia-se à informação constante da embalagem de ovos “10 ovos – 6 cereais”, seguida de nota informativa que exaltava a qualidade dos ovos produzidos com essa alimentação. A controvérsia residia em saber se os consumidores poderiam ser induzidos a acreditar que a alimentação das galinhas era *exclusivamente* composta dos 6 cereais indicados na embalagem. O STJCE, questionado pelo órgão alemão a respeito do padrão de consumidor a ser adotado como referência para análise de enganabilidade das mensagens de caráter publicitário, adotou, com base em outros precedentes, um padrão de consumidor razoavelmente atento e informado. Neste mesmo sentido, adotando o critério do consumidor razoavelmente informado, cf. precedentes do Tribunal de Justiça Europeu C-303-97 de 28/01/99; C-465-98 de 4/04/2000).

²⁰⁹ Nos termos do Considerando (18) da Diretiva 2005/29/CE: “É conveniente proteger todos os consumidores das praticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Diretiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efetiva das proteções previstas na mesma, a presente diretiva utiliza como marco de referência o *critério do consumidor médio*, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e lingüística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por efeito evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a praticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações diretas à aquisição. O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso” (íntegra da Diretiva disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/consumers).

entendimento de um padrão de consumidor *totalmente* desatento e irreflexivo diante das mensagens publicitárias. Assim, relata-nos o professor Anxo Tato Plaza que a figura do consumidor minimante atento – tal qual exposto pelo Tribunal Europeu em 16 de julho de 1998 – foi seguida em muitos julgados da Espanha.²¹⁰

Na Alemanha, conforme notícia com riqueza de detalhes o recente trabalho de Alexander Metz, a despeito de posicionamento diverso defendido até a década de 90²¹¹, nos últimos 10 anos, doutrina e jurisprudência, em especial a partir da decisão “Orient-Teppichmuster”(2000), alinharam-se ao posicionamento do Tribunal Europeu e receberam a figura do consumidor médio.²¹²

---

²¹⁰ Nas palavras do professor TATO PLAZA: “Al averiguar el significado del mensaje para el publico de los consumidores, debe atenderse preferentemente a la interpretación que dé al mismo un consumidor medio. Sin embargo, eran pocas las sentencias y resoluciones en nuestro país que trazaban las características de este consumidor medio. Esta carência se ha cubierto a través de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 julio de 1998. En ella, el tribunal comunitario se atreve a trazar un prototipo de consumidor medio europeo. Y afirma que este consumidor medio, por regla general, está “normalmente informado” e es “razonablemente atento y perspicaz. El prototipo de consumidor medio trazado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido un indudable éxito. De suerte que aquel prototipo es aceptado, con carácter general, por la jurisprudencia y por el Jurado de la Publicidad” (PLAZA, Anxo Tato. “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), p.2/3, publicado también no *Boletín Autocontrol de la publicidad*, n.71, enero de 2003). O professor catedrático da Universidad de Vigo cita como exemplo desta nova posição a sentencia del Juzgado de primeira instancia nº 43 de Barcelona, confirmada pela Audiência Provincial de Barcelona (22/03/2002), nas quais restou consignado que: “La jurisprudencia comunitaria, preocupada en conciliar los postulados de libre circulación de mercancías con la protección del consumidor y en evitar la aplicación de prohibiciones desproporcionadas a la libre circulación de las mercancías, ha identificado al consumidor medio con una persona, no acrítica, descuidada e ignorante, sino normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz – STJCE de 16 julio de 1. 998, C-210/96, *Gut Springenheide* (31); STJCE de 22 de junio de 1.999, C – 342/97, *Lloyd Schufabrik Meyer & Co.GMBH c.Klijssen Andel BV* (26)”.

No mesmo sentido, relata: DAUSES, Manfred A., “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, disponible in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), publicado también na revista *Autocontrol de la Publicidad* n.39, febrero de 2000; MASSAGUER, Jose. *El Nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Practicas Comerciales Desleales*, Navarra: Thompson Civitas, 2006, p.88 e ss.

²¹¹ Nesse sentido, aponta METZ, Alexander (*Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung*, Munique: Herbert Utz Verlag, 2008, p. 125 – trad. livre, Gabriel Dias, Doutor pela Universidade de Direito de Bonn – Alemanha) como paradigmáticas as seguintes decisões do BGH (*Bundesgerichtshof*): BGH GRUR 1959, 365, 366 (Englisch Lavendel); BGH GRUR 1982, 564, 566 (Elsässer Nudeln); BGH GRUR 1988, 459, 460 (Teilzahlungsankündigung); BGH GRUR 1991, 564, 547 (...aus Altpapier); BGH GRUR 1993, 127 (Teilzahlungspreis II); BGH GRUR 1992, 450, 452f(Beitragsrechnung).

²¹² Em relação a esse novo entendimento, conforme também METZ, Alexander (*Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung...*, p. 126 – trad. livre, Gabriel Dias, Doutor pela Universidade de Direito de Bonn – Alemanha) são dignos de nota os seguintes casos: BGH GRUR 2000, 619 (Orient-Teppichmuster); BGH GRUR 2002, 550 (Elternbriefe), BGH GRUR 2003, 247, 248 (Thermal Bad).

Na Itália, GUIDO ALPA também informa que a *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*— órgão administrativo responsável pela aplicação do *Codice del Consumo* — tem seguido na avaliação da enganabilidade o conceito de consumidor dotado de certa capacidade crítica ao invés da noção anterior de consumidor mais desavisado.²¹³

Aduz ainda a doutrina italiana especializada que esse mesmo padrão de consumidor (minimamente atento) adotado pela autoridade administrativa italiana para análise de casos de enganabilidade também se verifica no âmbito do juízo ordinário civil em ações envolvendo matéria de concorrência desleal.²¹⁴ Assim, no juízo ordinário civil, cujo tema da enganabilidade ao consumidor é apreciada *ex vi* do artigo 2.598 do *codice civile* e versa sobre atos de concorrência desleal²¹⁵, informa a doutrina que o parâmetro do consumidor de média perspicácia, nem espertíssimo, nem totalmente desprovido de senso crítico constitui o parâmetro constante na avaliação desses casos²¹⁶, como também ocorre

---

²¹³ ALPA, Guido e CARLEO, Liliana Rossi: “In relazione alla nozione di consumatore, e dunque all’identità dei soggetti cui la pubblicità è rivolta o che essa comunque raggiunge, l’Autorità sembra aver abbandonato il riferimento inizialmente accolto all’idea del c.d. <consumatore più sprovveduto>, più facilmente influenzabile, adottando una nozione di <consumatore medio>, inteso come quello dotato di una <certa capacità critica>” (*Codice del Consumo, Commentario...*, p.209/210). No mesmo sentido informa CUFFARO, Vincenzo (a cura di) *Codice del Consumo...*, p.21: “In merito, l’Autorità Garante sembra aver preferito da tempo porsi da punto di vista del consumatore medio”. E ainda: UNNIA, Federico, *La Pubblicità Clandestina...*, p.213; CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *Pubblicità Occulta...*, p.122.

²¹⁴ Na Itália, são competentes para julgar a matéria de enganabilidade o *Giudice Ordinario*, em sede civil, por força do artigo 2.598 do *Codice Civile* e, no âmbito de controle administrativo, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, em sede de aplicação do Decreto Legislativo n.206 de 6/09/2005 (atual *Codice del Consumo*). No âmbito da autorregulamentação há também o *Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria* com estatuto próprio, a exemplo do nosso CONAR.

²¹⁵ “Art. 2598 Atti di concorrenza sleale. Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l’attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull’attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell’impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda”.

²¹⁶ Neste sentido, relata-nos FUSI-TESTA-COTTAFI, *Pubblicità...*, p.136: “Nella giurisprudenza statuale in tema di concorrenza sleale, quello del <consumatore médio> cioè no avvedutissimo ma neppure totalmente privo di discernimento, sembra essere il parametro prescelto”. E também UNNIA, Federico, *Pubblicità Clandestina...*, ob. cit., p.211: “Il parametro del consumatore di media avvedutezza, intelligenza e capacità critica, piuttosto che a uno di particolare accortezza, costituisce pertanto il parâmetro costante nella valutazione degli atti di concorrenza sleale”. Neste particular, vale notar decisão da *Cassazione Civile*, confirmada pela *Corte d’Appello di Bologna*, envolvendo produto com denominação de marca “*Parmacotto*” na qual se afastou a hipótese de que consumidor médio poderia ser induzido em erro quanto a uma presumida derivação daquele produto do presunto cru fabricado na cidade de Parma (considerando que o rótulo do

na Espanha em casos desta mesma natureza nos quais se exige do intérprete avaliar a reação típica da coletividade de consumidores diante de certa publicidade ou embalagem.²¹⁷

Na França, trata-se, segundo o relato de François e Pierre-Baptiste Greffe, adota-se o posicionamento de que o conceito de consumidor abarca o consumidor médio, normalmente inteligente (*“le consommateur moyen, normalement intelligent”*), sendo que a lei não foi feita para proteger os fracos de espírito (*“les faibles d’esprit”*).²¹⁸

Nos Estados Unidos da América, mais precisamente no âmbito da Federal Trade Commission, definiu-se também, após evolução desde a década de 60 do século XX, que a análise do caso concreto *“must be likely to mislead reasonable consumers”*.²¹⁹

No âmbito da América Latina, o Peru, na figura do Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), órgão bastante atuante e competente para julgar as infrações às normas publicitárias em

---

produto especificava a sua origem). O caso é mencionado pelos mesmos autores (*ob. cit.*, p.136). No original, a decisão: “è da escludersi che il consumatore medio, nel decidersi all’acquisto del Parmacotto, possa esservi indotto da una presunta derivazione del prosciutto crudo e stagionato di Parma” (Corte d’Appello di Bologna, 13.06.1986).

²¹⁷ Na Espanha, vale mencionar a decisão da *Audiencia Provincial de Barcelona* envolvendo a publicidade e embalagem do produto “yogur grego”. Nesta decisão afastou-se o potencial de indução em erro dos consumidores em relação ao adjetivo “grego” tendo em vista os esclarecimentos sobre a origem de fabricação do produto (i.e.Barcelona) constantes da embalagem e que poderiam ser lidos pelo consumidor médio, dotado de razoável atenção e não pessoa acrítica e descuidada. Também constava do rótulo a informação de que se tratava de “yogurt fabricado a partir de receita grega” (*“yogurt a la receta griega”*) tendo sido ainda realizadas pesquisas de mercado com consumidoras donas de casa nas quais se verificou, dentre outros, que o consumidor entendia o adjetivo “grego” como um mero atributo publicitário do produto não havendo confusão quanto à sua origem de fabricação (*Juzgado de primera instancia N° 43 de Barcelona, confirmado pela Audiencia Provincial de Barcelona em 26 de marzo de 2002*).

²¹⁸ GREFFE, François, GREFFE, Pierre-Baptiste, *La publicité et la Loi: Droit français – Union européenne – Suisse*, 11^a édition, Paris: Lexis-Nexis-Litec, 2009, p.362.

²¹⁹ FTC Policy Statement on Deception, (1984), Chapter III. A respeito dessa evolução v. ALEXANDER, George J., *Honesty and Competition. False-advertising Law and Policy under FTC Administration*, 1st edition, New York: Syracuse University Press, 1967, p.6-7; SPAGNOLE, JOHN A., ROHNER, Ralph J., PRIDGEN, Dee, SOVERN, Jeff, *Consumer Law – cases and materials*, 3rd edition, St. Paul: Thomson West, 2007, p.39; MARSH, Gene A., *Consumer Protection Law*, 3rd edition, St. Paul: West Group, 1999, p.43.

defesa do consumidor por meio de sua Comissão de Concorrência Desleal²²⁰, abordou em diversos precedentes diretamente o conceito de consumidor em situações de tutela difusa da publicidade. Em suas decisões, consignou que para fins de aplicação das *Normas de La Publicidad en Defensa del Consumidor* (Decreto Legislativo n.691) compreende-se que os consumidores são “pessoas razoáveis, entendendo-se como tais aquelas pessoas que se desenvolvem no mercado com diligência, informando-se adequadamente acerca dos bens e serviços que se oferecem, de modo a tomar as decisões de consumo”.²²¹

No entanto, como bem ressaltou o órgão peruano em outras oportunidades “um consumidor razoável toma sua decisão de consumo com base em análises que realiza tendo em vista as informações a que tem acesso sobre o produto que pretende consumir e sobre os que com ele concorrem no mercado; informação que é julgada atendendo o seu conteúdo e o significado que o consumidor atribuiria de acordo com o sentido *comum e usual* das palavras, frases e orações, e o que estas sugerem ou afirmam, *sem ter que recorrer a interpretações complexas ou forçadas*, preferindo-se, de várias interpretações possíveis, aquele que surge mais *naturalmente* aos olhos do consumidor”.²²²

---

²²⁰ Nos termos do artigo 29 do Decreto Legislativo n.691 (*Normas de La Publicidad en Defensa del Consumidor*), compete à Comissão de Repressão à Concorrência Desleal julgar e sancionar as violações às normas publicitárias (o que se verifica tanto para repressão à violação à tutela difusa e individual dos consumidores quanto em casos de concorrência desleal). Em especial, destacamos o artigo 4 das *Normas de La Publicidad en Defensa del Consumidor* que versa justamente sobre a proibição à publicidade enganosa: “Artículo 4º. Los anuncios non deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta”. Há casos de tutela individual que também podem ser julgados pela Comissão de Proteção ao Consumidor, na hipótese de violação a algum dispositivo da Lei de Proteção ao Consumidor. No entanto, versando a denúncia – individual ou coletiva – sobre violação ao princípio da veracidade (artículo 4) nas mensagens publicitárias esta deve ser direcionada à comissão de repressão a concorrência desleal.

²²¹ “Igualmente la Comisión ha establecido en anteriores pronunciamientos que el ámbito de protección de las normas de su competencia se entiende limitado a la tutela de los consumidores razonables, entendiéndose como tales a las personas que se desenvuelven en el mercado con diligencia, informándose adecuadamente acerca de los bienes y servicios que se ofrecen, a efectos de tomar decisiones de consumo” (Expediente n.097-2004/CCD, Resolución n.016-2005/CCD- INDECOPI, Lima, 24 janeiro de 2005). Esta interpretação a respeito do perfil do consumidor, além se constar de diversas decisões, está expressamente consignada no “*Lineamentos sobre competencia desleal y publicidad comercial- Resolución n.001-2001-LIN-CCD-INDECOPF*”, documento que traça as diretrizes interpretativas do órgão a respeito da legislação atinente à matéria.

²²² “Un consumidor razonable toma su decisión de consumo con base al análisis que realiza respecto de la información a la que tiene acceso sobre el producto que pretende consumir y sobre los que con él concurren en el mercado; información que es juzgada atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor atribuiría de acuerdo al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman, sin tener que recurrir a interpretaciones complejas o forzadas, prefiriéndose, de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor”. (Resolución 060-

Ou seja, o perfil do consumidor razoável (*consumidor razonable*) – a ser adotado como critério básico para início de qualquer labor interpretativo das mensagens publicitárias – compreende o consumidor de diligência ordinária, assim entendido como aquele que presta (ou deveria prestar) um mínimo de atenção diante das informações veiculadas pelo fornecedor sobre os produtos e serviços de seu interesse. Essa diligência mínima não significa, à toda evidência, que para restar esclarecido precise o consumidor fazer grandes interpretações sobre tais informações ou deter algum conhecimento técnico sobre os produtos e serviços. As informações constantes das mensagens publicitárias devem ser claras e objetivas não exigindo maiores esforços do destinatário para sua perfeita compreensão.²²³

Partindo-se, portanto, da análise da moderna doutrina e jurisprudência sobre a matéria da publicidade, parece-nos que a posição que assume quanto ao conceito de consumidor aquele dotado de um mínimo de atenção e diligência em relação aos produtos e serviços de interesse, sendo também capaz de discernir o verdadeiro do fantasioso, mostra-se, *a priori*, como mais apropriada aos dias de hoje.²²⁴ A adoção deste conceito torna-se, outrossim, fundamental no exame dos casos de tutela coletiva da publicidade

---

2001/CCD-INDECOPI, Expediente nº124-2000/CCD, Lima, 17 de julio del 2001). Esta mesma orientação consta dos *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial* expedido pelo INDECOPI.

²²³ O INDECOPI, adotando, por exemplo, esse mesmo padrão de consumidor razoável, entendeu que a informação “0% gordura trans” constante de embalagem de pão era passível de indução em erro de seus destinatários, pois o produto apresentava 0,1g por porção de 15 g. A informação “0% de gordura trans” não condizia com os valores referenciais do rótulo e, ainda que em percentual insignificante, gerava contradição em relação ao *claim* principal da embalagem. Resolución Nº.018-2008/CCD-INDECOPI, Expediente n.191-2007/CCD, Lima, 23 enero de 2008.

²²⁴ A respeito da evolução do perfil do consumidor, FUSI-TESTA-COTTAFARI, *ob. cit.*, p.141, observam que o consumidor de hoje não é mais aquele dos anos 50/60, recém saído de uma sociedade tradicional e repentinamente inserido no contexto urbano-industrial. Ele se encontra integrado à sociedade de consumo, familiarizado com a comunicação publicitária como parte da sua experiência cotidiana e, portanto, dotado de uma posição crítica em relação à publicidade: “una seconda constatazione riguarda il profilo del consumatore italiano nel momento storico in cui viviamo. Consumatore che non è più quello degli anni ‘50/60, appena uscito da una società tradizionale e repentinamente inserito nel contesto urbano-industriale, bensì un soggetto evoluto, perfettamente integrato nella società dei consumi, aduso alla comunicazione pubblicitaria come parte delle sua esperienze quotidiane e dotato – anche a motivo di ciò – di un’impostazione critica nell’approccio con l’advertising e spesso anche di conoscenze tali da consentirgli di discernere il vero dal falso”. Os mesmos autores concluem que se deve julgar a enganiosidade com rigorismo, evitando-se, contudo, certos clichês sem relação com a realidade: “il parametro in base al quale giudice l’idoneità decettiva di un messaggio, deve ispirarsi da un lato à rigorosità, come si addice ad una comunicazione appositamente creata a fini persuasivi, ma al tempo stesso essere aperto ed elastico e soprattutto non condizionato da clichês come quelli dell’onnipotenza dell’advertising della “persuasione occulta” o della manipolazione delle masse, i quali fanno parte di un bagaglio letterario e fantapolitico ormai superato e privo di aderenza alla realtà”. (*ob. cit.*, p.142).

(enganosa ou abusiva) ou de atos de concorrência desleal e, afasta, *a priori*, interpretações arbitrárias e leva o aplicador do direito a uma necessária e mais cuidadosa análise do caso concreto, a fim de dar um passo a mais e, inclusive, verificar o conteúdo e público a que se destina a peça publicitária.

Com efeito, em matéria de *publicidade enganosa* a capacidade de crítica e atenção deverá ainda ser avaliada *conforme o público-alvo da mensagem* podendo ser maior ou menor a depender dos consumidores destinatários dos produtos e serviços envolvidos (v. item seguinte sobre a delimitação do consumidor típico). Neste sentido, já alertava Maria Elizabete Lopes sobre a “mobilidade do conceito de consumidor médio, no qual, devem prevalecer, outrossim, fatores de ordem geográfica (até regional) e de desenvolvimento cultural e econômico do público alvo.”²²⁵ Cumpre-nos analisar a seguir os critérios que auxiliam na investigação dos destinatários da mensagem para uma correta avaliação do potencial enganoso de uma publicidade.

4.2.2.3. A tutela coletiva e a necessidade de investigação do consumidor típico para avaliação do potencial enganoso da publicidade.

Dizer que o padrão contemporâneo de consumidor recepciona a figura do indivíduo dotado de um mínimo de atenção diante das informações que lhe são prestadas a respeito dos produtos e serviços implica aceitá-lo como um dos pressupostos fundamentais para a avaliação da ilicitude da publicidade e evitar situações de má-fé.

Especificamente em relação à tutela difusa da publicidade, situação em que cumpre ao julgador ser o intérprete da coletividade diante de certa mensagem, parece-nos necessário, porém, dar um passo a mais e estabelecer alguns critérios para definição do grupo relevante de consumidores atingidos ou alcançados pela comunicação publicitária de modo a bem avaliar o seu potencial enganoso. Em outras palavras, torna-se fundamental definir e investigar também o grupo relevante de consumidores atingidos ou alcançados

---

²²⁵ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. “O Consumidor e a Publicidade”, *Direito do Consumidor...*, p.166.

pela publicidade, aprofundando-se o julgador na investigação desses consumidores, reais ou potências, para fins de avaliação da enganabilidade da publicidade.

Com efeito, o § 1º do artigo 37 do CDC traz diversos elementos em respeito aos quais pode ocorrer a indução em erro pelo consumidor, embora não exista uma orientação sobre como avaliar a efetiva potencialidade da mensagem levar ao engano. Assim, dispõe a norma, de forma não taxativa, sobre os principais aspectos da indução em erro, podendo esta recair sobre a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Tais elementos, chamados de “típicos de engano”, embora de inegável auxílio na avaliação da enganabilidade, apresentam, contudo, um valor indicativo acerca de “para onde” orientar a indagação do intérprete sobre a indução em erro, isto é, sobre o seu objeto, mas não esclarecem no “como” conduzir tal análise²²⁶, especialmente quando estamos diante de uma tutela difusa, impondo-se, portanto, a análise de outros critérios concomitantes para a aferição da aptidão objetivamente enganosa da mensagem publicitária.

Dentre esses posteriores critérios, de fundamental importância para bem avaliar o potencial enganoso da mensagem está justamente a investigação dos destinatários da publicidade em cujo âmbito a indução em erro deve ser interpretada. Buscando-se evitar na proibição da publicidade enganosa a turbção de uma eventual relação negocial, parece-nos claro que a avaliação do potencial lesivo de determinada mensagem não pode se desenvolver de modo alheio à impressão que a publicidade investigada causa entre os possíveis sujeitos da futura relação de consumo. Neste passo, recomendável que a autoridade encarregada de julgar a licitude ou ilicitude de uma mensagem investigue, desde o primeiro momento, o seu público-alvo, isto é, o círculo de destinatários da publicidade ou por ela alcançados.²²⁷

---

²²⁶ Neste sentido, cf. FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina e COTTAFARI, Pierluigi. *La pubblicità ingannevole*, Milano: Giuffrè, 1993, p.127.

²²⁷ Neste sentido, pela busca de investigação do público-alvo na avaliação da enganabilidade, assente a doutrina italiana, cf. CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta e Product Placement*, Padova, Cedam, 2004, ps.115/116; FUSI-TESTA-COTTAFARI, *La pubblicità ingannevole...*, p.130 e ss; ALPA, Guido, CARLEO, Liliana Rossi. *Codice del Consumo: commentario*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005; UNNIA, Federico. *La Pubblicità clandestina: il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*. Milano: Giuffrè Editore, 1997; CUFFARO, Vincenzo, *Codice del Consumo*, A. Barba – A. Barenghi (coordinatori), Milano: Giuffrè Editore, 2006.

E também a doutrina Espanhola, cf. MASSAGUER, José. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, 1ª Ed., Cizur Menor- Navarra: Thompson

Com efeito, as mensagens publicitárias não podem ser analisadas com apoio em critérios puramente gramaticais ou literais. Ao contrário, o significado juridicamente relevante de uma mensagem de caráter publicitário deve ser o sentido que ela possui para o público de consumidores-destinatários, considerando dentro deste universo a ótica do consumidor de diligência ordinária²²⁸, consoante a mais recente doutrina e jurisprudência sobre a matéria, a qual já foi exposta no item anterior.

Trata-se, portanto, de investigar e caracterizar o que denominamos neste estudo de *consumidor típico* da publicidade *sub examine* ou, nas palavras dos juristas italianos Fusi-Testa-Cottafavi²²⁹, o exato *parâmetro humano* a partir do qual deve ser feita a análise da aptidão enganosa da mensagem.

Civitas, 2006, p.88/89; DAUSES, Manfred A. La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior, in *Autocontrol* n.25, *Base de Datos sobre Regulacion Publicitaria*, Espanha; DEVESA, Carlos Lema Devesa, *Problemas Jurídicos de La Publicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2007; PLAZA, Anxo Tato. En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria. *Autocontrol*, n.71, enero de 2003.

No Brasil, embora pouco explorado, cf. a doutrina especializada de PASQUALOTTO, Adalberto: “É no público-alvo da publicidade que deve ser avaliada a capacidade de indução em erro” (*Efeitos obrigacionais...*, p.122); BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e.: “A regra é, pois, que na caracterização da publicidade enganosa analise-se a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor. Usa-se, portanto, um duplo critério de avaliação. O primeiro, objetivo, tem a ver com o conteúdo do próprio anúncio. O segundo, subjetivo, relaciona-se com o tipo de consumidor atingido ou atingível. Por conseguinte, uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode vir a sê-lo em função de outro público”. (*CBDC comentado...*, p.332/333); LOPES, Maria Elizabete Vilaça: “Na questão da publicidade, é necessário ainda destacar que o consumidor médio não é uniforme: existem vários consumidores médios de mensagens publicitárias, de acordo com o público alvo que o anunciante quer atingir. De tal sorte que, na publicidade dirigida, por exemplo, à criança, tomar-se-á, como elemento de análise, a criança consumidora média, cuja fantasia, nos tempos atuais, já não alberga, infelizmente, toda sorte de lendas. A inexperiência da criança de hoje não pode ser medida com base nos mesmos parâmetros de uma década atrás, como não pode ser daqui a dez anos, o que demonstra, também, a mobilidade do conceito de consumidor médio, no qual devem prevalecer, outrossim, fatores de ordem geográfica (até regional) e de desenvolvimento cultural e econômico do público alvo. Dentro dessa mesma linha de raciocínio tem-se de tratar diferentemente a publicidade destinada, exclusivamente, a técnicos (advogados, médicos, engenheiros, analistas de sistema, etc.) (O Consumidor e a Publicidade, *Revista de Direito do Consumidor*, vol.1º, p.166); E, ainda, NERY JUNIOR, Nelson: “O standard de enganabilidade varia de categoria para categoria de consumidores, não sendo, portanto, fixo” (O regime da publicidade enganosa no Código brasileiro de defesa do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v.15, São Paulo: RT, p.211); CAMPOS, Maria Luiza de Saboia: “O aspecto enganoso da publicidade é apreciado exclusivamente pelo seu impacto sobre o consumidor. Esse aspecto é também apreciado em relação ao público visado. (...) O juiz decidirá se o público-alvo da publicidade pôde ser enganado pela mensagem, firmando sua ilicitude” (*Publicidade: Responsabilidade Civil...*, p.227).

²²⁸ Neste sentido, v. PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria...*, p.2.

²²⁹ FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *La pubblicità Ingannevole...*, p.134.

A acurada caracterização desse chamado parâmetro humano ou, como preferimos, do *consumidor típico* da publicidade objeto de controle consumerista, leva em consideração dois aspectos: um primeiro que está relacionado ao grupo relevante de consumidores ou *target group* da publicidade e, um segundo, concernente ao nível de discernimento, *dentro daquele grupo relevante de pessoas*, que se deve assumir como padrão para se estabelecer se a mensagem lhes pode ser enganosa²³⁰ – padrão esse que, como vimos, há de ser o do consumidor de diligência ordinária, notadamente em casos de controle difuso da publicidade, nos quais incumbe ao julgador avaliar a ilicitude tendo em conta a reação média da coletividade atingida (e não a partir da ótica de um ou outro consumidor individual aos quais se faculta a tutela individual). Evidentemente também que essa *diligência ordinária* poderá ser maior ou menor a depender do produto ou serviço em questão como adiante abordaremos.

Assim, diante de situações de análise de tutela difusa, cuja mera *potencialidade do dano* já se torna suficiente para caracterização da ilicitude, mostra-se imprescindível, para uma correta avaliação do potencial enganoso da publicidade pelo julgador proceder, necessariamente, a uma investigação dos seus destinatários (possíveis sujeitos da relação de consumo). É preciso que se investigue o círculo de consumidores para os quais a mensagem ou oferta publicitária se dirige ou alcança para, em seguida, verificar se esse consumidor, dotado de um mínimo de discernimento, pode ou não ser (ou ter sido, efetivamente) induzido em erro. O consumidor típico de automóveis de luxo, jóias ou vinho de alta estirpe, por exemplo, será certamente diferente do consumidor típico de bens de consumo ordinário (ex: carne, leite, salsicha, etc.).

A avaliação dos efeitos da mensagem a partir da reação do grupo relevante de consumidores alcançados pela publicidade é orientação constante da já mencionada Diretiva Europeia 2005/29/CE que versa justamente sobre as práticas comerciais desleais

---

²³⁰ FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *Ob. cit.*, p.134. No mesmo sentido, v. CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta e Product Placement...*, p.120. Vale notar que o *Codice del Consumo*, seguindo disposição da conhecida Diretiva 84/450/CEE (modificada pela atual Diretiva 2005/29/CE), regulamenta de modo mais completo em seu Artigo 20, 1, b que a enganosidade deve ser avaliada tendo como referência os sujeitos aos quais ela se destina ou alcança: “b) per pubblicità ingannevole: qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione sia idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea ledere un concorrente”.

das empresas perante os consumidores e que podem afetar o seu comportamento económico.²³¹ Segundo consignado no considerando (18) do preâmbulo desta Diretiva “é conveniente proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Diretiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico”. “Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso”.²³²

E o artigo 5.2 (b) desta mesma Diretiva Europeia dispõe ainda que uma prática comercial é desleal “se distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. Se destinada, porém, a um grupo particularmente vulnerável, como são as crianças e os idosos, a Diretiva também impõe que a prática desleal enganosa seja avaliada a partir da ótica do indivíduo médio deste público mais particularmente desprotegido (art.5.3 Diretiva 2005/29/CE).

Nesse sentido segue também a *Federal Trade Commission* nos Estados Unidos da América que afirma: “A company is not liable for every interpretation or action by a consumer. In an advertising context, this principle has been well-stated: An advertiser cannot be charged with liability with respect to every conceivable misconception, however outlandish, to which his representations might be subject among the foolish or feeble-minded. Some people, because of ignorance or incomprehension, may be misled by even a

---

²³¹ Conforme doutrina de MASSAGUER, Jose: “el ámbito o material objeto de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales consiste en las prácticas comerciales realizadas por las empresas en sus relaciones con los consumidores (art. 3.1 de la Directiva) que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores [art.1 de la Directiva en relación con Cdo (6) de su Preámbulo]” (*El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, 1ª Ed., Cizur Menor – Navarra: Thompson Civitas, 2006, p.17). O texto do artigo 3.1 da Directiva 2005/29/CE é o seguinte: “a presente diretiva é aplicável as práticas comerciais desleais das empresas em face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto”.

²³² Disposição constante do Considerando n.(18) da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às praticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE e 2002/65/Ce e o Regulamento (CE) nº2006/2004, cuja íntegra pode ser obtida em http://europa.eu/legislation_summaries/consumers .

scrupulously honest claim. Perhaps a few misguided souls believe, for example, that all “Danish pastry” is made in Denmark. Is it therefore an actionable deception to advertise “Danish pastry” when it is made in this country [EUA]? Of course not. A representation does not become “false and deceptive” merely because it will be unreasonably misunderstood by an insignificant and unrepresentative segment of the class of persons to whom the representation is addressed”.²³³

Destarte, entendemos que para apreciação dos danos difusos decorrentes de veiculação publicitária, a caracterização do consumidor-destinatário da publicidade *sub examine* apresenta-se como elemento interpretativo central para a precisa e fundada verificação do efetivo potencial lesivo da mensagem. Ressalte-se que na publicidade enganosa todo o esforço interpretativo está voltado ao consumidor; à sua escolha consciente e informada de produtos e serviços. Nada mais razoável que se examine, portanto, os efeitos deletérios da mensagem a partir justamente dos sujeitos daquela futura relação de consumo.

A investigação do consumidor típico, ou melhor, dos efeitos da publicidade a partir dos seus destinatários para fins de avaliação de ilicitude consiste em critério a se harmonizar com o já estudado conceito de consumidor por equiparação introduzido pelo artigo 29 do CDC e aplicável às práticas publicitárias.²³⁴ Tendo em conta esse dispositivo, na investigação do grupo relevante de consumidores alcançados por certa publicidade cumpre ao intérprete adotar como referência não só os consumidores efetivos do produto ou serviço anunciado, mas também os indivíduos que, pelas suas características (idade, classe social, condição financeira, etc.), possam ser considerados destinatários ideais da comunicação enquanto potenciais consumidores de tais produtos e serviços.²³⁵

---

²³³ FTC Policy Statement on Deception, (1984), Chapter III.

²³⁴ Sobre o conceito de consumidor por equiparação na publicidade, v. item 2.3.2 do capítulo 2º *retro* (“destinatários da mensagem publicitária”).

²³⁵ Neste sentido, FUSI-TESTA-COTTAFI, *Pubblicità Ingannevole...*, p.135: “la valutazione della portata decettiva debba essere fatta dal giudicante con riferimento al gruppo più o meno ristretto di individui che, per le loro caratteristiche, possano considerarsi i destinatari ideali della comunicazione in quanto potenziali consumatori del prodotto o del servizio pubblicizzato”.

O referido artigo 29 do CDC, ao equiparar o consumidor às pessoas expostas às práticas comerciais alarga o conceito de consumidor previsto no artigo 2º (para o qual consumidor é apenas o destinatário final e econômico do produto) e estende a proteção legal também aos *potenciais consumidores* dos produtos e serviços anunciados.²³⁶ O seu objetivo é atuar *preventivamente* na defesa do consumidor, preocupando-se em evitar um dano por meio da proteção de pessoas (i.e., possíveis sujeitos da relação de consumo) expostos às práticas que possam gerá-lo. Assim, enquanto o artigo 2º *caput* visa a tutela *concreta* e *repressiva* do consumidor, o artigo 29 cuida de sua tutela *difusa* e *preventiva* ao também proteger o *consumidor potencial*.

Assim, por força do artigo 29, mesmo aqueles sujeitos que não são efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados, mas que podem vir a sê-lo, ou seja, que integram o grupo relevante de consumidores alcançados pela mensagem publicitária (consumidores típicos) estão protegidos *preventivamente* contra a publicidade enganosa. Esse dispositivo de lei, ao nosso ver, quando aplicado às práticas publicitárias, vem reforçar a necessidade de investigação de um consumidor típico na avaliação da tutela coletiva da publicidade.

Neste particular, como bem observa Pasqualotto²³⁷ ao comentar a aplicação do artigo 29 às práticas publicitárias, “a tutela preventiva é coerente com o sistema consagrado no CDC, conforme seu artigo 6º, inc. VI: é direito básico do consumidor a efetiva *prevenção* e reparação de danos. De outra parte, essa tutela mostra-se compatível com a especificidade publicitária. Faz parte do planejamento de marketing a elaboração de mensagens apropriadas a um público predeterminado, definido por métodos estatísticos e investigativos, como as pesquisas de mercado. Elege-se um alvo (*target*), e a publicidade atua em função dele, buscando produzir efeitos específicos de incitação à finalidade almejada pelo anunciante. A mensagem publicitária não é aleatória, é finalística. Ela

---

²³⁶ Como já mencionado, além da definição de consumidor prevista no artigo 2º *caput* (destinatário final e econômico do produto ou serviço), o CDC traz mais três conceitos de consumidor, todos por equiparação: i) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (Art.2º, par. único); ii) o consumidor vítima de acidente de consumo (*bystander*) e; iii) o consumidor exposto às práticas comerciais e contratuais dos capítulos V e VI do CDC (Art.29) e de interesse para o estudo da publicidade.

²³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto, *ob. cit*, p.82.

expõe o público à sua atuação teleguiada. A lei intervém e presta um anteparo. Se a mensagem é deletéria, é possível estancar os seus efeitos”.

Portanto, parece claro que na apreciação dos efeitos lesivos da publicidade não se pode ignorar a funcionalidade ou especificidade que ela exerce. A mensagem é idealizada para desempenhar uma função informativa e persuasiva bem definida diante de um público específico, e não aleatoriamente. A investigação pelo intérprete do grupo relevante de consumidores alcançados pela publicidade torna-se, na tutela coletiva, elemento imprescindível para correta aferição do seu potencial enganoso. Tal investigação, de outro lado, se harmoniza com a proteção preventiva e difusa de todos os consumidores que compõem o público-alvo daquela mensagem (consumidores reais e potenciais), nos termos do artigo 29 do CDC.²³⁸

Assim, toda vez que analisamos a ilicitude de uma publicidade no âmbito da tutela difusa – e buscamos interpretar a reação típica da coletividade de consumidores diante de certa mensagem – mostra-se imprescindível perguntar: *a quem* ela se destina, *aonde* foi veiculada e de que *tipo de produto ou serviço* estamos falando. Com efeito, na prática o padrão de discernimento e capacidade crítica do consumidor não é estático e, muito menos, uniforme. Poderá ser maior ou menor a depender do público-destinatário da publicidade (consumidor típico), caracterizado conforme (i) critérios *sócio-culturais*, (ii) os *veículos de comunicação* utilizados e considerando, sobretudo, a (iii) natureza dos *produtos e serviços* anunciados.

---

²³⁸ A respeito da matéria, vale notar que nos permitimos neste ponto discordar de interpretação doutrinária que amplia o conceito de consumidor por equiparação do artigo 29 do CDC para incluir, para fins de avaliação de publicidade *enganosa*, qualquer pessoa, independentemente do produto ou serviço ofertado e de seus consumidores (reais e potenciais), desconsiderando, por completo, qualquer investigação dos destinatários atingidos pela mensagem. Tal interpretação, embora respeitável, pode, em nosso sentir, distorcer a avaliação do efetivo potencial de indução em erro da publicidade ao estender a proteção, por equiparação, a qualquer indivíduo, mesmo para aqueles fora da relação de consumo. Neste sentido, parece ser a posição, dentre outros, de MARQUES, Claudia Lima, que embora fazendo referência à jurisprudência de publicidade abusiva, menciona que a “publicidade abusiva e *enganosa* atinge a todos, mesmo aqueles excluídos do consumo, àqueles aos quais a publicidade não se dirige, pois não possuem as condições de consumir”. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p.675). Entendemos que este raciocínio somente se aplicaria, quando muito, aos casos de abusividade (que envolve análise valorativa) não se justificando em nenhuma hipótese para a avaliação de publicidade enganosa de produtos e serviços pelos motivos já expostos neste estudo.

Com efeito, para o fim de investigar o público-alvo de certa publicidade a autoridade julgadora poderá se valer de *critérios sócio-culturais*²³⁹, tais como a verificação de sexo e idade (se dirigida a crianças, adultos ou idosos), a classe econômico-social, a localização geográfica dos destinatários ou quaisquer outros elementos determinantes que auxiliem na avaliação do grupo relevante de consumidores atingidos pela publicidade.

Se a publicidade se dirigir a um público mais vulnerável, como é o caso das crianças, tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento, fundamental que se avalie os efeitos da mensagem em termos desse público-alvo específico. Trata-se de examinar a enganabilidade sob a ótica do membro médio deste grupo especialmente vulnerável. O mesmo se aplica às mensagens direcionadas aos idosos ou àqueles que padecem de alguma doença física ou transtorno mental, que pelas suas condições também são mais vulneráveis.

Importante chamar a atenção, porém, para situação em que a publicidade, pelo seu produto ou serviço, *não* se dirige às crianças mas, considerando o veículo de comunicação escolhido (e.g.: televisão) também pode atingi-las. Nesta hipótese, a análise do consumidor típico não deve se centrar neste público especial, pois a criança *não pode ter o seu comportamento econômico distorcido* ainda que indiretamente seja exposta à mensagem cuja enganabilidade se avalia. Estamos a falar de situações em que a contratação ou o exercício de direitos pela criança requer a intervenção de terceiros (em regra, os pais) não se sustentando uma análise de *indução em erro* (i.e., de enganabilidade) a partir desse público, que não é o destinatário dos produtos e serviços anunciados (tendo em vista sua natureza) e tampouco pode contratá-los.²⁴⁰

---

²³⁹ A doutrina italiana denomina de critérios sócio-demográficos (*socio-demografici*) para identificação do *target group* da publicidade. (FUSI-TESTA-COTTAFÁVI, *Pubblicità Ingannevole...*, p.135).

²⁴⁰ A doutrina espanhola, em comentários à Diretiva 2005/29/CE que versa sobre práticas desleais de fornecedores perante os consumidores (em especial sobre a publicidade enganosa), explica, ao comentar a exposição de pessoas especialmente vulneráveis (ex: crianças) às mensagens (artigo 5.3 da Diretiva), que o critério para avaliação da enganabilidade em relação a estas pessoas especialmente vulneráveis não deve ser o da exposição à publicidade mas se deve ter em conta o grupo de pessoas cuja mensagem pode diretamente afetar o comportamento econômico: “*no bastará con que los consumidores vulnerables queden expuestos a la práctica comercial (se encuentren, de hecho, entre los consumidores afectados), sino que es además preciso que verse sobre una transacción [en el sentido del artículo 2 k) de la Directiva] que pueda ser decidida directamente por esta clase de consumidores o a instancia de ellos*” (MASSAGUER, José. *El nuevo derecho...*, 2006, p.93).

Este raciocínio da doutrina espanhola, que leva em conta para fins de análise de enganabilidade as pessoas *cujos comportamentos econômicos possam ser distorcidos pela publicidade enganosa* está em perfeita linha com nossas considerações sobre a necessidade de se avaliar a enganabilidade a partir do

Ao lado de tais indicadores de cunho sócio-cultural não podemos deixar de avaliar para investigação do público-alvo a forma pela qual a publicidade foi difundida, vale dizer, se por um ou mais *veículos de comunicação* e se tais veículos se dirigiam a um público mais restrito ou específico ou se a todos indistintamente. Como dissemos, a ilicitude de certa publicidade no âmbito coletivo deverá ser interpretada tendo em conta o público consumidor a que se dirige, variável segundo os meios de comunicação escolhidos pelos fornecedores para veiculação de suas publicidades e estratégias de marketing. A partir do veículo de comunicação utilizado o julgador também poderá avaliar a adequação e suficiência do conteúdo informacional da publicidade, sobretudo em investigação de enganiosidade por omissão.²⁴¹

Cite-se, por exemplo, situações em que a publicidade se manifesta através de veículos que, em virtude da temática que abordam, dirigem-se a um público mais técnico como revistas científicas ou especializadas em certa matéria (Medicina, Direito, Engenharia, etc.). O fato do consumidor ser especialista em determinada matéria pode ser um elemento importante na avaliação da indução em erro em virtude de afirmação publicitária que, para outras pessoas, poderia ser enganosa.²⁴² Isso não quer significar que esse consumidor típico não possa ser induzido em erro, mas apenas que a análise da enganiosidade deve ter em conta as características do grupo específico de destinatários.

Há ainda situações em que o veículo, pelo conteúdo abordado, se volta a um público particular, como é o caso das revistas direcionadas aos pais e mães que esperam filhos, ou que se destinam substancialmente ao público masculino ou feminino, ou ainda, aos adolescentes, etc. A avaliação da enganiosidade também deverá ser feita à luz do membro médio do grupo de consumidores-destinatários da publicidade. Na Itália, verificamos interessante decisão proferida pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* a respeito de publicidade promovida por canal de televisão pago (*Stream*) na qual

---

consumidor típico (consumidores reais e potenciais) dos produtos e serviços ofertados, não se admitindo a extensão do conceito de consumidor por equiparação (CDC 29) para incluir nesta análise os excluídos do consumo de tais produtos e serviços objeto da publicidade.

²⁴¹ Sobre a enganiosidade por omissão e os veículos de comunicação, v. *in specificum* itens 1.3 e 1.3.3 (*infra*).

²⁴² Neste sentido, também é o posicionamento da doutrina italiana, segundo CARBALLO-CALERO, Fernandez. *ob. cit.*, p.117: “(...) *il fatto che una persona sia specialista in una determinata materia può impedire che venga indotta in errore da un'affermazione che per altri è ingannevole*”.

se anunciava exclusividade na transmissão de *todos* os jogos de futebol da Champions League (“*Tutta la Champions League solo su Stream*”). Em letras menores o mesmo anúncio informava que a exclusividade versava sobre as 157 partidas da liga de futebol. Na denúncia alegou-se que os consumidores seriam induzidos em erro a acreditar que nenhuma outra emissora poderia transmitir eventuais jogos da Champions League.

A autoridade administrativa italiana afastou o alegado potencial de indução em erro da publicidade de seus destinatários sob dois principais fundamentos. Em primeiro, consignou que as mensagens publicitárias devem ser interpretadas em sua globalidade, não sendo possível isolar uma determina expressão do seu contexto. No caso em exame, as informações secundárias e legíveis da mídia impressa esclareciam o exato conteúdo da *exclusividade* de transmissão da emissora consistente na *totalidade* das partidas do campeonato (apenas na *Stream* se poderia assistir às 157 partidas). Em segundo, ressaltou que a publicidade em questão direcionava-se a um *target* específico de consumidores: os apaixonados por futebol, atuais ou potenciais usuários dos serviços oferecidos através da *pay per view*, conhecedores dos serviços anunciados e, portanto, em perfeitas condições de compreender a natureza da exclusividade dos direitos televisivos em questão.²⁴³

A referida decisão é de grande interesse, pois aborda, a um só tempo, os diversos critérios propostos para fins de avaliação do potencial enganoso: análise da publicidade em sua integralidade (em se tratando de mídia impressa tal fato é fundamental), público-alvo da publicidade (masculino) considerando ainda sua capacidade de compreensão da mensagem tendo em vista a *natureza* dos serviços oferecidos (*pay per view* de futebol). A autoridade italiana avaliou a enganosidade a partir da ótica do grupo de consumidores destinatários dos serviços anunciados.

---

²⁴³ Provvedimento n.9062 (PI3056) Stream Esclusiva Champions League, 21/12/2000 (disponível em www.agcm.it). Nos termos da decisão: “*Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza dell’Autorità, i messaggi devono essere valutati nella loro globalità, non essendo possibile isolarne in un contesto artificiosamente autonomo, determinate espressioni. (...) Le affermazioni riportate in calce alla scritta “Tutta la Champions League solo su Stream” sono sicuramente idonee a chiarire l’esatta portata di tale claim, peraltro veritiero, in quanto viene chiaramente specificato “Lazio e Juventus e, a turno di qualificazione superato, anche Milan e Inter, giocheranno tutte le partite della Uefa League su Stream. Dal 12 settembre solo su Stream, tutte le 157 partite del torneo più prestigioso d’Europa”, delimitando così il contenuto dei diritti di esclusiva di cui Stream è titolare, relativi solo alla globalità delle partite della Champions League. Infine, è importante sottolineare che il messaggio è diretto principalmente ad un target selezionato di consumatori: gli appassionati di calcio attuali o potenziali utenti dei servizi offerti attraverso la pay per view. Tale circostanza appare idonea ad escludere la presenza di rilevanti asimmetrie informative che potrebbero concorrere, insieme ad altri elementi, ad ingenerare false aspettative circa la natura dei diritti televisivi in questione*”.

Há de se ressaltar que nas publicidades veiculadas em mídias de grande massa (ex: televisão de canal aberto), que pela sua própria natureza e alcance destinam-se ao grande público, deve-se adotar um cuidado maior na caracterização dos destinatários, dado que a mensagem, em princípio, é apta a ser recebida por qualquer consumidor. Neste contexto, é preciso verificar ainda, como também já ressaltado, de que *produto* ou *serviço* estamos falando para se concluir quanto à enganosidade na comunicação publicitária.²⁴⁴

Assim, critério fundamental para avaliação do potencial enganoso da publicidade consiste na *natureza do produto ou serviço* anunciado. Trata-se de critério que, de um lado, auxilia na identificação do grupo relevante de consumidores daquela publicidade (consumidores típicos, reais ou potenciais, dos produtos e serviços anunciados) e, de outro, possibilita avaliar a adequação do conteúdo da publicidade à luz das características dos produtos e serviços publicizados. Com estes elementos o julgador poderá mensurar se a prática em questão tem capacidade para levá-los a tomar suas decisões sem pleno conhecimento de causa.

Com efeito, o tipo de produto ou serviço é critério que, em primeiro lugar, auxilia a identificar quem são os possíveis consumidores dos produtos ou serviços anunciados. Como já dissemos, a enganosidade deve ser interpretada a partir do grupo de pessoas que possam ter a sua vontade e comportamento econômico afetados pela mensagem, uma vez que consumidores reais ou potenciais de tais bens e serviços. A depender do produto ou serviço pode ser a própria coletividade, indistintamente, ou uma tipologia específica de consumidores. Uma análise que ignore tais fatos poderá implicar distorção interpretativa quanto à presumida reação da coletividade de consumidores diante

---

²⁴⁴ Neste sentido, a doutrina espanhola quanto à necessária definição do grupo relevante de consumidores atingidos pela publicidade, devendo-se levar em conta, dentre outros, o tipo de produto ou serviço promocionado para avaliação da indução em erro do destinatário médio desse círculo relevante de consumidores. (MASSAGUER, José. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales.*, p.90): “la determinación de la reacción del consumidor medio o del miembro medio del grupo relevante ha de efectuarse caso por caso y exige, en particular, un análisis que se desenvuelve en tres pasos. Se requiere, ante todo, la delimitación del círculo de destinatarios al que afecta o se dirige la practica enjuiciada y, a continuación, la precisión del grado de formación, atención y pautas de conducta del consumidor o miembro medio del círculo previamente identificado, a lo que ha de seguir, una vez sentados estos extremos y siempre considerando específicamente de la clase de partía y del bien o servicio promocionado de que se trate, la determinación de la reacción esperable de ese consumidor o miembro medio del grupo relevante...”.

de certa publicidade, seja para condenar o fornecedor anunciante ou arquivar uma investigação de enganiosidade.

Em segundo lugar, a natureza do produto ou serviço é critério que possibilita avaliar a adequação do conteúdo da mensagem. Mesmo quando diante de uma publicidade de produto dirigida a coletividade de consumidores, há de se verificar as *caratteristiche dos bens e serviços anunciados* para se concluir quanto à adequação do conteúdo da mensagem publicitária e a capacidade de discernimento do público consumidor. Considerando a natureza do produto ou serviço, isto é, suas características, sua alta ou baixa importância econômica, complexidade técnica ou financeira, modalidade de contratação, bem como a finalidade a visa satisfazer ao consumidor, diferentes análises podem surgir a respeito da capacidade de atenção e compreensão do consumidor diante de certa comunicação publicitária para fins de avaliação do potencial enganoso.

Parece ser do senso comum que quanto maior for o valor econômico do bem anunciado tanto maior será o nível de atenção exercitado pelo consumidor. Sobre a matéria, Vincenzo Cuffaro ressalta a influência do tipo de produto no grau de capacidade crítica do consumidor, lembrando a distinção realizada pelos economistas entre “*experience goods*” e “*search goods*”. Os primeiros se caracterizariam por apresentar um preço não muito elevado e por um *target* de consumidores mais generalizado e não particularmente avisado; enquanto os segundos se identificariam por um nível de preço elevado e pela sofisticação que os tornam naturalmente destinados a uma procura especializada pelos consumidores.²⁴⁵ A depender do valor e da finalidade do produto, tem-se que a publicidade pode atingir uma massa de consumidores ou uma faixa específica tipologicamente diferenciada de usuários. O referido jurista conclui que é mais provável enganar um consumidor de *experience goods* do que de *search goods*.²⁴⁶

---

²⁴⁵ *Codice del Consumo*, a cura di Vincenzo Cuffaro, coordinatori A. Barba – A. Barenghi, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p.90: “*assume rilievo la distinzione introdotta dagli economisti tra **experience goods** e **search goods**, dove i primi si caratterizzano per un prezzo non molto elevato e per un target di consumatori generalizzato e non particolarmente accorto all’atto dell’acquisto; mentre i secondi si connotano per un livello di prezzo elevato e per la sofisticatezza che li rendono naturalmente destinati ad una cerchia specializzata di utilizzatori*”.

²⁴⁶ “È indubbio, infatti, che è più probabile ingannare un consumatore di *experience goods* che di *search goods*” (CUFFARO, Vincenzo, *Codice del Consumo* a cura di, p.91).

Com efeito, podemos presumir que o consumidor tende a ser menos atento às comunicações publicitárias de produtos de baixo valor econômico e adquiridos com maior frequência em relação àquelas publicidades que anunciam produtos que, de aquisição extraordinária, exigem uma compra mais reflexiva.²⁴⁷ Vale dizer, presume-se (e é apenas uma presunção relativa) que a percepção do consumidor quanto à publicidade de produtos de alto valor econômico (e, portanto, de consumo extraordinário) tende a ser mais crítica do que quando diante de publicidade de produtos de baixo valor econômico, notadamente porque, em regra, a aquisição de produtos de custo elevado é precedida de uma prévia busca de informações pelo consumidor. Assim, a importância do valor econômico do produto ou serviço objeto da publicidade é um elemento a ser considerado pelo julgador na avaliação da maior ou menor capacidade de percepção do público-destinatário (consumidores típicos) diante de certa publicidade.

Neste particular, tomando por base recente decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mencione-se que foi afastado o potencial enganoso de publicidade de automóveis à luz da importância econômica do produto anunciado (i.e. veículo novo) e, portanto, da capacidade de crítica do seu público-alvo diante da mensagem publicitária que anunciava automóveis financiados com parcelas mensais a partir de R\$99,99. Segundo a decisão, “qualquer pessoa com discernimento médio que cogita a possibilidade de adquirir um veículo zero quilometro é capaz de deduzir que para que o valor da parcela seja este é necessário que se dê uma determinada quantia de entrada, que tenha seu nome submetido a cadastro; que não haja restrição creditícia em seu nome, etc.”, ressaltando ainda que um entendimento diverso do conceito de enganosidade no caso em exame ignoraria o “destinatário da publicidade”²⁴⁸.

Em outro caso, de anúncio de produtos de consumo ordinário, o supermercado Big Shop foi condenado por veicular publicidade enganosa de seus produtos em jornais de

---

²⁴⁷ Neste sentido, cf. PLAZO, Anxo Tato. En torno al relieve jurídico de la denominada “parte captatoria” de la publicidad, *Autocontrol* n.65, *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria*, p.8. No mesmo sentido expõe a doutrina italiana com respaldo na jurisprudência, conforme UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.211: “quanto più grande è il costo/valore del bene pubblicizzato tanto più forte sarà l’attenzione e la capacità critica esercitata dal pubblico con conseguente innalzamento della soglia minima della rilevanza dell’ingannevolezza”.

²⁴⁸ Cf. a já citada Apelação Cível nº2004.01.1.124377-0, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Terceira Turma Cível, Relator João Egmont, j. 05.07.06, Apelante: Saga – Sociedade Anônima Goiás de Automóveis Volkswagen e Apelado: Procon/DF. Cf. ementa transcrita no rodapé n.207 (*retro*).

grande circulação no Rio Grande do Sul. A publicidade tinha como atrativo o *slogan* de que o consumidor “ganhava *grátis* o produto anunciado pelo concorrente se o *preço praticado* no Big não fosse o mais baixo”. Em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público o anunciante quis argumentar que a frase *preço praticado* queria significar o preço encontrado pelo consumidor na *loja* (e não o veiculado no material publicitário) e, ainda, que a palavra “*grátis*” não significava dispensa de pagamento pelo produto, mas a cobertura pelo Big da diferença de preço em relação ao concorrente.

No caso em exame não se poderia sequer cogitar da interpretação pretendida pelo anunciante. Como já apontamos, o padrão de consumidor de diligência ordinária não significa que o mesmo diante das mensagens publicitárias deva proceder interpretações complexas ou forçadas para entendê-las, quanto mais considerando o público-alvo em questão (população). As informações publicitárias devem ser interpretadas por esse padrão de consumidor de acordo com o sentido *comum e usual* das palavras e frases.²⁴⁹

Dentre os diversos elementos para exame do potencial enganoso da publicidade parece-nos ainda relevante considerar o *uso* ou a *finalidade* a que se destina o produto ou serviço aos consumidores. Exemplificando o entendimento ora proposto verificamos na Itália interessante decisão exarada pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*²⁵⁰ em caso envolvendo folder publicitário e oferta de obras da editora Zanichelli (“Zanichelli Opere 1995”). Tendo em conta a finalidade que o produto anunciado (livros) destinava satisfazer ao seu público-alvo, o órgão italiano julgou pela inexistência de enganiosidade da oferta e do material publicitário. No caso em exame, o denunciante alegava que o catálogo veiculado com a frase “Obras para consulta Zanichelli 94/95”, bem como a impressão do ano “1995” na capa de algumas obras (que indicava apenas “o ano de *impressão* da obra”), poderiam induzir o consumidor em erro quanto à real data de *atualização* dos compêndios anunciados.

---

²⁴⁹ Como bem ressaltado pelo Voto-Relator não era possível admitir que a expressão “ganha grátis o produto” não queria significar “dispensa total de pagamento” e que a palavra “produto” não significava produto, mas “diferença de preço”. Apelação Civil n.70003821626, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara, j.05.11.2003, desembargador Irineu Mariani, *Revista dos Tribunais*, ano 93, volume 821, março de 2004, p.356-361.

²⁵⁰ Órgão competente para aplicar o *Codice del Consumo* na Itália.

A *Autorità Garante*, contudo, entendeu que o consumidor desse tipo de produto, notadamente de uma coletânea legislativa ou de um código, como era o caso, “não se limita apenas a analisar a capa do livro, mas com o fim de avaliar a sua completude e a conseqüente relação qualidade/preço, examina as páginas internas, a partir das quais está em perfeita condições de deduzir, como no caso específico, a efetiva data de atualização das obras em si mesmas”.²⁵¹ A oferta dos livros, bem como o seu folder publicitário não foram, assim, compreendidos como aptos a induzir em erro os consumidores destinatários em relação ao ano de atualização das obras.

Em outro caso emblemático, agora envolvendo publicidade para divulgação de máscara para cílios da L’Oreal, a atriz Penélope Cruz anunciava que o uso da máscara “Telescopic” poderia tornar os cílios 60% mais longos (“up to 60 per cent longer”). As imagens dos cílios da atriz acompanhada do slogan “cílios que podem tocar as estrelas” (“lashes that could reach the stars”) foram compreendidos pela autoridade britânica de autorregulamentação publicitária (*Advertising Standards Authority* -ASA) como enganosos e passíveis de indução dos consumidores em erro a respeito da eficácia do produto. Além da atriz estar usando cílios falsos, elemento que exagerava o efeito que poderia ser obtido pelo uso do produto, os *slogans* também foram tidos como confusos, na medida que a máscara (ou rimel) não proporcionava um real alongamento dos cílios em 60% mas apenas aumentava a sua aparência visual.²⁵² Além de suspender a sua veiculação, o órgão britânico determinou que em futuras publicidades o anunciante advertisse os consumidores sobre o uso de falsos cílios caso se utilizasse deste recurso.

---

²⁵¹ Provvedimento n.3034 (PI475), Zanichelli Opere 1995, j. em 11.05.1995: “Per quanto concerne la dicitura “1995”, riportata su alcune copertine delle suindicate opere bibliografiche, si rileva che tale indicazione non appare di per sé sufficientemente fuorviante per il potenziale acquirente, considerato che, in genere, il soggetto interessato all’acquisto di un libro e, più specificamente, di un’opera di consultazione (quale un atlante, un’enciclopedia, un vocabolario) e, a maggior ragione, di una raccolta di leggi o di un codice, non si limita a guardarne la sola copertina (l’opera bibliografica, infatti, deve considerarsi un bene di consumo che desta interesse prevalentemente per il suo contenuto culturale/informativo), ma, proprio al fine di valutarne la completezza, oltre che il conseguente rapporto qualità/prezzo, è portato ad esaminarne anche le pagine interne, dalle quali è comunque in grado di desumere, come nel caso di specie, la effettiva data di aggiornamento e/o di ristampa dell’opera medesima”.

²⁵² Segundo a decisão do ASA: “We are also concerned that the aid did not make clear that lashes would “appear” up to 60% longer and considered that some consumers could interpret the claim to refer to an actual extension in the length of lashes that could be achieved by using the mascara. Furthermore, while Penelope Cruz may not have been wearing a full set of false eyelashes, the images of her wearing individual false lashes in the press and TV ad and the lash lengthening visual in the TV ad nevertheless exaggerated the effect could be achieved by using the mascara on natural lashes. We concluded that, in the absence of a disclaimer stating that Penelope Cruz was wearing some individual false lashes added to her natural lashes, and because the ad did not make clear the claim referred to an increase in the “appearance” of lash length the ads could mislead” (L’Oreal (UK) Ltd, Agência McCann Erickson, 25/07/2007, disponível em www.asa.org.uk).

Novamente voltando os olhos para a casuística pátria, foi declarada enganosa publicidade que anunciava equipamentos de ar condicionado “totalmente silenciosos” quando tal característica não se comprovava no uso do produto. No caso em questão, o julgador ressaltou com acerto que “por silêncio” deve ser entendida a qualidade que não possa enganar ou confundir o cidadão comum (e não pessoa com formação profissional de engenharia que lhe permita calcular os decibéis dos ruídos produzidos).²⁵³ Com efeito, considerando o conceito de consumidor de diligência ordinária (minimamente crítico e atento), devemos ter em mente um padrão de consumidor que interpreta as mensagens publicitárias de acordo com o seu significado comum ou usual. Não caberia argumentar que seria razoável que esse mesmo padrão de consumidor exercesse uma interpretação diversa sobre o atributo “silêncio”. Se tal qualidade – ressaltada na publicidade como um diferencial – não se constata no uso do produto, configurada está a enganosidade.

A natureza e finalidade do produto ou serviço são, portanto, critérios fundamentais para a avaliação da capacidade de compreensão do consumidor diante das diferentes publicidades. Podemos concluir que na verificação do potencial enganoso de certa comunicação publicitária o emprego crítico e de compreensão que o consumidor, razoavelmente, dedica a produtos dos quais tenha necessidade pode variar conforme as características de um ou outro produto ou serviço; segundo o seu grau de importância econômica; o uso a que se destina satisfazer; a modalidade de contratação; sua complexidade técnica e financeira, etc.²⁵⁴

Assim, por exemplo, em publicidade envolvendo contratos de concessão de crédito, considerando a natureza complexa deste produto específico (produto financeiro) e,

---

²⁵³ Na sentença, o juiz federal ressaltou que: “Por “silêncio” ou “totalmente silencioso” deve ser a qualidade que não possa enganar, induzir em erro, confundir ou pensar que seja verdade ao cidadão comum e não aquele técnico especializado com formação profissional de engenharia que lhe permita calcular os decibéis dos ruídos produzidos. (...) Os produtos de ambas as rés, anunciados e propagados como silenciosos não os são, seja porque produzem ruído, e ainda que ruídos suportáveis pudessem conter, não indicam a sua ausência, caracterizando perfeitamente a propaganda enganosa” (*Revista de Direito do Consumidor*, n.10, Revista dos Tribunais, p.279, Processo n.89.0035.491-4,, Ação Civil Publica, Ministério Público Federal de São Paulo x Springer Carrier do Nordeste).

²⁵⁴ A corroborar tal entendimento, veja, por exemplo, decisão de App. Milano, de 8.2.77, *GADI*, 1977, 922: c“l’impegno critico e di attenzione che normalmente il consumatore dedica alla ricerca e alla scelta dei prodotti di cui ha bisogno è diverso in rapporto al grado d’importanza econômica o di usualità del bene acquisto”, citada e transcrita por UNNIA, Federico, *La Pubblicità Clandestina...*, p.210.

portanto, a diligência média dos consumidores destinatários que dele necessitam (que não possuem uma educação financeira), é razoável exigir um cuidado ainda maior do anunciante quanto à exaltação de suas mensagens publicitárias, tendo em vista a menor capacidade de compreensão dos consumidores quanto ao preço, riscos e juros envolvidos. O superendividamento é tema dos mais preocupantes na atual sociedade, apresentando a publicidade um papel importante na influência dos consumidores.

Em suma, o que pretendemos pontuar neste capítulo é que a análise do potencial enganoso de uma publicidade, de sua aptidão para induzir em erro, não pode prescindir da investigação dos efeitos que a mensagem causa no grupo de consumidores atingidos pela mensagem (consumidor típico), considerando, ainda, as características dos produtos e serviços anunciados. Disso decorre também que a capacidade crítica e perceptiva do consumidor não é estática, podendo variar conforme se trate de um ou outro público-alvo a ser investigado conforme critérios sócio-culturais (se dirigido a crianças, adultos, doentes), os meios de comunicação utilizados e, especialmente, tendo em conta a natureza e as características dos produtos e serviços anunciados, além de outros elementos a serem ponderados no exame do caso concreto (modalidade de contratação, etc.).

Uma análise de tutela difusa que ignore os efeitos que a publicidade pode causar nos consumidores-destinatários, reais e potenciais dos produtos e serviços ofertados, ou ainda, que não avalie as características específicas dos bens e serviços anunciados em relação ao conteúdo da mensagem, poderá gerar distorções quanto à real percepção do consumidor típico sobre a publicidade investigada, seja absolvendo situações que mereceriam efetiva reprovação, seja condenando outras que não geraram quaisquer efeitos deletérios, nem mesmo potencialmente.

4.2.3. A enganabilidade por omissão

4.2.3.1. Conceito de dado essencial

A publicidade enganosa pode ser comissiva e/ou omissiva (artigo 37 §1º CDC). Como já mencionamos, tanto será enganosa a publicidade que veicular informações falsas ou inexatas sobre os produtos e serviços, quanto aquela que “*deixar de informar sobre algum dado essencial*” a respeito dos mesmos (§ 3º). De modo bastante similar, a *Ley General de Publicidad* da Espanha define a enganabilidade por omissão a partir do conceito de “*dado fundamental*”, ao dispor que “é também enganosa a publicidade que silencie sobre dados fundamentais dos bens, atividades ou serviços quando dita omissão induza em erro os seus destinatários”.²⁵⁵

A Diretiva 2005/29/CE, que versa sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, divide as práticas enganosas em “ações enganosas” e “omissões enganosas”, conceituando estas últimas “quando, no seu *contexto factual*, tendo em conta as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omitir uma *informação substancial* que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o *consumidor médio* possa tomar uma decisão de transação esclarecida e, portanto, conduza, ou seja susceptível de conduzir, o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo” (art.7º, alínea 1ª). A mesma Diretiva complementa este conceito de enganabilidade dispondo que também é considerada uma omissão enganosa “a prática comercial em que o profissional oculte informação substancial ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não faça referência a intenção comercial em questão, se esta não puder se depreender do contexto” (Art. 7º, alínea 2ª).

Com efeito, a publicidade enganosa por omissão pode se manifestar de diversas formas. Ela compreende não apenas o silenciamento *total* de informação essencial sobre os produtos e serviços necessária para uma transação esclarecida, como também o

---

²⁵⁵ “Art.4º. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

seu oferecimento de modo *obscuro*, que não possa ser lida ou percebida pelo consumidor de diligência ordinária haja vista pouco clara, ininteligível ou veiculada em momento posterior. A informação que não pode ser lida ou compreendida pelo consumidor do material publicitário equipara-se à sua omissão para fins de avaliação de indução em erro. Também podemos dizer que consiste em modalidade de enganosidade por omissão o ocultamento do caráter publicitário das mensagens veiculadas, caso tal intenção não possa ser apreendida do seu contexto, induzindo os consumidores em erro quanto à natureza supostamente desinteressada da mensagem.

Não é qualquer omissão informativa que configura o ilícito da enganosidade. Apenas a omissão (entendida em seu sentido amplo: silêncio, ocultação ou obscurimento) de informação que tem a qualidade de *essencial* poderá determinar que a prática considerada se constitua em prática enganosa.²⁵⁶

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em linha com as demais legislações sobre a matéria, não exige que a publicidade veicule *todas* as características do produto ou serviço anunciado. Tal finalidade seria mesmo impossível de ser alcançada tendo em vista as limitações de tempo e espaço dos veículos de comunicação, daí porque apenas a omissão de informação *substancial* pode configurar a patologia. A exigência deste requisito, observam os espanhóis, “é lógica já que é inerente à publicidade que o empresário coloque em relevo as características que favoreçam seus produtos” não sendo razoável exigir do anunciante “que desempenhe uma função notarial consignando escrupulosamente todas as vantagens e desvantagens de seus produtos e serviços”.²⁵⁷ Fundamental, portanto, definirmos o conceito de informação ou dado essencial.

Entende-se por *dado essencial* aquele que os consumidores destinatários do produto necessitam saber para tomar uma decisão sobre uma transação com o devido conhecimento de causa. É o dado que influi ou pode influir na escolha econômica do consumidor; que se estivesse previsto na publicidade o levaria a adotar um comportamento econômico diverso. Adalberto Pasqualotto²⁵⁸ observa que, por dados essenciais se devem

---

²⁵⁶ Neste sentido, MASSAGUER, José, *El nuevo derecho...*, p.125.

²⁵⁷ DEVESA, Carlos Lema. *Problemas Jurídicos de la Publicidad...*, p.313.

²⁵⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.126.

entender todos aqueles mencionados no § 1º do artigo 37 e que são objeto do engano, ou seja, os dados concernentes à “natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço” dos produtos e serviços. Para Walter Ceneviva²⁵⁹ o dado essencial é o “dado sem o qual é impossível para o consumidor conhecer o produto ou serviço divulgado”. Para Benjamin²⁶⁰ é “o dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

Na proibição à enganosidade por omissão o que se pretende evitar é que as expectativas geradas nos consumidores no momento da veiculação da publicidade não sejam posteriormente frustradas pelo conhecimento de alguma informação essencial do produto ou serviço, silenciada na mensagem ou veiculada de modo imperceptível, e que, se conhecida, teria a aptidão de influenciar a sua escolha econômica. Tais expectativas poderão ser frustradas, especialmente, quando o dado omissivo for capaz de desnaturalizar as condições nas quais se realiza oferta publicitária, limitar a fruição do bem ou serviço pelos consumidores ou onerá-los de alguma forma não previsível ou não razoável considerando, para tanto, a natureza do produto ou serviço objeto da publicidade, os usos e costumes do mercado e os consumidores atingidos pela mensagem.

Assim, haverá omissão de informação relevante se ela for apta a modificar ou redimensionar o alcance das afirmações ou indicações constantes da oferta publicitária ou se dela resultarem condições ou limites à própria utilização do bem ou serviço anunciado e que não foram de qualquer modo ressalvadas no material publicitário. A omissão de tais informações poderá influir na escolha econômica do consumidor e por isso devem constar da publicidade para evitar a falsa percepção da realidade (indução em erro) possibilitando uma decisão esclarecida.

Consiste em dado essencial, por exemplo, a existência de eventuais custos relativos à entrega, transporte ou expedição de certo produto, bem como eventuais despesas suplementares necessárias à perfeita fruição do bem e que não estejam inclusos no valor do preço constante da oferta publicitária. Fundamental que o material publicitário

---

²⁵⁹ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor...*, p.119.

²⁶⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado...*, p.337.

ressalve a existência de custos adicionais a cargo do consumidor, sempre que tais custos não estiverem inclusos no preço total ofertado e forem imprescindíveis à aquisição ou fruição do bem.

Na Espanha, julgada enganosa publicidade do Banco Barclays, cujo anúncio ofertava aplicação financeira com as melhores taxas de rendimento omitindo, porém, a relevante informação de que para se obter tais taxas era necessário um depósito inicial de um milhão de pesetas. O Tribunal Espanhol entendeu que a ausência da informação sobre a necessidade de uma quantidade mínima de investimento para que se obtivesse a remuneração dos juros anunciados configurava publicidade enganosa por omissão²⁶¹. No caso, ficou claro que a omissão da informação do depósito mínimo era essencial para gozar do serviço ofertado, frustrando-se as expectativas dos consumidores que não dispunham de um milhão de pesetas mas que, induzidos em erro pela publicidade, procuraram o banco anunciante.

Também considerada enganosa publicidade na qual se informava que na compra de um televisor se obtinha grátis sua instalação e mais dois meses de serviço de televisão a cabo, sem ressaltar qualquer restrição às condições de contratação. Omitia, porém, a publicidade o dado fundamental de que para usufruir do benefício, o consumidor deveria assinar um contrato de dois anos com a empresa de televisão a cabo (plano de fidelidade), induzindo em erro os consumidores a respeito das vantagens na contratação do televisor²⁶².

A jurisprudência brasileira julgou haver enganabilidade por omissão em publicidade de aparelho de som por não ter sido veiculada a informação, nem na publicidade, nem nos manuais do aparelho de que, em caso de avaria, a peça de reposição

---

²⁶¹ No caso em questão, as expressões “depósito com juros crescentes” (*deposito de interés creciente*) e “cada ano Barclays lhe dará mais rendimento pelo seu dinheiro” (*cada año, Barclays le dará más interes por su dinero*), sem informar sobre a necessidade de um depósito mínimo de um milhão de pesetas foram tidas como não correspondentes à realidade e, portanto, passíveis de induzir em erro os seus destinatários, podendo afetar o seu comportamento econômico. (cf. *Juzgado de Primera instancia* n. 51 de Madrid, de 4/05/95 confirmado pela *Audiencia Provincial de Madrid*, de 30/10/96. O caso é trazido por PLAZA, Anxo Tato. “La publicidad ilícita en la jurisprudencia y el la doctrina del jurado de la publicidad”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), p.16).

²⁶² Resolución n.012-1999/CCD- INDECOPI (Peru), emitida en el expediente n.102-1998/CCD.

custava o preço de uma peça importada, em valor tão alto, quase equivalente ao bem²⁶³. Levou-se em conta, portanto, o desconhecimento pelos consumidores do custo elevado das peças de reposição relativamente ao produto ofertado. Também julgada enganosa, porque limitativa a direito do consumidor, publicidade de bingo que omitia a relevante informação sobre o possível rateio do prêmio (automóvel) com outros eventuais ganhadores²⁶⁴.

Na Itália, a *Autorità Garante* julgou haver publicidade enganosa apta a influir na escolha econômica do consumidor a omissão de informação sobre a efetiva cobertura territorial de serviços de telefonia celular GSM por parte do fornecedor anunciante em suas mensagens publicitárias.²⁶⁵

De outro lado, podemos dizer que não possuem a qualidade de essencial os dados que se depreendem do próprio contexto do anúncio, como aqueles que podem ser inferidos do produto ou serviço objeto da publicidade, do ofertante, dos usos e costumes existentes no mercado, das modalidades de contratação²⁶⁶, ou ainda, os dados que, pela experiência, conhecem os consumidores destinatários da publicidade.²⁶⁷

---

²⁶³ No Juizado de Pequenas Causas de Porto Alegre, o fabricante foi condenado a fornecer a peça ao consumidor ao preço de mercado, entendido esse como o preço de fábrica acrescido dos custos e do lucro normal do revendedor, mas expurgado o valor que corresponderia aos impostos de internação do produto no mercado nacional (*Revista de Direito do Consumidor*, vol.4, Revista dos Tribunais, 1992, p.255).

²⁶⁴ “Consumidor – Publicidade enganosa – anúncio de bingo que omite possível rateio de automóvel com outros ganhadores- Direito de receber o bem – inteligência dos arts.35, I, e 37, §§ 1º e 3º, da Lei 8.078/90” (...) Após o anúncio, distribuiu [o réu] várias séries – cinco – de cartelas com idênticos números. Flagrantemente, o expediente visou multiplicar o seu lucro, após atrair incautos com o anúncio enganoso. (...) à publicidade caberia assinalar que haveria a contemplação do veículo para um ou mais cartões. Sem tal ressalva, o anúncio obrigou a promotora do sorteio perante todos os contemplados (...)” (TJ/RS, Apelação Civil 596.088.997 - 5ª Cam- j. em 29.08.1996, Rel. Araken de Assis, RT Vol.736, fev 1997, p.358/361).

²⁶⁵ Povvedimento n.3882, dell’8 maggio 1996 citado in *Codice del Consumo (a cura di Vincenzo Cuffaro)*..., p.91.

²⁶⁶ A respeito da modalidade de contratação e considerando o alto valor econômico do produto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que o consumidor de veículos novos não poderia restar induzido em erro por material publicitário que anunciava automóveis financiados com parcelas mensais a partir de R\$99,00 ao mês (como se não fosse exigido do consumidor nenhum outro desembolso), já que é inerente à esta modalidade de financiamento o pagamento de uma entrada mínima para se obter as módicas parcelas mensais (TJ/DF, Apelação Civil n.2004.01.1.124377-0, 3ª Turma, j.em 05.07.06).

²⁶⁷ Como ressalta LOPEZ, Teresa Ancona, “somente é considerado dado essencial aquele que **não** é de conhecimento público e notório. O que todos já sabem não precisa ser avisado. O dado essencial se refere a qualidades dos objetos de consumo que não são conhecidas ou sabidas pelos consumidores”(Nexo causal e produtos potencialmente nocivos..., p.120). No mesmo sentido parece ser o entendimento de CENEVIVA, Walter, *ob cit.*, p.118: “a publicidade não é falsa, porém, se referir a produto suficientemente conhecido e em relação à qual haja impossibilidade de engano do consumidor comum ou médio”.

Como observa o jurista Carlos Lema Devesa há certos tipos de produtos que apresentam uma característica específica. Os consumidores crêem que esse gênero de mercadorias cumpre sempre com tais características. Se, por qualquer circunstância, um produto pertencente a esse gênero não apresenta a característica em questão, o anunciante deverá mencionar este dado. De não ser assim, a referida omissão poderá levar ao engano os consumidores.²⁶⁸

O caráter de “essencialidade” da informação cuja omissão se avalia consiste, portanto, em conceito jurídico indeterminado que deverá ser preenchido casuisticamente no exame da indução em erro dos consumidores.²⁶⁹ Vale dizer, a autoridade julgadora deverá proceder, no exame do caso concreto, à qualificação do caráter de *essencialidade* da informação omissa, podendo esta variar de acordo com as condições pessoais dos consumidores afetados pela publicidade ou aos quais ela se dirija (público-alvo), a natureza do produto ou serviço objeto da publicidade (valor econômico, complexidade técnica, riscos, etc.), os usos e costumes do mercado, o modelo de contratação, bem como o espaço e meio de difusão utilizado para sua veiculação. A partir do exame dessas condições, caso a caso, a autoridade poderá concluir se a informação omissa apresenta qualidade de essencial apta a induzir em erro os destinatários da mensagem.

Especificamente em relação ao *meio de difusão* utilizado para comunicar a publicidade, a orientação da Comunidade Européia é no sentido de que, sempre que o veículo impuser limitações de tempo ou espaço para a veiculação das informações do produto/serviço, tais limitações deverão ser ponderadas ao se decidir se foi omitida

---

²⁶⁸ DEvesa, Carlos Lema. *Problemas Jurídicos de La Publicidad...*, p.386: “hay que tener presente los casos en los que cierto tipo de productos presentan una característica. Los consumidores pueden llegar a creer que ese género de mercaderías cumple siempre con tales características. Si, por cualquier circunstancia, un producto perteneciente a ese género no presentase la característica en cuestión, el anunciante tendría que mencionar este dato. De no ser así, la mencionada omisión podría llevar a engaño a los consumidores”.

²⁶⁹ Observa Antonio Herman de Vasconcellos e BENJAMIN que a análise da essencialidade da informação é sempre casuística, dependendo do produto ou serviço. E cita como exemplos de dados que podem adquirir relevância na decisão do consumidor os riscos, os defeitos, a dificuldade de serviço pós-venda para o produto, o custo elevado da peça de reposição, o fato de o automóvel ter sido utilizado em competições, a não-restituição de eventuais depósitos, etc. (*CBDC comentado...*, p.337). Maria Elizabete Vilaça LOPES também pontua que “a essencialidade ou relevância podem alterar-se, em função dos mais variados fatores: público-alvo da mensagem, condições regionais, inclusive, climáticas, regras específicas do mercado de determinado produto ou serviço, e assim por diante” (*O consumidor e a publicidade...*, p.172/173).

informação de caráter essencial. Nesses casos, deverá ser levado em conta se o fornecedor tomou medidas adicionais para disponibilizar, por outros meios, as informações aos consumidores e se estas eram de rápido e fácil acesso pelo consumidor.²⁷⁰ Há de se tomar cuidado com este critério, pois as informações prestadas posteriormente pelo fornecedor, por outros meios, não devem, contudo, impor condições que *desnaturem* a amplitude da oferta principal constante da publicidade.

Finalmente, vale notar que, tendo em conta o espaço utilizado para veicular a publicidade, também não se configurará omissão enganosa se o dado essencial puder ser obtido do próprio material publicitário de modo perceptível pelo consumidor de diligência média. Considerando o *princípio da integralidade do anúncio publicitário*, entende-se que uma mensagem principal não pode ser lida isoladamente em relação às demais informações (secundárias) veiculadas no próprio material publicitário e a partir das quais se obtém os esclarecimentos necessários sobre o produto/serviço ou sobre suas condições de contratação. Sobre o conteúdo juridicamente relevante da publicidade, cf. item 4.2.3.3 *infra*.

O que podemos concluir é que – a partir da análise das peculiaridades do caso concreto (natureza e características do produto, usos e costumes do mercado, consumidores atingidos pela publicidade, etc.) – se a *informação omissa* for apta a onerar os consumidores de modo não esperado ou ainda ensejar uma alteração substancial do alcance das afirmações constantes do material publicitário, então estaremos diante de uma dado essencial cuja omissão pode influir na escolha econômica do consumidor, configurando-se a publicidade enganosa omissiva vedada pelo nosso ordenamento.

---

²⁷⁰ Esta orientação encontra-se recepcionada na Comunidade Européia, nos termos do artigo 7º, alínea 4 da Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio de 2005, *verbis*: “na análise da informação omitida deverá ser levado em conta pelo julgador as limitações de espaço e de tempo, bem como as medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios”.

4.2.3.2. Publicidade e o alcance do dever de informar

O estudo da publicidade enganosa por omissão nos leva a necessariamente indagar sobre a extensão do dever de informar e o conteúdo da mensagem publicitária. Vale dizer, até que ponto a publicidade deve informar? É possível informar todas as condições de aquisição em 30 segundos de publicidade? Ou em espaço de mídia restrito?

Estabelecer-se o alcance do dever de informar por meio da publicidade é tarefa notadamente árdua. A esse respeito, parece-nos, porém, fundamental chamar a atenção para o fato de que eventual *função informativa* exercida pela publicidade não deve ser confundida com o *dever de informar ampla, precisa e ostensivamente* o consumidor, nos termos do artigo 31 (aplicável à oferta não publicitária)²⁷¹ e demais dispositivos do CDC. Com efeito, o direito básico do consumidor à ampla e ostensiva informação, assegurado pelo CDC em todas as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), não se esgota – e nem poderia se esgotar – na publicidade de bens e serviços.

Um primeiro elemento que deve ser considerado em relação ao alcance do dever de informar na publicidade consiste na sua própria *finalidade*. Segundo a doutrina mais especializada, a função informativa está subordinada à função persuasiva, já que é inerente à publicidade que o fornecedor coloque em relevo as características que favoreçam seus produtos²⁷². Assim, embora a publicidade contenha informações e seja um

---

²⁷¹ Como reconhece BENJAMIN (*CBDC comentado...*, p.273), “o artigo 31 aplica-se, precipuamente, à oferta não publicitária” e, mais adiante, ao tratar do tema da publicidade enganosa por omissão admite que “não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar sobre todas as características e riscos de seus produtos ou serviços. Assim, nos termos da lei e nos passos do Direito Comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias”. (*idem*, p.336). Ainda no sentido de que o artigo 31 não se dirige às mensagens publicitárias, mas incide em relação à apresentação de produtos e serviços, SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.221.

²⁷² Na doutrina, ressaltando o *papel secundário da função informativa da publicidade*, encontramos Jean CALAIS-AULOY para quem, “é conveniente, entretanto, não confundir informação e publicidade. Esta não tem a finalidade de informar; ela tem por missão atrair os consumidores” (“Il convient cependant de ne pas confondre information et publicité. Celle-ci n’a pas pour but d’informer; elle a pour mission d’attirer les consommateurs”, *Droit de la consommation*, 4ª ed, Paris: Dalloz, 1996, p.44). No mesmo sentido, cf. PASQUALOTTO, Adalberto: “A originária função informativa foi subordinada pela nova função persuasiva, que não deixa de ser consequência de uma propensão natural de qualquer empresário de falar bem do seu produto e do poder de sugestão próprio aos meios de comunicação em massa” (*Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 29). E também

meio eficaz de levar ao conhecimento do consumidor a existência de produtos e serviços, é certo que dificilmente se obterá do material publicitário veiculado, qualquer que seja ele, a precisão total e absoluta de informações que muitas vezes se requer para a conclusão de um negócio. Como observa o jurista francês Jean Calais-Auloy “a publicidade mesmo que não seja enganosa, ela é necessariamente tendenciosa”.²⁷³ Do que resultam – diante da dupla finalidade da publicidade – quase que dois interesses conflitantes: incentivar o consumo *versus* bem informar o consumidor.

Adotando essa mesma linha de pensamento, Walter Ceneviva, escreve que “mesmo para quem não admita o *dolus bonus* na publicidade, forçoso reconhecer que publicidade e precisão absoluta são dados incompatíveis entre si”. Para o autor, o critério da finalidade também “distingue a publicidade comercial da informação: naquela o propósito de incentivar a venda está sempre presente; nesta a indicação é neutra, quanto à comercialização”.²⁷⁴

Alcides Tomasetti, por sua vez, pontua que, “a informação tem o sentido funcional de racionalizar as opções do consumidor”. E esclarece que essa racionalização das declarações negociais e das relações jurídicas de consumo “é resultado que não se obtém pela sugestão (publicitária, em especial), a qual primordialmente atua pela incitação dos sentidos”.²⁷⁵ Ou seja, a publicidade quer, em primeiro plano, atrair a atenção do consumidor sobre a existência de um certo produto (e, sob este prisma, pode ser entendida

---

BENJAMIN: “a informação que é dada pelo anunciante é um mero veículo – parcial – por ele utilizado para incentivar os consumidores a adquirirem seus produtos e serviços. Não se deve, pois, esperar dele mais informação que aquela que seja suficiente para alcançar tal objetivo. Ademais, de maneira geral, tampouco se aguarde informação outra que não seja a incompleta, *partisan*, de natureza seletiva”. (*ob. cit.*, p.304). E, ainda, VILAÇA LOPES, Maria Elizabete: “o objetivo da publicidade não é só informar os consumidores, mas informar com o fito de vender” (*O Consumidor e a Publicidade*. Revista *Direito do Consumidor*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 152). V, ainda, item 1.3 (“funções da publicidade”) do capítulo 1º doutrina citada em rodapé n.22 retro.

²⁷³ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation...*, p.44: “Mais une publicité, même si elle n’est pas trompeuse, est nécessairement tendancieuse”. O autor aduz na sequência que não é o caso de se proibir a publicidade, mas é preciso que os fornecedores veiculem aos consumidores informações objetivas: “Il n’est pas question d’interdire la publicité. Mais il faut que les professionnels fournissent aussi aux consommateurs une information objective”(idem, p.45).

²⁷⁴ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.79.

²⁷⁵ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 4, p.53.

como informativa), mas não no sentido de informar exhaustivamente o consumidor de modo a auxiliá-lo na *racionalização de suas opções*, como bem pontua Alcides Tomasetti. Esta é a função da informação: neutra na indicação do produto ou serviço.

Ao lado da finalidade, um segundo elemento se coloca quanto ao alcance do conteúdo informativo da publicidade e diz respeito à sua natureza massificada. Aqui também parece haver um paradoxo conceitual: se a publicidade, por definição, é um instrumento de massa, dirigido à coletividade, parece ser difícil, senão impossível, a plena satisfação de um dever de informar ampla e ostensivamente o seu público destinatário, o que, por outro lado, pode e deve sempre ocorrer no tratamento conferido ao consumidor individual.²⁷⁶ Como instrumento de massa de natureza pré-contratual, a publicidade está obrigada, nos termos da lei (art.37 §3º CDC), a veicular as *principais informações* sobre os bens e serviços anunciados de modo a possibilitar uma escolha esclarecida (sem vícios) por parte dos consumidores.

Destarte, parece ser inevitável a conclusão de que a publicidade não é o instrumento que satisfaz de modo suficiente e eficaz o amplo dever de informar o consumidor sobre as características dos bens e serviços. Ou melhor, este dever não se esgota na publicidade, seja porque não há tempo e espaço suficiente para tanto, seja porque tal dever só existe ou é factível de ser esgotado no tratamento individual entre consumidor e fornecedor, no momento da contratação (transparência no atendimento na loja) e mesmo após a celebração do negócio. Isso não quer significar, evidentemente, que para despertar a atenção do consumidor e convencê-lo a adquirir produtos e serviços possa o fornecedor fazer uso de artifícios enganosos.

Assim, mesmo havendo limitações ao alcance do dever de informar na publicidade, inerentes a essa técnica mercadológica, uma coisa é certa: a publicidade não pode induzir em erro seus destinatários. Se assim procede, o anunciante deve responder

---

²⁷⁶ No mesmo sentido, COELHO, Fabio Ulhoa aduz que o empresário não está em regra obrigado “a promover publicidade com *determinado conteúdo*”. Segundo este autor, “a legislação tutelar dos consumidores não lhe impõe o dever de subsidiar os espectadores da publicidade com a transmissão de dados úteis à escolha destes no sentido de consumir ou não o produto ou serviço anunciado. Isto é, o dever de informar prévia, ampla e adequadamente que a lei prescreve ao fornecedor na disciplina das relações individuais, não se concretiza por meio da promoção publicitária, mas através do próprio atendimento dispensado em concreto a cada consumidor” (*O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1994, p.258).

pelos danos causados, materiais e morais, coletivos ou individuais. Mas então qual seria o conteúdo mínimo de informação que a publicidade deve apresentar para não ser caracterizada como enganosa? O Código de Defesa do Consumidor não estabelece um conteúdo mínimo informativo, o que se mostra adequado, tendo em vista a natureza dos diferentes produtos e serviços e as próprias diferenças entre os vários públicos-alvo.²⁷⁷

Como estudamos, o que a Lei exige é que não se omitam as informações essenciais sobre os bens e serviços necessários para que o consumidor possa tomar uma transação com conhecimento de causa e que, caso silenciados, seriam aptos a alterar a sua decisão. E por essenciais, como vimos, pressupõem-se os dados que possam onerar o consumidor ou limitar a fruição do produto ou serviço de modo não previsível (i.e. que não possam ser inferidos do contexto do anúncio) ou que de qualquer modo restrinjam substancialmente o alcance da oferta constante do material publicitário. Trata-se de conceito a ser verificado no exame do caso concreto, dado que a qualidade de “essencial” pode variar conforme o produto/serviço e o público consumidor atingido pela mensagem.

Neste contexto, impõe considerar que o alcance do dever de informar – na publicidade – pode comportar *graus diversos*, isto é, ter seu conteúdo maior ou menor a depender do tipo de negócio, das partes contratantes e do produto ou serviço alienado. Antonio Junqueira de Azevedo esclarece com propriedade que “o dever de informar tem graus; conforme a situação, há simples dever de esclarecer ou, mais fortemente, o de aconselhar ou, até mesmo, se houver riscos, o de advertir. Se o fornecedor é um profissional, é provável que deva cumprir os três graus (basta pensar na venda de um material sofisticado ou no fornecimento de serviços de médico ou advogado). E explica ainda o autor que, “conforme a fase das negociações, se inicial ou final, o dever de informar, ainda que limitado somente a esclarecer, pode ter conteúdo menor ou maior (=esclarecer mais, ou menos).²⁷⁸

---

²⁷⁷ Assim também entende BENJAMIN, para quem “a enganiosidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige, conforme mencionado anteriormente, que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço” (*CBDC comentado...*, p.336). Sobre o conceito de dado essencial v. item 1.3.1 (*retro*).

²⁷⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p.179.

A publicidade, portanto, não tem a obrigação de informar todas as qualidades e características dos bens e serviços ou de detalhar todas as condições para contratação. O dever de informar ampla e precisamente o consumidor é um dever muito maior, a ser observado em *todas as fases contratuais* (especialmente no atendimento pessoal), podendo, inclusive, comportar graus diversos (maior ou menor), conforme a situação em análise. O que se proíbe é que o fornecedor alegue algo (ex: preço, qualidade, quantidade, etc.) que depois não se confirma no momento da contratação e/ou omita informação essencial à perfeita compreensão do alcance da oferta, configurando-se, nestes casos, a enganosidade comissiva e/ou omissiva.

Ainda sobre alcance do dever de informar, cumpre notar que há situações em que a inclusão de muitos dados na publicidade ou embalagem do produto levam mesmo à desinformação do consumidor – o que pode ocorrer quando as informações efetivamente relevantes ao consumidor restam perdidas ou despercebidas em meio a tantas outras. Com efeito, há informações que, por excessivas, não cumprem a sua obrigação de “bem informar” dado que a maior quantidade de informações não resulta no fato de que tenham sido adequadamente prestadas aos consumidores. Em recente pesquisa publicada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC constatou-se, por exemplo, que as embalagens de cereais granola continham excesso de informação prejudicando a leitura do consumidor para os dados mais relevantes sobre as propriedades do produto. Segundo a matéria “ nas embalagens, o Idec encontrou excesso de informações nos rótulos, o que confunde o consumidor e não contribui para auxiliá-lo na escolha da granola adequada à sua necessidade”²⁷⁹. Trata-se do excesso que confunde, e leva à desinformação, podendo ser usado como técnica eficiente de tergiversação ao estilo “informar para confundir”.²⁸⁰

---

²⁷⁹ A matéria complementava ainda que “entre as informações eventualmente relevantes nas embalagens figuravam, também, aquelas declarações do tipo “0% colesterol”, absolutamente dispensáveis para um produto como a granola, já que o colesterol é naturalmente ausente nesse tipo de alimento, composto apenas por produtos de origem vegetal. Por outro lado, as declarações referentes a nutrientes, naturalmente presentes na granola (“alto teor de fibras”, “fonte de proteínas”, etc.), são difíceis de ser verificados pelo consumidor, por questões técnicas. Assim, algumas alegações ou declarações sem nenhum sentido – e que chegam mesmo a desinformar – estão lado a lado com outras que podem ser úteis”. (Revista do IDEC n.135, agosto de 2009, p.21).

²⁸⁰ Acerca dos efeitos do excesso de informação nas relações de consumo, cf. trabalho desenvolvido por MARZAGÃO, Nelcina C. de O. Tropardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2005.

4.2.3.3. A parte captatória (principal) da publicidade e as mensagens secundárias na análise da enganabilidade por omissão.

O estudo da publicidade enganosa por omissão leva-nos ainda ao exame do alcance das *mensagens secundárias* da publicidade, isto é, daquelas mensagens que não se encontram exatamente na sua *parte captatória ou principal*. Toda publicidade apresenta o que se denomina “parte captatória”, assim compreendida pelas mensagens que aparecem claramente destacadas no contexto de um anúncio publicitário e que buscam imediatamente captar a atenção do consumidor.²⁸¹ Em menor destaque e com letras de tamanho inferior, encontramos, não raras vezes, ao lado ou embaixo da parte captatória da publicidade, mensagens, porém, de natureza secundária cujo objetivo é justamente ressaltar ou trazer maiores detalhes sobre os dizeres da parte em destaque (função de esclarecimento).

Devido à praxe do uso de tal técnica nos materiais publicitários, tendo em vista as limitações de tempo e espaço dos veículos, aceita-se que o *significado juridicamente relevante* de um anúncio seja dado pelo efeito do seu *conjunto* (composto pela parte principal e expressões secundárias). Deve-se considerar ainda a interpretação que a publicidade possui para o consumidor típico (consumidor de diligência média dentro do grupo de destinatários aos quais a publicidade se dirige ou alcança).

Disso decorre que a aferição do potencial de indução em erro de uma publicidade não pode resultar de uma análise isolada da parte principal (captatória), porquanto eventuais informações complementares a respeito do produto ou serviço anunciado em destaque podem ser encontradas nas mensagens secundárias do mesmo material publicitário.²⁸² Assim, considerando *o princípio da integralidade da mensagem*

---

²⁸¹ Esta terminologia é utilizada pela doutrina espanhola e foi introduzida na Espanha por FERNANDÉZ NOVOA, conforme nos relata PLAZA, Anxo Tato. “En torno al relieve jurídico de la denominada parte captatoria de la publicidad”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha.

²⁸² Na doutrina brasileira, entendimento de COELHO, Fabio Ulhoa: “Anotar-se, em primeiro lugar, que o potencial de indução em erro deve necessariamente decorrer do exame da peça publicitária como um todo. [...] As chamadas ou destaques de anúncios escritos, no mesmo sentido, não devem ser considerados isoladamente, uma vez que o respectivo texto pode apresentar a devida elucidação das condições do negócio

publicitária, deve o julgador examinar a publicidade como um todo, para somente então concluir pela sua enganosidade ou não.

A questão, porém, não é de todo simples. Embora o significado juridicamente relevante da publicidade deva se dar pelo exame do seu conjunto, é preciso ainda verificar, no caso concreto, se as mensagens secundárias à parte captatória são passíveis de percepção pelo consumidor. Tal análise ganha relevância justamente se na parte secundária da publicidade houver a apresentação de algum *dado essencial* do produto ou serviço anunciado, que esclareça ou limite o alcance da oferta publicitária principal. Como estudamos, a omissão enganosa compreende não apenas o silenciamento total de informações essenciais como também o seu oferecimento na peça publicitária de modo obscuro ou imperceptível pelo consumidor de diligência ordinária.

Para avaliar a capacidade de percepção pelo consumidor das mensagens secundárias à parte captatória, três critérios parecem ser úteis para a análise do julgador quanto ao seu potencial de indução em erro e que devem ser valorados conjuntamente, a saber:

- i) a configuração da publicidade;
- ii) o meio de difusão empregado;
- iii) o tipo de produto anunciado²⁸³

No que tange à *configuração da publicidade* reconhece-se ser direito do anunciante a livre configuração dos seus anúncios. E, dentro dessa sua liberdade de determinação, é ele quem deve decidir sobre quais mensagens pretende destacar e quais, ao contrário, prefere relegar a um segundo plano.²⁸⁴ Tal liberdade de criação é decorrência

---

ou qualidade do fornecimento. Aliás, é técnica publicitária de largo uso, voltada a despertar a curiosidade do espectador e chamar a sua atenção para o produto ou serviço, a apresentação de chamadas intrigantes, que o motiva a acompanhar o desenvolvimento do anúncio em busca do desfazimento da contradição ou do absurdo de início sugeridos.” (*O empresário...*, p. 253).

²⁸³ Estes critérios são propostos pela doutrina espanhola de PLAZA, Anxo Tato. *En torno al relieve jurídico...*, p.8.

²⁸⁴ Neste sentido, reconhecendo tal liberdade do anunciante, decisão do Jurado de Autocontrol de la Publicidad Español, de 5 de febrero de 2001 (“Llamadas locales 1 euro al mes”): “constituye doctrina constante de este Jurado la afirmación según la cual corresponde al anunciante la configuración de sus

dos princípios constitucionais da livre iniciativa (art.170 CF) e da liberdade de expressão (art.5º IX CF) assegurados nas mais diversas legislações. Embora livre, deve o anunciante, todavia, adotar certas cautelas para que a publicidade, por sua própria configuração ou apresentação visual, não gere falsas expectativas no público consumidor. Eventuais ressalvas ao alcance da oferta ou esclarecimentos relativos à parte principal do anúncio precisam estar identificados no material publicitário, seja na sua parte principal seja na sua parte secundária, de modo perceptível pelo consumidor.

Nesse contexto, circunstâncias como a localização das informações secundárias, o tamanho da letra, indicação para sua leitura (como o uso de asterisco ou outro sinal indicativo), o tempo de duração do *lettering* em anúncios de televisão, são elementos que determinam profundamente a aptidão de tais mensagens serem percebidas pelo consumidor. No caso de anúncios de televisão, havendo a transmissão de *lettering* informativo é fundamental que este permaneça por um tempo razoável para que possa ser minimamente compreendido. Também exerce influência em tal análise a cor empregada para a difusão da mensagem e o seu contraste em relação a cor utilizada para o resto do anúncio. Uma mensagem é certamente mais perceptível quando sua cor contrasta com o fundo a que se sobrepõe.²⁸⁵

O *meio de difusão* utilizado é o segundo elemento que influi na percepção de uma mensagem secundária pelo consumidor. Como observa o jurista Tato Plaza²⁸⁶, “não cabe desconhecer que existem meios (como o impresso) que não limitam o tempo que o consumidor pode dispor para a leitura de um anúncio, de modo que há mais possibilidades de o consumidor prestar atenção a todas as mensagens que nele se incluem. Em sentido contrário, as limitações próprias de outros meios como a televisão obrigam o consumidor a ser mais seletivo podendo, neste caso, passarem despercebidas aquelas mensagens escassamente destacadas”, como pode ocorrer com os *letterings* de curta duração e

---

propios anuncios. Dentro de este ámbito de libre decisión, es el que ha de decidir cuáles son los mensajes que pretende destacar y cuáles, por el contrario, prefiere relegar a un segundo plano”.

²⁸⁵ Neste sentido entendimento de PLAZA, Anxo Tato, *En torno al relieve jurídico...*, p.8. Segundo este autor, nas situações em que o *lettering* é veiculado muito rapidamente e ao mesmo tempo em que se anunciam os slogans principais, a tendência é que o consumidor preste atenção apenas nos dizeres que aparecem mais destacados ou nas palavras do próprio personagem ou ator do anúncio, negligenciando a leitura das mensagens secundárias.

²⁸⁶ PLAZA, Anxo Tato, *En torno al relieve jurídico...*, *idem*.

exibidas simultaneamente aos *slogans* principais. Mesmo considerando as limitações próprias da televisão (seu curto tempo e espaço), havendo uma desproporção substancial entre a chamada principal e o verdadeiro alcance da oferta é preciso que a existência de restrição seja ressalvada de modo adequada pelo anunciante.

Tratando-se, de outro lado, de mídia impressa, cuja configuração remeta à sua leitura total ou haja a clara remissão, mediante uso de sinal indicativo (asterisco, número, etc.) na parte captatória da publicidade para a leitura das mensagens secundárias, torna-se mais difícil desconsiderar o conhecimento de tais mensagens pelo consumidor, a menos que seus dizeres estejam em tamanho ou impressão ilegível e/ou tenham sido dispostas no anúncio de forma ardilosa pelo anunciante impossibilitando a sua visibilidade ou compreensão (caso colocadas na vertical ou atrás do material publicitário).

Em publicidade veiculada via Internet também se deve verificar se as informações constantes das páginas internas coligadas à página principal do site – e nas quais se obtêm maiores detalhes da oferta – fazem parte do significado juridicamente relevante da publicidade para fins de exame da enganiosidade. Especialmente se houver um claro direcionamento para um link específico (ex: “clique aqui”) ou a indicação de um regulamento²⁸⁷ é preciso verificar se são perceptíveis pelo consumidor, ainda que em tamanhos menores. Em ambos os veículos (impresso e Internet), tendo em vista que não há, em princípio, limitação de tempo para leitura pelo consumidor das informações (principais e secundárias) constantes do material publicitário, presume-se sua maior capacidade de percepção das mensagens secundárias, a depender também da configuração da publicidade (tipologia e disposição) e do tipo de produto ou serviço anunciado.

---

²⁸⁷ A jurisprudência italiana, desde 2002, tem exarado o entendimento de que as páginas internas coligadas à página principal de um site publicitário devem ser avaliadas em seu conjunto para exame da enganiosidade. Neste sentido, é o relato constante do Relatório anual de atividades da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*: “si segnala un’evoluzione dell’orientamento dell’Autorità che, in considerazione della struttura del messaggio e del mezzo di diffusione, ha condotto a riconoscere sia il *link* ipertestuale presente sulla *home page*, sia la pagina a esso collegata, come un unico messaggio pubblicitario laddove, de un lato, sussista un collegamento logico tra il *link* e la pagina a esso collegata e, dall’altro, l’attivazione del *link* colleghi l’utente direttamente e univocamente a tale pagina *web*. L’Autorità ha, infatti, considerato che in quest’ottica ciò che viene a configurarsi è un unico messaggio il cui contenuto è articolato su più schermate, senza che queste ultime risultino frammentate o rinvenibili in un diverso contesto o in un momento disgiunto (PI/3410 TISCALI “MAIL SPAMMING”). Sulla scorta del medesimo criterio interpretativo è stato ritenuto costituire unico messaggio un cosiddetto *banner* a tempo riportato in una pagina *web* e le successive pagine cui lo stesso rimandava (PI/3675 YAHOO LOGHI E SUONERIE)” (in *Relazione sull’attività svolta nel 2002*, 30 aprile 2003, p.229). A confirmar esta orientação jurisprudencial, v. *Codice del Consumo* a cura di Vincenzo Cuffaro..., p.84.

A respeito da matéria, isto é, a consignar o princípio da integralidade da mensagem publicitária, vale citar interessante decisão proferida pela autoridade italiana envolvendo mídia impressa de serviço de televisão *pay per view* na qual se consignou que “a publicidade deve ser avaliada em sua globalidade não sendo possível isolar em um contexto artificialmente autônomo, determinada expressão”²⁸⁸, afastando-se, por conseguinte, a alegação de enganiosidade da parte principal da peça. Entendeu a autoridade que o alcance do *slogan* principal da publicidade poderia ser perfeitamente compreendido pelos consumidores destinatários a partir da leitura das demais informações secundárias constantes do próprio material publicitário.²⁸⁹

Em terceiro lugar, tampouco cabe desconhecer a influência que tem o tipo de produto anunciado na aferição do grau de percepção de uma mensagem ou informação secundária pelo consumidor. “A experiência demonstra que o consumidor, de um modo geral, presta menos atenção aos anúncios que promovem produtos de consumo ordinário em relação aqueles outros que anunciam produtos que, a resultar sua aquisição mais ocasional e extraordinária, exigem uma compra mais refletida. Donde se depreende que, nesta última categoria de anúncios, o maior grau de atenção que presta o consumidor ao anúncio pode incrementar a percepção das mensagens que nele se incluem”²⁹⁰. A tendência é que em se tratando de bens de consumo freqüente, o consumidor não se

---

²⁸⁸ “Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza dell’Autorità, i messaggi devono essere valutati nella loro globalità, non essendo possibile isolarne in un contesto artificiosamente autonomo, determinate espressioni”. (L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n.9062 (PI3056) Stream Esclusiva Champions League, disponível em www.agcm.it).

²⁸⁹ No caso, anunciava-se na parte principal da publicidade “Toda a liga dos campeões apenas na emissora Stream” e, em dizeres menores, na mesma publicidade se esclarecia que a Stream detinha a exclusividade para transmitir as 157 partidas da liga. A autoridade avaliou a inexistência de enganiosidade do slogan principal da publicidade a partir do exame do seu conjunto (mensagens secundárias) e considerando ainda o perfil dos seus destinatários, tendo em vista o tipo de produto (público masculino e conhecedor de futebol), concluindo que tinham capacidade de entender – da leitura das informações secundárias constantes do material – o exato conteúdo dos direitos de exclusividade da Stream, relativos apenas à *totalidade* das partidas do campeonato (157 jogos), o que não significava que as principais partidas (como a final e semi-final do campeonato) não poderiam ser transmitidas por outras emissoras (PI/3056).

²⁹⁰ PLAZA, Anxo Tato, *En torno al relieve jurídico de la denominada “parte captatória”...*, p.8: “La experiencia nos demuestra que el consumidor, por lo común, presta una atención menor a los anuncios que promocionan productos de consumo ordinario en relación con aquellos otros que promocionan productos que, al resultar su adquisición más ocasional y extraordinaria, exigen una compra más reflexiva De donde se desprende que, en esta última categoría de anuncios, el mayor grado de atención que presta el consumidor al anuncio puede incrementar la perceptibilidad de los mensajes que en el se incluyan”.

preocupe tanto com as mensagens secundárias, exatamente porque está mais habituado ao seu consumo, o que, contudo, como já dissemos, deve ser avaliado no caso concreto, levando em conta a configuração da mensagem e o seu destinatário.

O uso das mensagens secundárias pelo anunciante à parte principal (captatória) da publicidade – com a veiculação de informações que limitem ou condicionem o alcance da mensagem principal – teve sua eficácia discutida em importante decisão do Tribunal Supremo da Comunidade Européia. Tratava-se de campanha publicitária para venda de veículos difundida em diversos meios de mídia impressa nos meses de novembro e dezembro de 1989 por uma montadora da Espanha, cujo slogan principal era “Nenhum tostão até abril de 1990” (“Ni un duro hasta abril de 1990”). Ao lado da expressão aparecia um asterisco e com ele se remetia a uma frase, com letras menores, que se dizia “Exceto entrada inicial” (“excepto entrada inicial”).

Questionada a publicidade pela União de Consumidores da Espanha (UCE), o *Juzgado de Primera Instancia* de Madrid²⁹¹ entendeu que se configurava enganosidade uma vez que o slogan da parte captatória (“Ni un duro hasta abril de 1990”) não se ajustava à realidade da oferta, já que o eventual comprador deveria satisfazer uma entrada inicial, restringindo o alcance da frase principal da mensagem. Esta sentença foi reformada em segunda instância pela *Audiencia Provincial de Madrid*, cuja decisão de 7 de outubro de 1991 destacou que “o anunciante não está obrigado a sujeitar-se nas mensagens publicitárias, a elaborá-las de acordo com esquemas predeterminados” e, ainda, que “o anúncio nos termos em que está concebido, não pode induzir em erro, e nem se pode interpretar isoladamente uma frase de seu conteúdo”.²⁹²

O entendimento proferido pela *Audiencia Provincial de Madrid* foi confirmado pelo Tribunal Supremo, em decisão de 3 de fevereiro de 1995 que, ao analisar o relevo

---

²⁹¹ *Juzgado de Primera Instancia n. 03 de Madrid* en sentencia de 23 de marzo de 1990.

²⁹² Segundo os termos da decisão da *Audiencia Provincial de Madrid*: “el anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios, a montarlos de acuerdo con unos esquemas predeterminados, siendo de uso constante en las distintas empresas emplear modelos como el que aquí se examina (...) El anuncio, en los términos en que está concebido, no puede inducir a error ni puede interpretarse aisladamente una frase en él contenida, sino que debe serlo en la totalidad del contexto, y, es indudable, que cualquiera que quisiese comprar un coche, en razón del anuncio discutido, sabe que tiene que discutir u llegar a un acuerdo respecto la forma de su pago (...)”. (Recurso de Apelación, Sección Octava, sentencia de 7 octubre de 1991).

jurídico da denominada parte captatória da publicidade, entendeu que “o modo de anunciar sob análise se encaminha a induzir para a leitura total da oferta, na qual se fornecem os detalhes de veracidade complementares.”²⁹³

Este precedente acabou por contrariar parte da doutrina tradicional espanhola para a qual a publicidade enganosa restaria configurada sempre que as mensagens secundárias limitassem ou contradissem substancialmente as alegações da parte captatória.²⁹⁴ Por outro lado, a decisão recebeu a concordância e aplausos de outra parte dos juristas espanhóis, como encontramos na posição de Carlos Lema Devesa para quem a decisão foi correta, sobretudo porque se tratava de um financiamento de bem de alto valor económico (veículo) e que, pela sua própria natureza, direcciona-se a consumidores que não desconhecem o fato de terem que satisfazer uma entrada inicial para aquisição do bem, informação esta que, ademais, constava da parte secundária do anúncio impresso, de leitura perceptível pelos consumidores.²⁹⁵

Em sentido similar ao entendimento exarado no caso da Citroën Espanha, seguiram-se algumas outras decisões. O *Juzgado de Primera Instancia numero 3 de Majadahonda*, de 7 de outubro de 2002, em que também se discutia a enganosidade das mensagens, menos destacadas, que introduziam limitações ou condicionantes ao alcance da oferta publicitária principal, decidiu que “um consumidor médio está suficientemente acostumado a este tipo de mensagem em letra pequena que, de algum modo, há de colocar

---

²⁹³ “el modo de anunciar enjuiciado se encamina a inducir a la lectura de la total oferta en la que se dan los detalles de veracidad complementarios” (citado in PLAZA, Anxo Tato. *En torno al relieve jurídico...*, p.3).

²⁹⁴ Neste sentido a doutrina de PLAZA, Anxo Tato: “pueden merecer un reproche de ilicitud aquellos anuncios publicitarios en los que los mensajes integrados en la denominada parte captatoria aparecen luego contradichos o esencialmente limitados a través de otros mensajes menos destacados”. (*En torno al relieve jurídico...*, p.2).

²⁹⁵ DEVESA, Carlos Lema: “a mi modo de ver, es digna de elogio la sentencia de la audiencia provincial de Madrid por varios motivos. En primer término, debe tenerse presente que, a la hora de adquirir un automóvil, el consumidor no desconoce que tiene que satisfacer una entrada inicial. Así se consignaba en el anuncio, y, además, viene exigida por la Ley de Ventas a Plazos. En segundo lugar, hay que tener presente que el consumidor, antes de adquirir estos bienes (por su valor económico), suele visitar varios establecimientos, efectúa comparación de precios y, con frecuencia, se aconseja con su familia o con otras personas para comprarlos. E tercer lugar, debe destacarse que la demandante no probó que un solo consumidor hubiese sido inducido a engaño por esta publicidad y, por lo tanto, la misma no podía calificarse como engañosa (*Problemas Jurídicos de la Publicidad...*, p.317).

em sobreaviso a existência de outras condições que não são as que aparecem exclusivamente em letras grandes”.²⁹⁶

Com efeito, podemos assumir que o uso de mensagens secundárias na publicidade, em menor destaque, que esclareçam, complementem ou atenuem os dizeres da parte principal, – segundo a melhor doutrina e jurisprudência, não pode ser compreendido como técnica enganosa *per se*, sendo ademais prática já reconhecida pelos tribunais brasileiros, conforme recentes decisões.²⁹⁷

O significado juridicamente relevante de uma publicidade deve ser dado pelo exame do seu conjunto (mensagens principais e secundárias) não sendo possível isolar a leitura da parte principal do restante do material publicitário na análise do potencial enganoso. Evidentemente que não estamos a falar de mensagens secundárias que imponham uma limitação genérica e/ou lacônica aos dizeres principais da publicidade, tais como expressões “sujeito à restrições”, que nada esclarecem ou informam o consumidor sobre as efetivas condições da oferta e, para estes efeitos, não podem ser consideradas mensagens válidas para afastar a indução em erro da parte principal.

A questão reside, assim, em verificar se as mensagens secundárias esclarecem o conteúdo ou eventual contradição da mensagem principal e, sobretudo, se tais mensagens são perceptíveis pelo consumidor, que, embora detenha um mínimo de atenção não exerce

---

²⁹⁶ “un consumidor medio esta suficientemente acostumbrado a este tipo de mensajes en letra pequeña que, de algún modo, han de poner sobre aviso de la existencia de otras condiciones que non son las que aparecen exclusivamente en la letra grande” (Juzgado de primera instancia numero 3 de Majadahonda de 7 de octubre de 2002, citado e transcrito por PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria*, Base de Datos Asociación de Autocontrol de la Publicidad, acesso restrito a assinantes, p.10).

²⁹⁷ “EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROCON AUTO DE INFRAÇÃO. Exigência de multa decorrente da prática da infração administrativa descrita no artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Ainda que constante apenas do rodapé do anúncio, a informação quanto ao frete não incluso no preço anunciado é de fácil identificação, não se podendo qualificar como propaganda enganosa comissiva ou omissiva, para fins de imposição da multa prevista no Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido”. (Ap. sem Revisão nº 7198255000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel Min. Moacir Peres, 7ª Câmara de Direito Público, j. 07.04.2008).

“ORDINÁRIA – Anulação de autos de infração – Publicidade enganosa (§ 1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor) – Inadmissibilidade – Nenhuma das modalidades de publicidade enganosa foi praticada nas propagandas colacionadas aos autos do Recurso improvido”. Consoante Voto-Relator: “As propagandas veiculadas não foram omissas, apesar de alguns dados constarem em letras miúdas, há possibilidade de sua leitura”. (Ap. Cível nº 333.264-5/6, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Walter Swensson, j. 11.12.2006). No mesmo sentido, cf. ainda Apelação Cível nº 2004.01.1.124377-0, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Terceira Turma Cível, Relator João Egmont, j. 05.07.06.

uma análise minuciosa e detida de todas as mensagens incluídas no anúncio publicitário, podendo passar despercebidas aquelas mensagens de difícil leitura ou que exijam um esforço significativo do consumidor, tendo em vista inclusive o tamanho minúsculo de sua letra e de sua disposição no anúncio.

Neste particular, verificamos decisão do *Juzgado de primera instancia numero 5 de Madrid*, de 26 de julho de 2001, citada por Anxo Tato Plaza e na qual se julgou enganosa publicidade cujos dizeres principais eram restringidos pelas informações constantes de sua parte secundária, em menor destaque, com a agravante de que na parte secundária nada se especificava sobre tal limitação ou sobre o conteúdo da própria oferta, feita de modo muito genérico.²⁹⁸

A maior ou menor capacidade de percepção das mensagens secundárias – que esclareçam, complementem ou qualifiquem os dizeres da parte principal – deverá ser avaliada a partir das peculiaridades do caso concreto, a depender da configuração da publicidade (sua tipologia e disposição), do meio de difusão utilizado e do tipo de produto ou serviço envolvido.

Toda publicidade deve ser lida em seu contexto. Nem toda contradição induz os consumidores a erro, como, por exemplo, entendeu a *Audiencia Provincial de Madrid* e o Tribunal Supremo no caso envolvendo a publicidade de montadora de veículos, cuja configuração do anúncio (mensagem secundária suficientemente perceptível), o meio utilizado (impresso) e a natureza do produto envolvido (financiamento de veículo) possibilitavam aos consumidores a exata compreensão do *slogan* principal.

---

²⁹⁸ Nesta decisão examinava-se também uma publicidade impressa de curso de inglês na qual se oferecia o curso por três meses gratuitos, ressalvando em parte de difícil leitura da publicidade que a oferta era válida para as primeiras cinquenta solicitações de informações em cada centro de inglês (“Valido para las primeras 50 solicitudes de información en cada centro. Consulte las condiciones en cualquier centro Opening”). No caso, além de entender imperceptível pelo consumidor tal restrição, o Juzgado considerou que os termos genéricos da oferta (“consulte as condições”) deixavam ao livre arbítrio do ofertante o seu cumprimento, *verbis*: “sin duda la publicidad realizada supone la expresión de una limitación de la obtención o bien, según se entienda, del regalo ofertado o de la oferta genérica contenida en la publicidad del método de aprendizaje de inglés, por parte del consumidor que previamente desconoce el alcance de la limitación en cuanto que no es legible por éste y no conoce en referencia a que extremos se trata, dejando a la libre consideración de la ofertante la aplicación a su arbitrio de la oferta. E igualmente existiría una inequívoca inducción al consumidor que por contenerse de manera ilegible en el anuncio no esté en disposición conocer completamente la oferta y las condiciones esenciales de ésta” (PLAZA, Anxo Tato, *En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria...*, p.9).

De outro lado, a considerar a configuração da publicidade (tamanho da letra e localização dos dizeres secundários), julgou-se enganosa oferta de “curso de inglês gratuito”, cujas informações condicionantes (“válida somente para matrículas em três níveis de inglês ou mais”) estavam inseridas em letras muito pequenas, na posição vertical da publicidade, dificultando a exata compreensão do alcance da oferta principal pelos consumidores²⁹⁹. No mesmo sentido, também foi considerado enganoso um folder publicitário de cartão de crédito no qual as informações limitativas à mensagem principal constavam, em letras minúsculas do verso do material publicitário, induzindo seus destinatários em erro sobre o conteúdo da oferta.³⁰⁰

Não basta, portanto, uma interpretação literal e gramatical da publicidade que conduza a uma aparente contradição. Impõe-se verificar sua aptidão para indução dos destinatários em erro. Toda publicidade tem por objetivo chamar a atenção do consumidor e, neste sentido, é muitas vezes tendenciosa (o que não se confunde com enganosa). As empresas, no exercício de suas atividades, são livres para escolher a forma com que querem veicular suas mensagens (170 CF), mas tal liberdade encontra limites claros na defesa do consumidor e enseja, naturalmente, responsabilidade. O anunciante é livre na medida em que não omita do próprio material publicitário as informações essenciais que detalham, esclareçam ou atenuam o alcance real dos seus dizeres principais ou as veiculem de modo imperceptível ou ilegível pelos consumidores (37 § 3º CDC).

É de boa técnica e, sem dúvida, reflete maior transparência e lealdade do anunciante que se utilize de *slogans* menos genéricos em suas publicidades para que não restem contraditados pelas mensagens secundárias, e que estas mensagens – apresentadas de modo perceptível na publicidade –, sirvam para apenas detalhar ou qualificar a oferta principal sem, contudo, negá-la ou deturpá-la.

---

²⁹⁹ Assim: decisão da *Audiencia Provincial de Madrid*, de 15 de enero de 2003. Consoante ementa: “As. AUC vs Wall Street Institute Sylvan Learning Systems, Inc. “Gratis. Curso intensivo de ingles in verano”. Civil. Introducción relativa al concepto y limites de la actividad empresarial y, por ende, publicitaria, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Publicidad engañosa: existencia. Publicidad que induce a error a sus destinatarios debido al texto empleado, los caracteres (tipografía) y su disposición en el anuncio. Condena a rectificar la publicidad reclamada. Estimación íntegra del recurso”.

³⁰⁰ Assim: decisão da *Audiencia Provincial de Sevilla* de 12 diciembre de 2002 relativamente a um folheto publicitário de cartão de crédito.

4.3. A figura jurídica da publicidade abusiva

4.3.1. Conceito de publicidade abusiva

A noção de abusividade perpassa hoje todos os ramos do Direito e, colocada de modo genérico, resta diretamente ligada à ideia de desatenção ou desrespeito explícito aos valores que informam o sistema normativo no qual o(s) indivíduo(s) se insere(m).

Etimologicamente, o vocábulo abuso vem do latim *abusus*, particípio passado de *abutor-abutere*, abusar, ou seja, usar em excesso, desviando-se do uso normal. Em português, é exatamente o excesso no uso. No consagrado *Vocabulaire Juridique* de Gérard Cornu, abuso é “o uso excessivo de uma prerrogativa jurídica” (“*usage excessive d’une prerrogative juridique*”).³⁰¹ Com efeito, o conceito moderno que resume o abuso do direito³⁰² é aquele que o coloca como “*o exercício inadmissível de posições jurídicas*” consoante o olhar atento de Menezes Cordeiro.³⁰³

Na atualidade, porém, o abuso do direito, mais do que um conceito, é teoria que apresenta verdadeira autonomia dogmática em relação ao direito subjetivo e ao ato ilícito típico.³⁰⁴ Deste modo, consagrou-o o artigo 187 do Código Civil de 2002 como

---

³⁰¹ Assim, informa LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do Direito e suas Limitações: Abuso do Direito*, Revista dos Tribunais, vol.885, jul de 2009, p.52.

³⁰² O tema do *Abuso do Direito* apresenta profundidade e complexidade teóricas próprias, digno de um estudo específico, naturalmente longe do objeto do presente trabalho. Para um aprofundamento do assunto acerca das diversas origens teóricas do instituto (desde os atos emulativos) até o conceito moderno de abuso do direito, v. LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do Direito e suas Limitações: Abuso do Direito*, Revista dos Tribunais, vol.885, jul de 2009, p.49-68; MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*, 2ª reimp, Porto: Almedina, 2001, p.661-901; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p.216-219 e 839-865; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Abuso de Direito*. Dissertação de Mestrado, PUC, São Paulo, 2009.

³⁰³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*, 2ª reimp, Porto: Almedina, 2001, p.661 e ss.

³⁰⁴ Neste sentido, acerca da autonomia dogmática do abuso do direito, v. LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do Direito e suas Limitações...*, p.57-63: “A autonomia do abuso do direito também se mostra em relação à culpa. O ato abusivo deve ser avaliado concreta e objetivamente. Não há necessidade de averiguação da

cláusula geral de ordem pública prescrevendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes ”.³⁰⁵

O instituto do abuso do direito se aplica a todas as realidades jurídicas e a todos os ramos do direito, sendo aferível de modo *objetivo*, independentemente de dolo ou culpa e até mesmo de efetivo dano para a sua configuração.³⁰⁶ Não é necessário, pois, “que o agente tenha consciência da contrariedade do seu ato à boa-fé, aos bons costumes e ao fim social ou econômico do direito exercido. Basta que na realidade esse ato se mostre

---

intenção de prejudicar (emulação); verifica-se se o titular de um direito ao exercê-lo ultrapassou os limites impostos pela boa-fé, por seu fim econômico e social ou pelos bons costumes. (...) essa autonomia se manifesta em relação ao ato ilícito, apesar de o artigo 187 do Código Civil dizer que essa conduta é ato ilícito. O ato ilícito (ou antijurídico) típico é aquele que fere direitos de outrem, por ação ou omissão de quem o pratica, levando à obrigação de indenizar. O ato abusivo também é antijurídico, mas acontece no exercício de direito próprio contrariando os valores prezados pelo sistema, em especial, a lealdade, a boa-fé, prejudicando de alguma forma terceiros. É o ilícito atípico” (p.60/61). E mais adiante: “A conduta abusiva pode recair sobre todo e qualquer direito, pois a lei é clara ao afirmar os limites impostos ao direito do titular. Esse direito é não só o direito subjetivo, mas todas as outras prerrogativas que possa ter o sujeito. Daí sua autonomia, sua aplicação genérica e ampla a todos os ramos do direito”.(p.63).

E também NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2008, p.368: “Abuso do direito. Natureza e Características. É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso do direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo”. Explica-nos, ainda, o português COSTA, Mario Julio de Almeida ao tratar do abuso de direito (previsto no artigo 335 do CC português e que é fonte direta do nosso artigo 187) que o sentido da palavra “direito” constante da norma deve ser amplo “abrangendo não apenas os verdadeiros e próprios direitos subjetivos, mas ainda outras situações ou figuras que não recebam essa qualificação técnica, como sejam os meros poderes, liberdades ou faculdades imediatamente resultantes da capacidade jurídica (ex: faculdade de contratar). Ponto decisivo é que o comportamento do agente mereça a reação da ordem jurídica prevista para o abusivo exercício de um autentico e concretizado direito” (*Direito das Obrigações*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1994, p.68). V. ainda: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *ob. cit.*, p.110 e ss.

³⁰⁵ Informa ampla doutrina, que o artigo 187 do CC/2002 foi inspirado e é praticamente cópia do artigo 334º do Código Civil Português, que por sua vez foi inspirado no CC Grego e na doutrina alemã. Segundo LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do Direito...*, p.56: “O artigo 334 do Código Civil Português é cláusula geral e tem seu fundamento no artigo 281 do Código Civil Grego de 1940 (que entrou em vigor em 1946, após a 2ª Guerra). Reza esse dispositivo que “o exercício de um direito é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo escopo social ou econômico do direito”. O Código Civil Grego absorveu as normas do BGB e do Código Civil Suíço. Como, mais uma vez, ensina Cordeiro, o direito alemão dos anos 30 já não era o do BGB; havia sido interpretado pela jurisprudência e pela doutrina que deram soluções inovadoras. O Código Civil Grego recebeu o direito alemão atualizado e não aquele de 1896. O artigo 334 do Código Civil Português, fonte direta do artigo 187 do nosso Código Civil, é fruto da doutrina alemã e não do BGB”.

³⁰⁶ Neste sentido, acerca da aferição objetiva do artigo 187, NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado...*, p.368. Explicam os autores que “o ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo”. V. ainda, LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do Direito e suas Limitações...*, p.60 e 62.

contrário. Exige-se, todavia, um abuso nítido: o titular do direito deve ter excedido *manifestamente* esses limites impostos ao seu exercício”.³⁰⁷

Dessa forma, o ato abusivo, ou seja, o ato *antijurídico* ou *ilícito atípico* é aquele que afronta valores e princípios como a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social do direito. Poderá, portanto, engendrar todo o tipo de sanção prevista no ordenamento (administrativa, penal ou civil) e não somente a indenização, porquanto a abusividade se manifesta de forma variada.

No âmbito do CDC, diploma legal que antecipou e deu concretude a muitas das discussões sobre atos abusivos hoje também recepcionadas no CC/2002, encontramos dispositivo específico relacionado à publicidade e o seu exercício excessivo por afronta à moral pública; aos valores do ordenamento.³⁰⁸

Com efeito, a proibição à publicidade abusiva vem prevista no § 2º do artigo 37 do CDC que dispõe ser abusiva, dentre outras, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

O referido § 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificados, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis³⁰⁹, tais

---

³⁰⁷ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações...*, p.67.

³⁰⁸ Segundo informa HELOÍSA CARPENA o CDC no “tratamento legislativo dado à matéria do controle da publicidade tomou por fundamento a doutrina do ato abusivo, estabelecendo formas de limitação do exercício da liberdade de comunicação, ou seja, submetendo esta prerrogativa ao interesse social” (VIEIRA DE MELLO, Heloísa Carpena. *Prevenção de Riscos no controle da publicidade abusiva*, RDC n.35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2000, p.128).

³⁰⁹ Neste sentido, BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC...*, p.340: “Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria de publicidade patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso”. Para MARQUES, Claudia Lima, a publicidade abusiva é “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo” (*Contratos...*, p.680).

como o valor da dignidade da pessoa humana (artigo 1º III), da paz social, da igualdade e não discriminação (artigos 3º IV e 5º *caput*), de proteção à criança e ao adolescente (artigo 227) e ao idoso (artigo 230), da tutela à saúde (artigo 196) e ao meio ambiente (artigo 225), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária. Trata-se de conceito que, como dissemos, inspirou-se na teoria do abuso do direito atualmente positivada no artigo 187 do CC/2002, sendo certo, porém, que no âmbito das relações de consumo já se reputava ilícita uma publicidade que excedesse a sua finalidade econômica e social, a boa-fé ou os usos e costumes.

O Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), sob o título “respeitabilidade”, contém diversos dispositivos que igualmente levam em conta os valores maiores da nossa sociedade consagrados na Constituição Federal. Assim, por exemplo, impõe que toda atividade publicitária caracterize-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades e à família (artigo 19). Em outros artigos, condena a publicidade discriminatória (artigo 20), que induza a atividades criminosas (artigo 21) ou que ofendam padrões de decência entre aqueles que poderá atingir (artigo 22); que abuse da confiança do consumidor, explore sua falta de experiência ou beneficie-se de sua credulidade (artigo 23), ou ainda, que explore o medo, a superstição ou conduza à violência (artigos 24, 25 e 26).

No que tange à segurança, o CBARP também repudia publicidades que manifestem descaso com a proteção e segurança dos consumidores, sobretudo quando nelas figurem jovens e crianças, orientando para a veiculação de informação de cuidados especiais sempre que o uso do produto assim exigir (artigo 33).

A publicidade abusiva, portanto, é aquela que agride os princípios e valores maiores do ordenamento jurídico e que informam e permeiam a nossa sociedade. Nesse sentido, o § 2º do artigo 37 do CDC, por oferecer um conteúdo vasto e flexível, a ser preenchido no caso concreto pelo julgador, introduz nas relações de consumo uma verdadeira *cláusula geral de não abusividade*. Proíbe-se qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induza o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança. O rol do § 2º é, assim, meramente

exemplificativo, de modo que podem surgir outras situações de abusividade *vis à vis* o exame do caso concreto.

Um análise de direito comparado mostra-se, neste particular, bastante útil. No direito europeu, por exemplo, como já pudemos observar, a publicidade abusiva também encontra previsão. Embora sem adotar a mesma terminologia, a atual Diretiva Européia 2007/65/CE (antiga Diretiva 89/552)³¹⁰ proíbe as comunicações audiovisuais que desrespeitam a dignidade da pessoa humana, que sejam discriminatórias em virtude de sexo, raça, idade, origem étnica, nacionalidade, religião, incapacidade ou orientação sexual, ou ainda que encorajem comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança ou gravemente prejudiciais à proteção do ambiente (artigo 3º-E, alínea “c”).

O Código de publicidade português também traz um rol de situações que podem ser qualificadas como abusivas. Reprova-se a publicidade que estimule a violência ou a qualquer atividade ilegal, que seja atentatória à dignidade da pessoa humana, discriminatória, utilize linguagem obscena, deprecie a imagem de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas (artigo 7º). O *Codice del Consumo* italiano, por sua vez, em seu artigo 30, acompanha a redação da Diretiva 2007/65/CE. Na França, desde 1992, por meio do Decreto n. 280/92, proíbe-se a publicidade indecente, contrária à dignidade da pessoa humana e atentatória à confiança do Estado³¹¹.

Como se percebe, a análise da publicidade abusiva, por oferecer diversos conceitos jurídicos indeterminados, os quais devem ser preenchidos pelo julgador no caso concreto à luz da peça publicitária, apresenta manejo jurídico mais sensível, tendo em vista a sua possível exposição a uma maior discricionariedade e até subjetividade. Diferentemente da publicidade enganosa, cujos critérios estudados caminham para uma maior objetividade na análise da aptidão lesiva, na publicidade abusiva exige-se uma interação mais intensa do próprio julgador, que procederá a uma análise valorativa dos fatos ali colocados.

---

³¹⁰ Diretiva européia que se aplica às transmissões de televisão entre os Estados-membros (transfronteiriça) e que alterou a conhecida Diretiva 89/552/CE. Esta última, vale notar, já continha as mesmas proibições.

³¹¹ Para análise do direito estrangeiro, v. também considerações sobre o princípio da não-abusividade feitas no item 3.6 do Capítulo 3º *retro*.

É importante pontuar, contudo, que essa valoração deverá levar em conta o interesse juridicamente protegido pela norma, que é sempre o interesse social, i.e., coletivo, não se justificando a vedação legal a partir de um grupo isolado de consumidores ou a partir de subjetivismos e posições pessoais de um ou outro. O dano moral difuso deve ser avaliado à luz dos valores e dos usos e costumes que a sociedade, como um todo, está afeita a receber, fundamentando-se o julgador responsavelmente em parâmetros mínimos que dêem sustentação à sua análise valorativa.

Neste contexto, a pedra de toque para a configuração da ilicitude da publicidade abusiva é a verificação do seu *potencial abusivo*, no sentido de ser lesiva, ou potencialmente lesiva, à moral coletiva, como trataremos em detalhes a seguir.

4.3.2. A avaliação do potencial abusivo da mensagem publicitária. Agressão à coletividade.

À luz das considerações introdutórias, claro está que a dificuldade de apreensão do caráter abusivo de uma publicidade está justamente no fato de envolver conceitos jurídicos abertos e que, por definição, exigem uma interação maior e direta do intérprete com a peça publicitária a fim de proceder um sopesamento preciso dos valores envolvidos e a identificação de transgressões eventualmente existentes. Trata-se de um processo interpretativo que, naturalmente, importa uma análise mais subjetiva do que aquela tão própria à verificação da publicidade enganosa.

Com efeito, na abusividade a atenção do aplicador do direito não se volta exatamente à identificação de informações e dados a respeito de produtos ou serviços, mas dos valores manejados pela peça publicitária e que foram, eventualmente, transgredidos, do que resulta, ao menos na análise da primeira parte do § 2º do artigo 37, uma preocupação do legislador não tanto em relação “a quem” se dirige a publicidade, mas em “como” ela é veiculada. Ou seja, examina-se se a publicidade se apresenta condizente com os valores eleitos pelo nosso ordenamento jurídico como informadores da sociedade em que vivemos.

Aqui, não se pretende punir a publicidade que distorce a formação da vontade do consumidor enquanto sujeito em direção ao ato de aquisição de bens e contratação de serviços, objeto de repressão à enganosidade, mas reprimir a publicidade à luz dos bons costumes, dos valores constitucionais e das leis, conforme recepcionados e informadores da nossa sociedade.

Ao instituir uma *cláusula geral de não abusividade*, o § 2º do artigo 37, contudo, não adota o império da subjetividade. Ao contrário, exige-se do julgador uma análise cuidadosa da potencial transgressão existente. Neste particular, é preciso pontuar, para que não se incorra no grave erro de censurarmos tudo e a todos que, ainda que não se possa falar com precisão de um consumidor típico no controle abstrato de abusividade, é certo que esse controle deve pautar-se em valores e parâmetros que a sociedade está acostumada e aceita como razoáveis.³¹² Em outras palavras, na análise da publicidade abusiva, o que está em foco é o valor calibrado à luz da coletividade (tendo em vista um padrão médio genericamente aceito) e não os gostos ou olhar de um ou outro consumidor específico. A aferição do potencial abusivo da publicidade não poderá se desviar desse *padrão social mínimo*, sob pena da instauração da censura intransigente de tudo e de todos, o que destoaria de um mundo marcado pela pluralidade e relativismo.

Mario Julio de Almeida Costa ao tratar dos atos abusivos contrários aos bons costumes define os bons costumes como “um conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas aceitam comumente” e complementa afirmando que “o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons

---

³¹² Neste sentido: “PENAL. PROCESSUAL. NUDEZ EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. ATENTADO AO PUDOR. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. “HABEAS CORPUS”. RECURSO. 1. Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exhibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234. 2. O Código penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos. 3. A moral vigente não se dissocia do costume vigente, assim quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940. 4. É desperdício de dinheiro público manter um processo sobre o qual se tem certeza, antemão, que vai dar em nada. Do ponto de vista do acusado em face dos seus direitos constitucionais individuais, é constrangimento ilegal reparável por “habeas corpus”. 5. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal, que não admite qualquer censura. (CF, art. 220, § 2º). 6. Habeas corpus conhecido como substitutivo de Recurso Ordinário e provido para trancar o Inquérito Policial por falta de justa causa”. (STJ - HC 7809/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 24/11/1998).

costumes quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social”. Observa, porém, que esse crivo valorativo “terá de ser o dos valores preponderantes na coletividade, considerando-se, ainda, as concepções do círculo em que atua o agente (por ex., profissional), desde que não incompatíveis com a referida consciência social dominante”.³¹³

Com efeito, devemos concordar que ao se deparar com uma situação de abusividade é necessário que o intérprete fundamente sua análise a partir do *senso comum*, isto é, a partir de parâmetros médios, genericamente vigentes em nossa sociedade, sob pena de admitirmos que qualquer pessoa estará legitimada a falar em nome da coletividade, simplesmente porque certa publicidade se mostra contrária às suas posições individuais.³¹⁴ Nesta difícil análise incumbe ao intérprete cobrir-se com o manto da coletividade e não incorporar visões e programas individuais de mundo (ideologias); deverá ele ter em conta o padrão de consumidor minimamente crítico, isto é, daquele que sabe distinguir o verdadeiro do fantasioso; que identifica a manifesta brincadeira da agressão discriminatória, tal qual já expusemos neste Capítulo ao discorrermos sobre o moderno padrão de consumidor na avaliação da ilicitude da publicidade.³¹⁵ Isto porque, quanto mais distante estiver o aplicador do direito da realidade e dos parâmetros médios nela vigentes, mais próximo da censura irracional ele se postará.

Nesse passo, considerando o estudo da publicidade abusiva à luz da tutela da coletividade, é preciso ficar atento para bem distinguir entre uma peça publicitária que

---

³¹³ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações...* p.69/70.

³¹⁴ Neste sentido, a jurisprudência: “(...) tenho que a questão posta sob apreciação é bastante complexa, já que de caráter absolutamente subjetivo. Isso porque a mensagem que se pretende transmitir depende, na verdade, da interpretação pessoal de cada consumidor, não sendo certo afirmar, com absoluta certeza, que a intenção da empresa que criou o referido comercial seria associar as imagens dos objetos circulares apresentados no filme publicitário ao êxito sexual. Sobre esta questão, esclareceu com acuidade o douto Magistrado, valendo aqui transcrição de trecho da sentença: “Ora, funciona a arte da publicidade ao sabor da interpretação daquele que a assiste. Agora, dizer que a intenção da empresa que criou o comercial é associar os objetos circulares que apresenta o filme a êxito sexual e ou maior sexualidade é tentar a autora fazer prevalecer o seu entendimento em detrimento de milhões de consumidores que recebem o impacto da publicidade de modo diverso e não vêm nela qualquer conotação de êxito sexual e ou maior sexualidade”. Junte-se a isso o fato de o pedido formulado ir de encontro ao permissivo constitucional (CF/88) que disciplina a liberdade de expressão (...)” (Apelação Cível Nº 458.590-4, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 15ª Câmara, Des. Unias Silva, j. 02/06/2005).

³¹⁵ Sobre a figura do consumidor, v. neste Capítulo 4º, item 4.2.2.2 (retro) (“A figura do consumidor como critério central de avaliação da ilicitude da comunicação publicitária. Consumidor minimamente crítico”).

transgride valores sociais a partir da análise do senso comum (i.e. do consumidor médio e padrões aceitos pela sociedade), sendo apenas esta – e apenas esta – reprovável pelo Direito, daquela publicidade que, embora possa gerar certo desprezo ou incômodo para alguns, ainda está dentro da esfera de liberdade do anunciante. Assim, não raras vezes encontramos publicidades reprováveis do ponto de vista artístico-comunicacional de alguns mas que, no entanto, não configuram ilícitos. Como pontua Walter Ceneviva ao discorrer sobre a abusividade, “o interesse juridicamente protegido é social, não compatível com a consideração individual do consumidor”.³¹⁶

Das colocações até aqui exaradas, já se percebe a dificuldade no exame da publicidade abusiva, o que levou certos autores até mesmo a questionarem a viabilidade de sua repressão.³¹⁷ Neste contexto, cumpre sempre observar que o *standard* ético-moral à luz de certa publicidade poderá variar de acordo com os padrões sócio-culturais de cada sociedade, oscilando de País para País, de Estado para Estado, dependendo das diversidades culturais. Isto quer significar que, em princípio, para a aplicação das normas de publicidade abusiva, o que se busca como ponto de partida não são valores universais, mas o respeito e universalização de valores reconhecidos como vigentes por uma determinada sociedade. Dito de maneira mais clara, há valores que podem ser tidos como universais para o ser humano, mas o que determina haver uma transgressão jurídica a um ou outro nos termos do CDC dependerá dos padrões culturais de cada sociedade e variáveis de acordo com ela.³¹⁸ Antecipando clássico exemplo,: eventual publicidade

---

³¹⁶ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor...*, p.128. No mesmo sentido parece ser o entendimento de PASQUALOTTO, Adalberto (*Efeitos obrigacionais...*, p.145) para quem: “as modalidades de publicidade abusiva que figuram no Art. 37, § 2º, não estão voltadas diretamente para a proteção dos interesses individuais e patrimoniais do consumidor, como acontece na publicidade enganosa. A sua vulnerabilidade, porém, é objeto de preocupação bem presente, na repressão à exploração do medo e da superstição, na indução a comportamentos perigosos e na publicidade dirigida às crianças”.

³¹⁷ Neste sentido, diante da imprecisão dos limites na análise da abusividade, David Harlan, um dos maiores juristas australianos, citado por BENJAMIN, questiona “se o Direito deve ir além e proibir conduta que, embora não necessariamente enganosa, é, de qualquer modo, vista com objeção por ser abusiva contra os consumidores, ao tirar vantagem de sua falta de conhecimento ou poder de barganha, ao inibir, por outras vias, sua capacidade de escolha livre, ao ser, por outra forma, contrária aos valores comunitários”. (David Harlan, “The legal concept of unfairness and the economic and social environment: fair trade, market law and the consumer interest, in Eric Balate, org., *Unfair advertising and comparative advertising*, Bruxelles, E. Story-Scientia, s.d, p.22 *apud* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC...*, p.339).

³¹⁸ Ao comentar as hipóteses de publicidade abusiva, SCARTEZZINI GUIMARÃES observa que: “para a avaliação desses acontecimentos, necessária a análise de cada caso concreto, levando em consideração os valores culturais das pessoas receptoras da publicidade, análise esta que depende de fatores de tempo e de espaço” (SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p.145).

sobre uma tourada na Espanha não se configurará “maus tratos” aos animais, enquanto que em outros locais, porém, poderá ser tida como claramente abusiva.

Desta forma, em que pese a dificuldade do tema – dado que, como dissemos, na proibição à abusividade não está em questão o produto ou o serviço em si, mas a verificação de comportamento contrário à ordem pública e aos bons costumes – é imprescindível que o intérprete procure manter-se ao máximo isento de suas próprias experiências subjetivas e volte-se aos padrões (médios) da coletividade, levando em conta o contexto do anúncio em exame. Ressalte-se, novamente, que a publicidade se torna abusiva e ilícita quando apresenta potencialidade para ensejar um dano moral à *coletividade* de consumidores. Destarte, do mesmo modo que na análise do dano moral individual a jurisprudência tem reiteradamente afastado pedidos de indenização que se fundamentam em meros incômodos, dissabores ou constrangimentos do dia-a-dia³¹⁹, na aferição do potencial abusivo da publicidade o julgador também deverá saber discernir entre a publicidade de “mau gosto” ou mesmo manifestamente jocosa da publicidade que transgredir a ordem pública, a dignidade da pessoa humana, os usos e costumes, os valores constitucionais fundamentais.³²⁰

Nesta intrincada tarefa, observe-se, ainda, que, em certas situações, poderá ser útil ao julgador valer-se de outros indícios para melhor avaliar a adequação da publicidade, como, por exemplo, a análise do conteúdo da mensagem em relação ao meio de

---

³¹⁹“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE VEÍCULO 'ZERO' DEFEITUOSO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. I. Não há falar em maltrato ao disposto no artigo 535 da lei de ritos quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do acórdão recorrido. II. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido”. (STJ. REsp628854. Rel. Min. Castro Filho, DJ 18.06.2007). No mesmo sentido, cf. também: TJ/SP – Apelação com Revisão 5.677.064-2/00, Rel. Oscarlino Moeller. 5ª C. D. Privado, J. 06/08/2008; TJ/SP, Apelação 7.130.886-8, Des. Rel. Cyro Bonilha, 15ª C. D. Privado, J. 05/08/2008; TJ/SP, Apelação com Revisão nº 1.185.056-0/2 - São José dos Campos –Rel. Reinaldo de Oliveira Caldas, j.13/08/2008.

³²⁰ Negando dano moral coletivo por não restar caracterizada a ilicitude da publicidade abusiva, por se tratar de publicidade de mau gosto, cf. TJ/SP, Apelação Civil n.567.643.5/8-00, 13ª câmara, relator Borelli Thomaz, j. em 23/04/2008. Nos termos do acórdão: “Em suma, mau-gosto, pouca (ou muita) sutileza, falta de idéias, pouca criatividade e quetais não podem ser impostos ou vedados por lei. Com o devido respeito, e de novo sem querer ferir sentimentos e suscetibilidades, a propaganda veiculada pelas rés para fazer fama ao novo Fiat Pálio não é ilícita, ilegal ou irregular. É mesmo de mau-gosto, fato ‘atípico’”.

comunicação escolhido ou ao horário escolhido para ser veiculada, ou ainda, a localização geográfica a que se destina para melhor assegurar-se quanto à sua potencialidade lesiva.

Note-se, por exemplo, a correta orientação do artigo 22 do CBARP acerca da publicidade que explora a sensualidade. Segundo este artigo: “os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam *entre aqueles que a publicidade poderá atingir*”, ou seja, entre aqueles atingidos pela mensagem publicitária que, a depender do veículo escolhido, podem ser muitos ou poucos, público específico (ex: revista Playboy), ou massa de consumidores (ex: televisão). O padrão de sensualidade de uma publicidade dirigida ao público específico poderá (e deverá) ser diferente quando analisado em revista ou mídia de ampla circulação ou de acesso a crianças.³²¹

Desta feita, em alguns casos, e a depender do tipo de abusividade que se está a tratar, a análise investigativa sobre os limites do conteúdo da publicidade *vis à vis* o meio de comunicação escolhido – e, neste aspecto, o público atingido – poderá se revelar um critério auxiliar na conclusão sobre o seu potencial lesivo, tanto para confirmar a ilicitude quanto para afastar.³²² Dito doutro modo, trata-se de ferramental que pode e deve ser

---

³²¹ Neste sentido, cf., por exemplo, Representação Conar n.59/06, afastando o potencial abusivo tendo em vista a adequação do veículo escolhido para a publicidade transmitida e, de outro lado, decisões transcritas no rodapé abaixo e que levaram em conta o veículo e o público atingido (crianças) para condenar a publicidade por abusividade.

³²² Na jurisprudência brasileira, levando em conta o público-alvo e o veículo de comunicação, encontramos decisão de primeiro grau de Santa Catarina, ainda pendente de recurso, que condenou empresa de jeans pelo uso excessivo do apelo erótico, em virtude de publicidade veiculada em outdoor e site da empresa, na qual um casal aparecia praticamente nu na praia, em situação que, segundo a decisão, era deseducativa aos jovens e sugeria a prática de sexo em locais públicos, *verbis*: “A publicidade efetivamente ultrapassa as barreiras morais atuais sugerindo às abertas, para vender calças, que elas influem nas práticas sexuais dos jovens e adolescentes - a quem se destinam com maior frequência, ou a quem os apelos publicitários convidam mais eficientemente, pois estão mais expostos ao consumo do produto ofertado - facilitando-as. No mais, as fotografias sugerem a viabilidade da prática de sexo em lugar público como praias, coisa que constitui ilícito penal (...)”(Ação Civil Publica n.023.06.379233-0; MP Santa Catarina x Ellus Jeans Deluxe, j. 23.07.2007).

Mais recentemente, *publicidade da loja C&A* para o dia dos namorados, intitulada “Papai-Mamãe não!!”, formada por filmes de TV e encartes com dicas de “situações excitantes e divertidas” para os namorados saírem da “mesmice” foi retirada de circulação de todo o Brasil pelos órgãos de defesa do consumidor (Procon) e pelo Conar, uma vez considerada com “carga erótica abusiva” e contrária à moral e os bons costumes. Dentre as situações sugeridas no encarte publicitário, apreciam bonecos que formavam um casal, sendo que nas ilustrações de dar as mãos e passear com cães havia um sinal de proibido; já nas cenas de sexo sinais de exclamação. Ao final do encarte havia ainda “games do amor”, com dadinhos recortáveis, dentre os quais, partes do corpo, como boca e seios, e um caça-palavras para localizar expressões como orgasmo múltiplo. A publicidade foi tida ainda como abusiva *devido ao fato de ter sido exposta à crianças que freqüentavam as lojas com seus pais* (Folha de São Paulo, 07 de junho de 2008, Caderno Cotidiano). A

utilizado na identificação e aferição da existência de real transgressão (ou potencialidade de) a valores recepcionados pela coletividade.

O intérprete, portanto, deverá considerar em sua análise se o valor questionado é ou não admitido em nossa sociedade e, em que medida está recepcionado, isto é, se seus limites foram ou não excedidos. A depender do veículo utilizado e o público atingido esta análise pode ganhar relevância na avaliação do potencial abusivo para certos tipos de publicidade.

Vale notar, por fim, que na aferição da abusividade prevista na parte final do § 2º do artigo 37, qual seja, da publicidade *capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*, uma análise do veículo, do produto e, portanto, dos consumidores-destinatários alcançados pela publicidade também poderá se mostrar útil no exame do potencial lesivo. Isto porque, a depender da natureza do produto ou do serviço, de sua periculosidade (inerente ou não), do veículo de comunicação escolhido para transmitir a mensagem, das informações e advertências veiculadas, bem como de outros elementos do caso concreto, se poderá melhor avaliar o impacto causado pela mensagem e, por conseguinte, o potencial de indução desses consumidores a adotarem comportamento perigoso ou prejudicial à sua saúde.

Feitas estas considerações de ordem geral, passemos à análise dos tipos de abusividade exemplificados na lei e verificados na casuística.

4.3.3. Tipos de abusividade

4.3.3.1. Publicidade discriminatória de qualquer natureza

Consoante mencionado acima, o legislador consumerista pátrio optou por tratar da publicidade discriminatória a partir de conceitos abertos, delegando ao operador do direito a sua concretização na hipótese específica. Com efeito, o § 2º do artigo 37 classifica como abusiva a publicidade “*discriminatória de qualquer natureza*”, mas deixa

---

retirada da publicidade do ar pelos órgãos de defesa do consumidor levou em conta o fato de a mesma alcançar crianças, não se mostrando adequado o seu conteúdo em relação ao veículo escolhido.

os exatos contornos desse conceito jurídico em aberto. O artigo 20 do Código do CONAR, por sua vez, também adota a mesma tônica e reprime genericamente anúncios que favoreçam ou estimulem qualquer espécie de ofensa ou discriminação.

Um olhar para a lei 7.716/89, que versa sobre o tema discriminação, não resolve a incerteza. Neste diploma, de fato, proíbe-se a discriminação, mas igualmente deixa-se de lado qualquer definição exata para esse termo. Trata-se de norma que apenas ressalta as hipóteses de discriminação ao dispor em seu artigo 1º que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, sendo certo, ainda, que, ao menos da perspectiva das relações de consumo, uma peça publicitária também poderá apresentar conteúdo discriminatório em relação à idade, sexo, preferência sexual, profissão, condição social, defeito físico ou a “*qualquer outra natureza*”.

Nesse contexto, afinal, o que é discriminar? A palavra *discriminar*, vem do latim “discriminare”³²³ e significa “separar, estremar, distinguir, diferenciar”.³²⁴ Nesse passo, *discriminar*, do ponto de vista constitucional, quer significar tratar desigualmente os iguais, o que fere de morte o consagrado princípio da igualdade. Diversos são os dispositivos constitucionais que asseguram o princípio da igualdade e que, portanto, reprimem a discriminação, cumprindo destacar o seu artigo 3º, inciso IV, que determina ser objetivo fundamental 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”. Também em seu artigo 5º, *caput*, a Constituição Federal, sob o título, “Dos Princípios Fundamentais”, instituiu, dentre outros, o direito à inviolabilidade à igualdade, ao prever que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade”.

---

³²³ Dicionário etimológico *Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, Antônio Geraldo da Cunha, 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 269.

³²⁴ Novíssimo Dicionário Latino-Português: Etimológico, Prosódico, Histórico, Geográfico, Mitológico, Biográfico, F. R. dos Santos Saraiva, 10ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993, p. 381.

À luz do arcabouço constitucional vigente, verifica-se, portanto, que a publicidade discriminatória é aquela que viola o princípio da igualdade.³²⁵ Em outras palavras, é a publicidade que, de modo odioso, preconceituoso e injustificado, trata um outro igual diferentemente, colocando-o em posição de inferioridade ou vexatória em relação à sua. Tal comportamento discriminatório, como dissemos, pode ocorrer em relação à raça, cor, idade, sexo, profissão, condição social ou de qualquer natureza.

No âmbito da autorregulamentação publicitária encontramos diversas decisões do CONAR que demonstram exatamente uma preocupação acerca desta faceta nas peças publicitárias. Assim, por exemplo, determinou o órgão a sustação de anúncios que abordavam de forma preconceituosa a profissão das enfermeiras e secretárias, comumente alvo de “brincadeiras” desrespeitosas à sua idoneidade moral e profissional. Neste sentido, na Representação 265/03 foi sustado anúncio impresso de Hotel, veiculado por ocasião do “dia da secretária”, em que se exibia uma agenda com destaque para a referida data comemorativa seguida do título “*Nossas camas são mais confortáveis do que a mesa do escritório*”. Em outro caso, envolvendo a figura das enfermeiras (Representação 87/00), o CONAR retirou de circulação anúncio de jornal veiculado por montadora, no qual se mostrava uma enfermeira em trajes sensuais, não condizentes com a profissão, seguido do slogan “*Todo mundo precisa de um check up. Inclusive o seu caminhão*”.

A propósito, o tema discriminação e exibição da figura feminina nas peças publicitárias tem se revelado bastante sensível. Na atualidade, mais do que discutir

---

³²⁵ Na doutrina, interpretando a discriminação como violação ao princípio da igualdade, cf. BASTOS, Celso Ribeiro (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 447): “IV – Promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Neste inciso consagra-se formalmente a igualdade. Trata-se, mais uma vez, de colocar sob a modalidade de um objetivo prático o que vem enunciado de forma principiológica na Constituição. O art. 5º da Constituição categoricamente afirma: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. É óbvio que o art. 5º já encerrava em si mesmo, no caráter enxuto da sua redação, todas as significações inseridas no inciso sob comentário. É claro que diante da igualdade de todos perante a lei não há lugar para o preconceito de origem, de raça, sexo, cor, idade, etc.” No mesmo sentido, CRETELLA JUNIOR, José (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 181): “Alusões, claras ou veladas, à cor, à raça, à origem, para diminuir direitos, ações e pretensões, ou para impedir a entrada em hotéis, parques, jardins, hospitais, clubes, associações ofendem o princípio de isonomia”. Na doutrina especializada, especificamente em relação à publicidade abusiva discriminatória e o princípio da igualdade, COELHO, Fabio Ulhoa (*O Empresário e os Direitos do Consumidor...*, p. 260): “A publicidade é discriminatória quando a mensagem veiculada afirma, ou simplesmente sugere, a pertinência de tratamento discriminatório às pessoas. A Constituição federal assegura a todos, como direito fundamental, o tratamento isonômico (CF, art. 5º, caput, I, XLI e XLII), representando ofensa ao texto constitucional a promoção de produtos ou serviços com desrespeito a esse direito”. E também, PASQUALOTO, Adalberto (*Efeitos Obrigacionais...*, p.128).

eventual discriminação quanto à igualdade de sexos, a problemática se desloca para a exibição da mulher ou de seu corpo como forma de apelo publicitário, em especial quando tal exibição não guarda relação com o produto anunciado, como no exemplo da enfermeira acima mencionado.

De fato, abusos são quotidianos e reprováveis, muito embora o tema em si se revele bastante delicado, dado o seu alto grau de subjetivismo e indeterminação, merecendo sempre muito cuidado na interpretação das peças publicitárias para se evitar suscetibilidades individuais em matéria de natureza coletiva e não transformar o controle da publicidade em verdadeira censura. A simples exibição da figura feminina ou de situações cotidianas de maior sensualidade entre homens e mulheres não podem ser reprováveis *per se* pelo Direito à luz do modelo de sociedade, plural e aberta, em que vivemos e é consagrado pelo nosso ordenamento jurídico. No exame do caso concreto é mister verificar se a utilização da mulher está associada a imagens, frases, palavras ou sons que conduzam a uma efetiva ofensa à sua genuína e natural condição feminina, reduzindo-a a simples objeto sexual ou colocando-a em posição de inferioridade e/ou degradação moral, tal como nos exemplos já mencionados das secretárias.³²⁶

A matéria é realmente casuística e implica em uma análise valorativa. No repertório do CONAR, ultrapassando qualquer limite do bom senso e da sátira,

---

³²⁶ Neste sentido ressaltamos o entendimento da doutrina e jurisprudência espanhola. Ao analisar denúncia contra anúncio de preservativos, no qual apareciam, de forma parcial, corpos desnudos de um homem e de uma mulher, encostados um junto ao outro e que, segundo o denunciante, seria contrário à dignidade humana, o órgão autorregulamentar espanhol (Jurado Autocontrol), afastou a reclamação, manifestando-se da seguinte forma: “no cabe apreciar que el simple desnudo del cuerpo masculino y femenino constituya un atentado contra la dignidad de la persona. Sólo existiría este atentado cuando, por circunstancias ajenas al desnudo en sí, se pudiese apreciar una vulneración de algún derecho fundamental, ya fuese porque se hace aparecer a la mujer en situación de inferioridad o como puro objeto sexual a disposición del hombre, etc...” Na mesma decisão foi consignada a preocupação em não converter o Código de Conduta e os princípios deontológicos nele consagrados em meros instrumentos de censura do bom ou mau gosto, tarefa esta que não é próprio do jurado de controle da publicidade, *verbis*: “España se asienta sobre una sociedad muy plural, abierta y tolerante. En consecuencia, en un modelo de sociedad como la descrita, la simple representación del cuerpo humano, ya sea desnudo o con sugerentes vestimentas, no puede ser entendida per se como un atentado contra la dignidad de las personas. En caso contrario estaríamos elevando al rango de principio ético o deontológico lo que son simples convicciones morales de ciertos sectores de la población. Significaría, en definitiva, convertir el Código de Conducta y los principios deontológicos en él consagrados en meros instrumentos de censura del buen o mal gusto, tarea ésta que, como es lógico, no es ni debe ser propia de este Jurado” (Resolución del Jurado de la Publicidad de 8 de junio de 1998 citado e transcrito por PLAZA, Anxo Tato. “La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del jurado de la publicidad”, *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria*, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), España, enero de 1999, p.5).

encontramos *spot* de rádio de anúncio de Motel denunciado pela Frente Feminina Parlamentar da Câmara Municipal do Rio de Janeiro devido ao seu conteúdo altamente ofensivo à figura da mulher no mercado de trabalho, tratando-a como mero objeto de desejo sexual à disposição do seu chefe. Na publicidade em questão, o patrão convidava funcionária a ele subordinada para almoçar em um Motel.³²⁷ Certamente há formas mais criativas e inteligentes de se anunciar o serviço de motel sem que resultem em qualquer violação à dignidade da mulher.

Mais recentemente, devido às crescentes queixas de consumidoras quanto ao apelo sexual à figura da mulher e exploração da sensualidade em anúncios de bebidas alcoólicas, os Anexos “A”, “P” e “T” do Código de Ética do CONAR, em vigor desde 10/04/2008, (e que versam, respectivamente, sobre bebidas alcoólicas, cervejas e vinhos e ices), trouxeram novas orientações para os anunciantes dispondo, sob o título “Princípio do consumo com responsabilidade social”, que “eventuais apelos à sensualidade não constituirão o principal conteúdo da mensagem e que modelos publicitários jamais serão tratados como objeto sexual” (artigo 3º, item a). Trata-se de iniciativa louvável do órgão autorregulamentar que, sem coibir a liberdade de expressão das empresas, traça orientações para a boa publicidade e chama os destinatários de suas orientações a agir com responsabilidade social.

Afastando-se da casuística relacionada à figura feminina e voltando nosso exame para outros exemplos bastante úteis à apreensão dos contornos mais exatos da publicidade discriminatória, vale lembrar também as conhecidas campanhas institucionais da marca Benetton. Promovidas na década de 90 e abordando temas sociais como a Aids, a discriminação racial e o celibato, tais campanhas geraram muita polêmica e acabaram sendo alvo de reprovação tanto pelo CONAR quanto pelos órgãos de defesa do consumidor.

---

³²⁷ O texto do *spot* era o seguinte: “Querida, esse meu novo patrão é um escândalo. Imagine que no primeiro dia ele me chamou e disse: Vou te levar pra comer fora. Daí, fomos para um lugar maravilhoso! Tinha sauna, hidromassagem, frigobar e um cardápio, hum!, variadíssimo. Adivinha qual foi o prato principal? Quer saber onde fica? No Motel Amazonas, na rua Mackenzie, 122, pertinho da avenida Marechal Floriano, aqui no Centro. O telefone é 233-5445. Agora já sabe, né? Quando te chamarem pra fazer uma boquinha, o Motel Amazonas aumenta qualquer apetite!” (Representação n.080/92).

Envolvendo o tema da doença, a Benetton veiculou publicidade impressa na qual se exibiam imagens de partes de corpos nus (nádegas, região do baixo ventre com pêlos pubianos à mostra e um braço masculino), todos eles estigmatizados por um carimbo com os dizeres: "*H. I. V. POSITIVE*". Os anúncios vinham assinados com a frase: United Colors of Benetton. A campanha objetivava colocar a marca Benetton em evidência a partir de uma alusão ao grave problema da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida – SIDA (mais conhecida pela sigla inglesa, AIDS), mas foi recebida com repulsa pelo público consumidor, que compreendeu a publicidade como desrespeitosa à dignidade do ser humano e, ao contrário do que supostamente pretendiam os anunciantes, estigmatizadora para o portador do vírus, já que possibilitava as mais diversas leituras, sem trazer, de outro lado, qualquer esclarecimento sobre a doença. Ou seja, criticou-se o tratamento irresponsável de um tema sensível de saúde pública pela peça publicitária, a qual criava um ambiente discriminatório para os próprios portadores do vírus HIV.

Ainda sobre o tema da discriminação é importante chamar a atenção para outra faceta muito comum nas peças publicitárias, qual seja o uso do recurso da sátira.³²⁸ Se é verdade que o humor vende, e muito, as peças publicitárias desde sempre exploraram o humor como ferramenta para chamar a atenção do consumidor sobre o seu produto.

Nesse passo, é preciso diferenciar a publicidade discriminatória da publicidade jocosa, que se utiliza da sátira, do humor, como manifestação criativa dentro da liberdade de criação e expressão da publicidade.³²⁹ Para a caracterização da discriminação é necessário que a publicidade traga consigo uma diferenciação indevida, efetivamente preconceituosa, que tenha verdadeira capacidade para transgredir o valor constitucional da igualdade ou da dignidade e gerar um dano moral à sociedade. A simples brincadeira,

---

³²⁸ Sobre as origens da sátira, desde a Antiguidade, v. BALESTRA, Luigi, *La satira come forma di manifestazione del pensiero*, 1ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 1-7.

³²⁹ Nesse diapasão, note-se que a sátira encontra tratamento tolerante em diferentes campos do direito, como, por exemplo, no âmbito dos direitos da personalidade. Nesse sentido, enfatiza Claudio Luiz Bueno de GODOY que “[d]e forma geral, já o *animus jocandi* sempre foi considerado, se se externar puro, causa de exclusão da configuração de dano a direitos da personalidade. Vetusto o brocardo segundo o qual *si quis per jocum percutiat, injuriarum non tenetur*. E, particularmente no caso da caricatura e da sátira, anota Pierre Kayser que seu fundamento está no costume, nos usos que, a rigor, deram origem a um gênero particular de arte, de seu turno fundado na liberdade de crítica, expressão da liberdade de manifestação do pensamento.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, 2ª. Edição, , São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.91).

utilização de figuras ou personagens caricaturados, com o intuito apenas de fazer rir – ainda que de mau gosto – não podem ser tidas *per se* como discriminatórias.³³⁰

Com efeito, os diferentes comportamentos, características físicas e atitudes do ser humano não raras vezes foram campo de inspiração para a publicidade, sem que necessariamente se configurasse ofensa ou diminuição das pessoas nela retratadas. Há, sem dúvida, inúmeras situações do uso bem-humorado e caricaturado das figuras do “baixinho”, do “gordo”, do “coroa”, do “atrapalhado”, do “japonês”, do “narigudo”. Em tom caricatural, inteligente e elegante, são peças publicitárias que fizeram e fazem grande sucesso sem, contudo, apresentar conteúdo ofensivo ou preconceituoso às pessoas com tais características ou mesmo desrespeito à moral coletiva.

Do repertório do CONAR diversas publicidades que exploraram o recurso do humor podem ser encontradas, sem, todavia, apresentarem conteúdo discriminatório (outras, como já mencionado, violaram o valor da dignidade humana). Assim, por exemplo, a publicidade do cartão de crédito Mastercard, veiculada em mídia impressa, que continha a frase “*Mastercard - não ter nenhum amigo vegetariano não tem preço*”, seguida da ilustração de um prato de carne e promoções em diversas churrascarias não foi considerada discriminatória aos vegetarianos (Representação 286/05). A publicidade televisiva do papel Chamex, que exibia um japonês repetindo o bordão “*abra o olho*” ao recomendar o produto anunciado também não foi tida como discriminatória à etnia oriental, mas apenas utilizada de modo bem humorado a partir do personagem criado (Representação 24/2005).

Mencione-se ainda o anúncio para televisão da maionese Hellman’s, no qual um explorador branco se perdia na selva e era capturado por uma tribo de aborígenes de pele negra e praticantes do canibalismo, que, porém, desistiam de devorá-lo ao experimentarem a nova maionese. A publicidade foi igualmente compreendida pelo CONAR como uma situação bem-humorada e completamente imaginária, sem representar

---

³³⁰ Neste sentido, cf. Apelação Cível n. 567.643.5/8-00 do TJ/SP (13ª C., Rel. Borelli Thomaz, j. 23/04/2008) na qual se afastou o caráter abusivo da publicidade e se consignou que: “mau-gosto, pouca (ou muita) sutileza, falta de idéias, pouca criatividade e quetais não podem ser impostos ou vedados por lei. Com o devido respeito, e de novo sem querer ferir sentimentos e suscetibilidades, a propaganda veiculada pelas rés para fazer fama ao “ Novo Fiat Pálio” não é ilícita, ilegal ou irregular. É mesmo de mau-gosto, fato ‘atípico’”.

qualquer tipo de discriminação à etnia negra (Representação 27/06). A referida publicidade foi, inclusive, objeto de investigação também pelo PROCON/SP e Ministério Público/São Paulo que, pelos mesmos motivos, determinaram o seu arquivamento, dada a inexistência de publicidade abusiva.³³¹

No mesmo sentido, vale mencionar a publicidade veiculada em internet pela agência Mr. Brain, idealizada para a contratação de novos estagiários de publicidade e que foi denunciada ao CONAR sob o argumento de discriminação. O anúncio apresentava a figura de um capacho onde se podia ler “*a Mr. Brain procura estagiários*”, e tinha como blog a frase “*Quero ser capacho*” (www.querosercapachoblogspot.com), satirizando a conhecida brincadeira de que os estagiários fazem tudo pelos seus chefes. O CONAR concluiu que a linguagem utilizada foi adequadamente compreendida pelos seus destinatários, público específico, buscando apenas atrair a atenção e o interesse dos candidatos à vaga de modo provocativo e irreverente, sem conteúdo discriminatório ou de inferioridade.³³²

A sátira, portanto, também é uma forma de manifestação da liberdade de expressão, e deve ser compreendida dentro do universo de valores, linguagens e imagens comumente aceitos no modelo de sociedade em que vivemos. O problema – tão próprio ao tema da publicidade discriminatório – está justamente na verificação dos limites entre os valores aceitos pela sociedade e a sua violação. Essa é a (difícil) tarefa a ser verificada

---

³³¹ Cf. decisão de arquivamento do Auto de Infração pelo PROCON/SP: “a autuada utilizando-se de fato verídico (que existem canibais da etnia negra), com humor e apoiada na idéia que já faz parte do ideário coletivo (homem branco sendo “cozido” por uma tribo de canibais da etnia negra) elaborou a peça publicitária, que por estas razões não possui caráter discriminatório. (...) Não se observa, ainda, na publicidade nenhum poder de indução para que crianças tenham comportamento racista. A peça faz uso do humor e é representada por adultos, que terminam se confraternizando ao final” (Processo n.158/06, arquivado em 11/06/2007).

³³² Veja, neste sentido, os termos do Voto Relator: “Analisa-se, nesta oportunidade, um anúncio dirigido a estagiários. Jovens, de um modo geral. Estudantes de publicidade. Um público que, por óbvio, não é padrão no sentido clássico. Um público, pois, diferente. Assim, para chamar a atenção do público-alvo, teria, de início, a mensagem ser criativa. Para atrair interesse, deveria ser diferente. Para ser pertinente, teria que estar claramente dirigida ao seu objetivo, ou seja, motivar alguém com perfil para estagiar como redator ou diretor de arte em uma Agência de Publicidade. Para ser compreendida adequadamente, teria que usar a linguagem desse público-alvo. (...) O anúncio trazido a exame hoje foge, como disse, do habitual. Mas não me parece que também fuja do aceitável. É todo ele construído em um linguajar irreverente e provocativo, a começar pelo “blog” em que está inserto www.querosercapacho. Visa a despertar a atenção e interesse dos estagiários, e não parece ter rompido os limites desse público, cuja maior censura seria o desinteresse, a não participação, o que não condiz com os mais de 1.900 acessos ao “blog” (Representação n.110/07).

pelo aplicador da norma no caso concreto.³³³ Trata-se de buscar o ponto de Arquimedes entre dois extremos igualmente ilegais, isto é, entre a censura injustificada e a permissividade de um ato discriminatório.

Diante das considerações até aqui exaradas, podemos dizer que um bom caminho para o julgador percorrer diante de uma queixa de discriminação seria o *critério da pertinência*.

Em primeiro lugar, o julgador deveria se perguntar se a figura, personagem ou linguagem “dita discriminatória” pertence ao universo de imagens ou situações ligadas, direta ou indiretamente, ao produto/serviço anunciado. É difícil, por exemplo, imaginar uma peça publicitária sobre um produto próprio ao alisamento de cabelo sem qualquer referência a pessoas de cabelo crespo, o que, no entanto, não poderia, *a priori*, ser tido como um ato ofensivo e discriminatório a estes indivíduos. Da mesma forma, natural que se tenha uma publicidade sobre estâncias turísticas na costa do Nordeste brasileiro com referência a praias exuberantes e, ato contínuo, a pessoas de biquíni e/ou maiôs de tamanho reduzido tomando sol nas areais. Por outro lado, a inserção de modelos e/ou personagens em peças publicitárias sem qualquer pertinência com o contexto fático-histórico é um indício (uma presunção) de que a publicidade *pode* ser ofensiva, devendo ser analisada com cuidado.

Feito isto, em segundo lugar, é preciso verificar, considerando que a matéria em questão é casuística, se, no caso concreto, não se trata apenas de uma figura bem-humorada, de situação de extrema criatividade sem qualquer conteúdo ofensivo, tal como nas situações caricaturadas, de uma publicidade jocosa e que, por conseguinte, está dentro do exercício liberdade econômica e de expressão das empresas. Não raro pode-se perceber que quanto maior for o grau de jocosidade da publicidade, menor será o seu potencial discriminatório, na medida em que os destinatários desta publicidade rapidamente perceberão o exato caráter da peça publicitária. A experiência mostra que as publicidades com conteúdo mais problemático são justamente aquelas que trazem um “diz-mas não

---

³³³ Como pontua PASQUALOTTO, Adalberto, em estudo sobre a publicidade abusiva, “a cláusula de não abusividade não se presta à tutela da moral nem de valores políticos ou ideológicos. Difícil, no entanto, é precisar os limites entre a moral e o resguardo dos bons costumes”. (*Efeitos obrigacionais...*, p.145).

diz”, uma mera insinuação, uma dupla interpretação, instigando no imaginário do consumidor idéias com potencial conteúdo discriminatório.

Por fim, verifique-se que toda essa análise de potencial lesivo à coletividade deverá pautar-se naturalmente pelo padrão do consumidor minimamente crítico. Consoante mencionado acima, é preciso ficar sempre atento para bem distinguir entre uma peça publicitária que transgride valores sociais a partir da análise do senso comum (i.e. do consumidor médio e padrões aceitos pela sociedade), sendo – apenas esta – reprovável reprovável pelo Direito, daquela publicidade que, embora possa gerar certo desprezo ou incômodo para alguns, ainda está dentro da esfera de liberdade do anunciante. Publicidades reprováveis do ponto de vista artístico-comunicacional não configuram necessariamente ilícitos. Considerações individuais não podem ser a pedra de toque para a tutela da coletividade, sob pena de se transformarem em desmedida censura.

4.3.3.2. Incitação à violência, exploração do medo ou da superstição e desrespeito a valores ambientais

Dentre as possíveis modalidades de publicidade abusiva, o mesmo § 2 do artigo 37 também proíbe a publicidade que *incite à violência, explore o medo ou a superstição ou desrespeite valores ambientais*.

A publicidade pode se tornar abusiva por *incitação à violência* na medida em que se apresente com claro potencial para influenciar negativamente a conduta dos consumidores na difusão da violência. A proteção materializada pela norma do CDC é ampla e abarca o conceito de violência tanto na sua faceta violência-física, isto é, de uso de força física de pessoa em relação à outra ou em relação a animais, coisas ou meio-ambiente, quanto violência-moral, seja através de atos de opressão verbal ou coação.

Considerando as mais variadas formas de manifestação publicitária e a sua dinâmica de linguagem e veiculação, longe de se querer buscar aqui uma definição fechada para essa violação, parece-nos que essencial mesmo é verificar no caso concreto se a publicidade sob análise, de algum modo, apresenta potencialidade de induzir os

consumidores a uma conduta agressiva ou demonstrar-se ser contrária à moral coletiva por violação ao resguardo de valores fundamentais (ex: publicidade que atente contra a paz social).

É de se notar que, por vezes, a publicidade poderá retratar em seu conteúdo alguma idéia associada ao tema da violência sem que, com isso, tenha aptidão para estimular a sua prática ou infringir valor constitucional. Isso ocorre quotidianamente nas peças publicitárias, inclusive, naquelas de tom satírico e que são assim imediatamente identificadas pelo público consumidor, restando, portanto, dentro do âmbito do direito à criação e liberdade de expressão do anunciante e longe de infração ao CDC. Como ressalta a doutrina especializada “é bem verdade que a violência já conduziu produção artística de qualidade, sem que tenha servido necessariamente de estímulo à sua prática. Um exemplo cinematográfico, é o filme *Henry V* que mostra a lendária batalha de Agincourt, que, sem injetar glamour na tragédia de um rei isolado, lhe confere emoção e pungência”.³³⁴

De fato, não cabe entender que a simples representação de violência constitua, *per se* e em todos os casos, uma incitação à violência. Ao contrário, deve-se verificar qual é a mensagem que o anúncio realmente transmite ao público.³³⁵ Nesse passo, destaque-se caso em que o órgão publicitário espanhol examinou um comercial televisivo em que a namorada, ao deparar-se com a nova batatinha frita da marca *Lays Light*, lançava um soco direto no estômago do namorado, seguido de um tapa na cara e o abrupta retirada do pacote de batatinha que estava na sua mão. Tal publicidade, à luz da cena, sonoridade e expressões dos atores, foi considerada como “claramente exagerada e irreal, comumente identificada pelos telespectadores como uma parodia irônica”, incapaz de incitar à violência.³³⁶ Apenas haveria potencial abusivo por estímulo à violência em situações que a mensagem publicitária fosse interpretada pelo público consumidor como uma incitação direta ou indireta à violência; isto é, quando a publicidade, ou bem realiza um chamamento

---

³³⁴ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva – Incitação à Violência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 42.

³³⁵ Neste sentido, Resolución del Jurado de Autocontrol de 3 de julio de 2003 – AUC *versus* Snack Ventures.

³³⁶ Resolución del Jurado de Autocontrol de 3 de julio de 2003 – AUC vs Snack Ventures.

direto à violência, ou bem, em função de suas circunstâncias, pode ser apta a provocar uma reprodução mimética das condutas a que faça referência.

Nesse sentido, também já sinalizou o órgão autorregulamentar brasileiro que, por exemplo, arquivou denúncia contra publicidade televisiva de montadora que exibia, de forma jocosa, noivo e noiva em “batalha campal” ao verem amigos pintando e amarrando latas no seu carro da lua-de-mel. A publicidade foi compreendida como bem humorada, fictícia e incapaz de induzir ao comportamento violento. Segundo o voto relator, “o público está acostumado com os exageros *non sense* utilizados largamente pela propaganda”. (Representação 129/02).

A *exploração do medo* na publicidade também é conduta reprovada pelo nosso ordenamento. Não é lícito que as empresas para estimularem o consumo de seus produtos assim o façam por meio do recurso ao medo. Ressalte-se aqui o aspecto *teleológico* da prática: é preciso que o medo seja utilizado como um instrumento imoral para aumentar as vendas do produto. Não bastaria assim, para a configuração do ilícito de abusividade, uma mera veiculação de imagem ou cena de medo na publicidade; importante verificar o aspecto finalístico, isto é, uma relação causal entre medo/venda, capaz de configurar, verdadeiramente, um abuso ilegal dos sentimentos e sensações dos consumidores pelo anunciante.

Este parece ser o real sentido da norma, pois o legislador, na redação do § 2º do artigo 37 do CDC, valeu-se do verbo “explorar” (e não do verbo “causar”) – significando, pois, “utilizar” no intuito de “extrair vantagem para si”. Herman Benjamin, ao comentar o referido dispositivo legal, explica que “a publicidade que *se utiliza do medo* ou *superstição* para *persuadir* o consumidor a adquirir o produto ou serviço é abusiva”³³⁷ reforçando a interpretação de que a persuasão através do medo para impulsionar as vendas é elemento finalístico essencial para configuração deste tipo de abusividade.

Na Espanha, encontramos decisão que bem retrata esta relação causal. Com efeito, foi declarada ilícita publicidade que explorava o fato de ter ocorrido uma grande explosão de gás em Madrid (utilizando-se inclusive de ruídos de sirenes de bombeiros)

---

³³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *CBDC comentado...*, p.342.

para promover a venda de sistema de aquecimento a diesel. A publicidade, por meio da exploração do medo dos consumidores em sofrerem acidentes domésticos, exaltava o aquecimento a diesel como mais seguro e econômico.³³⁸

Outros exemplos também poderiam demonstrar a interpretação finalística da norma consumerista ora estudada. Imagine-se uma empresa farmacêutica que se utilize do medo dos consumidores em relação ao vírus “AH1N1” (causador da chamada “gripe suína”) – situação que deixou o mundo inteiro em alerta – para estimular a venda de seus produtos antigripais. Nesse caso, a empresa, ao colocar o consumidor em um estado medo em relação à doença, estimularia a venda de seus produtos e incorreria claramente na hipótese normativa do artigo 37, § 2º do CDC.

Situação de abusividade também se verificaria caso um determinado anunciante, valendo-se de cenas de assaltos, roubos, furtos e homicídios, buscasse estimular as vendas de aparelhos de segurança pessoal ou de carros blindados; ou mesmo na hipótese de uma seguradora que, aproveitando-se da crise econômica e do medo do cidadão em relação às perdas financeiras, buscasse promover, imoralmente, a venda de seguros. Casos desse gênero já foram objeto de análise pelo CONAR e são claramente ilegais.³³⁹

---

³³⁸ Segundo a decisão do órgão autorregulamentar Espanhol (Autocontrol): “...el anuncio reclamado transmite al consumidor un mensaje de alarma, que alimenta el temor de todo ciudadano a sufrir un accidente en su hogar provocado por una explosión de gas. Alguno de los elementos del anuncio (en particular, en ruido de las sirenas insertado de fondo al inicio de la cuña) es, en opinión del Jurado, especialmente responsable de la generación de una concreta sensación de miedo o animadversión en los receptores del mensaje publicitario. (...) Es evidente que el anuncio reclamado pretende despertar el miedo o temor de los destinatarios a sufrir un accidente doméstico provocado por una explosión de gas, aprovechando después el miedo o el temor generado para utilizarlo como argumento publicitario en pro de la contratación del sistema de calefacción por gasoleo”. (Resolución del Jurado de La Publicidad en 22 de abril de 1999 - Gas Natural SDG vs CEPESA).

³³⁹ Neste sentido, há várias decisões do CONAR determinando a sustação de publicidade abusiva pela *exploração* do medo. Na Representação nº 151/04, e.g., instaurada contra Ace Lâminas de Segurança e Proinfo, o CONAR determinou a sustação de publicação de anúncio em revista, pois o anunciante teria utilizado o medo como argumento de venda do produto oferecido, prática vedada expressamente pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Também na Representação nº 4/03 contra a anunciante Car System, o CONAR considerou que o filme para a TV da anunciante abusava do medo para convencer os consumidores das vantagens do serviço oferecido, um sistema de segurança para autos (o filme mostrava várias cenas de famílias sendo assaltadas em seus carros). O relator, neste caso, concluiu que a publicidade contribuía para estimular a neurose de segurança na população.

Por outro lado, e tendo em vista a *ausência de qualquer relação causal*, arquivou, por exemplo, o CONAR a Representação nº200/99 instaurada contra publicidade promovida pelo Playcenter. Neste caso, as imagens de necrotérios e mortos movimentando-se exibidas no anúncio não foram consideradas abusivas por serem cenas que, apesar de poderem causar sensação de desconforto em alguns, eram compatíveis com a divulgação das “Noites do Terror”, organizadas pelo referido parque de diversões. Ou seja, o simples fato de haver a veiculação de cenas mais fortes não são aptas, *per se*, a configurar ilícito, devendo haver a *exploração* do medo.³⁴⁰

É igualmente vedado ao anunciante *explorar a superstição* na sua publicidade. Aqui, novamente, se mostra o aspecto finalístico. A superstição pode ser definida como a “crença ou noção sem base na razão ou no conhecimento, que leva a criar falsas obrigações, a temer coisas inócuas, a depositar confiança em coisas absurdas, sem nenhuma relação racional entre os fatos e as supostas causas a eles associadas”.³⁴¹ Não é lícito, pois, criar no consumidor a crença em fatos sem qualquer racionalidade ou justificativa para motivá-lo a adquirir produtos e serviços. Trata-se de situação que abusa da fraqueza do consumidor em evidente violação da boa-fé objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor qualifica igualmente como abusiva a publicidade que em seu conteúdo *desrespeite o meio ambiente*. O meio ambiente saudável e equilibrado e a sua preservação é direito e dever de todos (artigo 225 CF). É elemento chave dentro da nossa sociedade e essencial para a própria existência das futuras gerações.

---

³⁴⁰ No mesmo sentido decisão do CONAR na Representação n. 66/07, iniciada a partir de queixa de consumidores contra a Intelig. A publicidade televisiva, veiculada sob a estratégia de “*teaser*”, consistia na entrada de um homem mascarado no apartamento de uma mulher que, naquele momento, dormia. A cena sugeria que se tratava de uma invasão de domicílio. Esse filme fora exibido por dois dias, sem que se tivesse revelado o verdadeiro produto ou objetivo das imagens. Passado esse período de tempo, foi ao ar a segunda fase da campanha, na qual a mulher que dormia acordava e cumprimentava o invasor, na verdade, seu marido – então fantasiado por trabalhar em um trem-fantasma. O CONAR entendeu que as cenas apresentadas na primeira fase do “*teaser*” eram fictícias e caricatas e que, portanto, não havia exploração do medo para aquisição de produto, arquivando a Representação. Quem não se recorda também da histórica publicidade da DIC Calçados, em que, em meio a cenas de correria em massa da população, causando uma impressão de descontrole e pânico nas pessoas, lançava os dizeres, “Loucura, caos, confusão?” para depois em tom humorado concluir: “Não, é a Liquidação do DIC!” e, ato seguinte, estampar na tela da televisão ofertas com descontos sobre os produtos. As imagens iniciais tinham por objetivo apenas chamar a atenção do público para algo de excepcional chegando à cidade (no caso a grande “promoção”), sem relação causal do uso do medo para aquisição do produto.

³⁴¹ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 2001, 1ª edição, p.2642.

Não pode, assim, a publicidade deseducar o consumidor quanto ao objetivo maior de preservação e respeito ao meio ambiente.

Dentro desse espírito de educação e preservação, o CONAR determinou sustação de anúncio de montadora, no qual se exibia um casal lançando objetos para fora da janela do carro para ironizar a falta de potência do motor. O relator entendeu que a prática de jogar objetos na via pública é contrária à preservação do meio ambiente, determinado a sustação do comercial (Representação nº118/07).

Em outro caso, determinou-se a sustação de publicidade da Mastercard que mostrava a compra de um papagaio e depois a sua libertação sob o mote “a liberdade não tem preço”. O anúncio foi considerado infrativo à legislação ambiental por não ser permitida a compra de espécime silvestre, nem a sua soltura sem a devida autorização (Representação n.131/07). Mais recentemente, em publicidade institucional da Petrobrás, o CONAR também determinou a sua sustação porque enaltecia a responsabilidade ambiental da empresa, quando, em verdade, o produto por ela produzido e comercializado era altamente poluidor do meio ambiente, não sendo admitido que a empresa se utilizasse de apelo sócio ambiental perante os consumidores (Representação n. 295/07). Neste caso, o conteúdo em si da publicidade não era contrário ao meio ambiente, mas se entendeu que a atividade da empresa não poderia estar associada à preservação da natureza.

4.3.3.3. Aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança. A publicidade dirigida ao público infantil

As crianças possuem a *condição peculiar de pessoas em desenvolvimento* (artigo 69 I da Lei 8.069/90) sendo, por esse motivo, mais facilmente influenciáveis pelas mensagens publicitárias.

Assim, o legislador consumerista, considerando a condição peculiar desse público-alvo tipificou como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento ou experiência da criança para incentivar a venda de produtos e serviços (artigo 37 § 2º CDC). Com efeito, as crianças merecem atenção especial do legislador, pois,

embora não sejam parte da relação de consumo, são fortemente influenciadas pelas mensagens publicitárias que podem dar causa a essa relação por meio de seus pais ou terceiros. Trata-se, na verdade, do público-alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários, notadamente porque, a depender da sua faixa etária, a criança sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está submetida e entender os seus efeitos persuasivos. Dai porque o CDC preocupou-se, em particular, com a menção à exploração da deficiência de julgamento da criança.

A norma consumerista de proteção à criança (e por certo também do adolescente) contra a publicidade abusiva está em perfeita harmonia com os valores e deveres constitucionais estipulados no artigo 227 da CF que determina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por seu turno, assegura a *proteção integral à criança e ao adolescente*, esclarecendo que a criança é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos e o adolescente entre 12 e 18 anos de idade (artigos 1º e 2º do ECA).

Especificamente em relação à publicidade, o revogado Código de Menores dispunha ser infração cometida contra a proteção ao menor “exibir, no todo ou em parte, filme, cena, peça, amostra ou congênere, *bem como propaganda comercial* de qualquer natureza, cujo limite de proibição esteja acima do fixado para os menores admitidos ao espetáculo” (artigo 66 da revogada Lei 6.697/79). Essa disposição de texto não foi contemplada na legislação vigente.

Todavia, podemos encontrar no artigo 71 do ECA fundamento para a proteção da criança e do adolescente contra o conteúdo inadequado da publicidade ou da programação de rádio e televisão. Prescreve o referido artigo que “a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços, que respeitem a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Ou seja, as informações (publicitárias) e os produtos e serviços quando

direcionados especificamente às crianças devem observar a condição peculiar deste público-alvo, vedada a exploração de sua inexperiência ou de sua deficiência de julgamento (71 ECA e CDC 37).³⁴²

Cumpra-se notar que, afora o referido § 2º do artigo 37 do CDC não encontramos na legislação brasileira outras normativas específicas relacionadas à publicidade infantil, cabendo, pois, ao julgador, no exame do caso concreto, avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças.

No âmbito da autorregulamentação publicitária, por sua vez, encontramos importantes normas éticas acerca do conteúdo da publicidade direcionada às crianças, recém revistas e ampliadas pelo CONAR (2006) e que servem de fonte subsidiária para defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes em matéria publicitária (artigo 16 CBARP). Segundo a nova Seção 11 do Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (artigo 37 do CBARP) não se admite que a publicidade contenha *apelo imperativo de consumo* direcionado diretamente a crianças e adolescentes (ex: “*peça para mamãe comprar...*”) (37 *caput* CBARP).

O artigo 37 e suas respectivas alíneas advertem ainda que a publicidade infantil não deve gerar *sentimentos de superioridade* em relação a outras crianças em razão do consumo de certo produto, ou, na sua falta, de *inferioridade* (tais como expressões “*eu tenho, você não tem*”)³⁴³ ou mesmo provocar sentimento de *discriminação*. A publicidade também não deve desmerecer *valores sociais positivos* como a família, amizade, honestidade, generosidade, respeito às pessoas, aos animais, ao meio-ambiente, etc.

---

³⁴² O Artigo 74 do ECA também traz orientação quanto ao conteúdo da programação dirigida às crianças e adolescentes. Nos termos desse dispositivo legal, as emissoras de rádio e televisão “*somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas*”. O seu parágrafo único complementa ainda que “*nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição*”. Nos sentidos aqui expostos, cf. MOMBARGER, Noemí Friske. *A Publicidade Dirigida às Crianças e Adolescentes*, Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

³⁴³ Neste sentido, o CONAR determinou a sustação liminar de anúncio de televisão da “Tesoura Mickey e Minnie” no qual uma criança falava para a outra “eu tenho, você não tem”, por entendê-lo “capaz de influenciar negativamente o público para o qual é dirigido; estimular comportamentos anti-sociais por parte de menores; e levá-los a constranger seus responsáveis a adquirirem o produto, sob pena de se sentirem inferiorizados perante seus companheiros” (Representação n. 131/92).

A publicidade dirigida às crianças igualmente deve abster-se de estimular *comportamentos socialmente reprováveis* para obter o produto anunciado (37 II alínea e). Caso clássico e conhecido de publicidade reprovada pelo CONAR e órgãos de defesa do consumidor por este fundamento encontra-se na publicidade televisiva do tênis da Xuxa. Nesta peça publicitária, a apresentadora de programa infantil incentivava as crianças a destruírem seus tênis antigos e pedirem aos seus pais o novo “Tênis da Xuxa” anunciado (Representação n.081/92). Em sentido similar, sustou-se comercial veiculado pela Nestlé no qual crianças invadiam um armazém em busca de sobremesas daquela marca. Ao despertarem o vigia do estabelecimento, atiravam contra ele bolinhas de vidro, fazendo com que escorregasse e com isso conseguissem escapar (Representação n.43/91). O Código Ético também reprovava a publicidade que possa provocar o *constrangimento dos pais ou de terceiros* para impingir o consumo; ou que se utilize de situações de *pressão psicológica ou violência capazes de gerar medo*.

A publicidade infantil deve, ainda, tal qual apregoado pelo CDC, respeitar a *dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência* e o *sentimento de lealdade* das crianças, levando em conta as características psicológicas deste público-alvo e seu discernimento limitado, enquanto pessoas em desenvolvimento (artigo 37 II alíneas b e c).

Considerando a sua capacidade reduzida de discernimento e experiência, a publicidade dirigida às crianças também *não* deve se utilizar de *formato jornalístico* (publicidade redacional), evitando-se que seja confundida com notícia e tomada a sério pelas crianças, tampouco *exaltar que o produto contenha características peculiares* quando, em verdade, são encontradas em todos os similares do mercado (37 I alíneas g e h). Tais publicidades, por certo, explorariam a inexperiência das crianças.

Outra importante orientação ética aos anunciantes acerca da publicidade infantil consiste na *proibição* de que sejam utilizados modelos infanto-juvenis para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo por outros menores (ex: “*faça como eu, use...*”), admitindo-se, contudo, a participação de tais crianças nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto (37 I alínea f).

Mais recentemente, tendo em vista as fundadas preocupações da sociedade em relação aos efeitos da publicidade na alimentação e o problema da crescente obesidade humana, o CONAR elaborou novas normas éticas sobre a publicidade de alimentos, qualquer que seja o público-alvo objetivado. Incorporou-se, assim, no Anexo H do seu CBARP, regulamentação específica envolvendo a publicidade de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados e bebidas assemelhadas, a fim de que tais publicidades busquem sempre transmitir mensagens de alimentação saudável e adequada, evitando-se excessos no seu consumo.

Neste contexto, em relação à *publicidade de alimentos e bebidas líquidas calóricas* o CONAR passou a reprovar os anúncios de tais produtos quando:

- i) encorajem o seu consumo excessivo;
- ii) menosprezem a importância de uma alimentação saudável;
- iii) apresentem os produtos como substitutos de refeições;
- iv) empreguem apelos de consumo ligados a status, êxito social ou sexual;
- v) desmereçam o papel dos pais e educadores como orientadores de hábitos alimentares saudáveis, ou;
- vi) gerem confusão quanto à sua qualidade, valor calórico, se natural ou artificial.

Especificamente em relação às *crianças*, além das restrições acima mencionadas, o Anexo H determina ainda as seguintes normas éticas à *publicidade de alimentos e bebidas* quando direcionada a esse público-alvo, cuja interpretação deverá sempre se dar de forma mais restritiva:

- i) que o uso de personagens ou apresentadores do universo infantil seja feito apenas nos intervalos comerciais, tendo em vista a incapacidade da criança em diferenciar a mensagem de caráter publicitário do conteúdo editorial da programação infantil.³⁴⁴

---

³⁴⁴ Vale notar que em certos países a proibição ao uso de personagens infantis é ainda mais restritiva, proibindo-se por completo a sua utilização na publicidade (ex: Dinamarca e Finlândia) ou restringindo o seu uso em publicidade apenas após às 21:00 hs (Reino Unido) ou ainda proibindo de modo geral a publicidade por um período antes e depois dos programas infantis de televisão (caso também do Reino Unido, Áustria, Bélgica e Luxemburgo). Dentre os países que proíbem completamente a publicidade dirigida às crianças está

- ii) que não se utilizem crianças excessivamente gordas ou magras em suas publicidades e;
- iii) que se abstenham de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente quando apresentada por pais, professores, médicos e esportistas, salvo em campanhas educativas.

Como se percebe da recente e ampla normativa autorregulamentar acerca da matéria, pode-se afirmar que a publicidade dirigida ao público infantil é tema da ordem do dia, tanto no Brasil quanto no direito estrangeiro. Com efeito, muito se discute sobre a necessidade de uma normatização legal específica quanto aos limites e contornos desta publicidade, verificando-se na atualidade, inclusive, projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, sobretudo envolvendo a questão da publicidade de alimentos ricos em gordura, sal, açúcar e outras substâncias, cujo consumo *excessivo*, se acredita possa se tornar prejudicial à saúde.³⁴⁵ Não há, porém, um consenso acerca da matéria.

Uma coisa, porém, é certa e todos parecem concordar: a criança merece proteção especial do legislador, dada a sua condição de hipossuficiência, mesmo em situações que não se configurem abusivas, mas que exigem um controle valorativo mais intenso, como ocorre com o valor da alimentação saudável e da qualidade de vida. O que não resta definido e continua a provocar grande discussão e controvérsia jurídica é justamente a *medida* dessa proteção.

---

a Suécia, Noruega e a província do Quebec (Canadá). Fonte: HAWKES, Corinna. *Marketing de alimentos para crianças: o cenário global das regulamentações*. Organização Mundial da Saúde. Tradução de Gladys Quevedo Camargo. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; ANVISA, 2006. 112 p. Disponível em: www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/educacao/palestras/IDEC_PCEC_2009_2-online.pdf. Acesso em: 8 jun. 2009. Trata-se de estudo organizado pela OMS e traduzido para o português pela ANVISA em 2006.

³⁴⁵ Neste sentido, cf., por exemplo, dentre outros: Projeto de Lei 6.080/05 (de autoria de Junior Betão – PL/AC), que restringe a publicidade de alimentos e bebidas obesogênicos entre às 18:00 e às 21:00 hs; Projeto de Lei 1.637/07 (de autoria de Carlos Bezerra – PMDB/MT) que institui regras para a publicidade de alimentos com elevados teores de açúcar, gordura saturada, gordura "trans" e sódio, além de bebidas com baixos valores nutricionais, restringindo sua publicidade ao horário de 21 horas às 6 horas na televisão e na mídia eletrônica, sendo totalmente proibida a transmissão durante a programação infantil; Projeto de Lei 1.755/07 (de autoria de Fábio Ramalho – PV/MG) que proíbe a venda de refrigerantes em escolas de educação básica; Projeto de Lei 6.848/02 (de autoria de Neuton Lima – PFL/SP) que dispõe sobre a comercialização de guloseimas nas escolas de educação básica, restringindo a venda de frituras, molhos industrializados e alimentos calóricos. Há ainda o Projeto de Lei n.5921/01 (de autoria de Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR), ainda mais restritivo, que proíbe toda e qualquer publicidade dirigida às crianças (abaixo de 12 anos) e regulamenta a publicidade dirigida aos adolescentes.

Há quem defenda a total proibição da publicidade dirigida ao público infantil, sob o argumento de que a publicidade promoveria a introdução precoce da criança no mercado de consumo, gerando problemas de ordem psicológica (depressão, ansiedade, baixa-estima), bem como seria um fator de contribuição da obesidade infantil, pressupondo ainda a incapacidade dos pais modernos de controlarem a demanda de seus filhos, que seriam “educados” também pela televisão.³⁴⁶

Outros defendem a regulamentação desta atividade, respeitadas as garantias constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de expressão das empresas em relação à publicidade de referidos produtos lícitos, sendo, ademais, a publicidade, apenas um fator coadjuvante na formação de consumidores responsáveis, cujo papel principal incumbe aos pais e educadores, não se justificando uma intervenção desproporcional na livre iniciativa. Em sentido similar com essa linha argumentativa, encontramos respaldo na jurisprudência brasileira que, manifestando-se sobre pedidos de proibição de publicidade de alimentos calóricos em casos, pontualmente, levados à justiça (refrigerantes, promoções de empresas de *fast food* e biscoitos) ponderou o dever dos pais no controle da alimentação de seus filhos, não se possibilitando uma intervenção de tal ordem na livre iniciativa, especialmente quando inexistente uma norma setorial dirigida a todas empresas de alimentos, tampouco estudos científicos que justifiquem a nocividade e advertência de certos alimentos.

Assim, por exemplo, o recente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 03 de setembro de 2009, nos autos de Ação Civil Pública movida

---

³⁴⁶ Nesse sentido, posicionamento do Instituto ALANA, atuante organização sem fins lucrativos que desenvolve atividades em prol dos direitos das crianças no mercado de consumo (www.alana.org.br - projeto Criança e Consumo) e que defende a proibição total de toda e qualquer publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos; e também da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no que tange à proibição apenas da publicidade de alimentos direcionada às crianças. Esta última, colocou para Consulta Pública proposta de regulamento que traz fortes restrições de *conteúdo* e *horário* relativamente à publicidade de alimentos ricos em alto teor de gordura e açúcar, contendo um capítulo específico para a publicidade destinada às crianças (Título II). Dentre as restrições propostas, as principais podem ser resumidas nas seguintes: i) proibição de utilização de figuras, desenhos, personagens ou personalidade admirados pelo público infantil quando se tratar de publicidade de alimentos com elevada quantidade de açúcar, gordura saturada, sódio e de bebidas de baixo teor nutricional; ii) restrição de horário de veiculação de publicidade televisiva de tais alimentos entre 21:00 e 6:00 hs e; iii) proibição de sua veiculação em escolas públicas e privadas; iv) proibição de divulgação de brindes e prêmios condicionadas à aquisição de alimentos tidos como não saudáveis (rico em gordura, açúcar, sódio e baixo teor nutricional; e v) proibição de veiculação de publicidade, promoção ou merchandising de referidos alimentos em brinquedos, filmes, jogos eletrônicos, páginas da internet, veículo ou mídia (v. Consulta Pública ANVISA n.71 de 10/11/2006).

pelo Ministério Público paulista contra a Coca-Cola (Apelação Cível n.566.275.4/7), na qual se objetivava a proibição da publicidade de refrigerantes daquela empresa para crianças menores de 12 anos, bem como a obrigação de veicular advertência sobre a nocividade que o consumo de bebidas com açúcar poderia provocar à saúde.

Os pedidos foram afastados pelo TJ/SP sob dois principais fundamentos. Em primeiro lugar, ressaltou-se a notoriedade do fato de que o *consumo excessivo*, não só de refrigerantes, mas também de outros produtos como “chocolate, macarrão, pizza, cachorro-quente, batata chip, sorvetes, guloseimas e tantos outros (...) são conhecidos e dispensam anúncios extravagantes, porque a preferência por eles não diminui com estardalhaço, mas, sim, com campanha educativa. (...) O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como *light* e *diet*, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo”.

Em segundo lugar, ressaltou o acórdão quanto ao pedido de proibição da publicidade de refrigerantes às crianças o fato dos “menores atuarem na sociedade por representação e decidirem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes e, não será necessário alertá-los para que orientem seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. (...) O importante é que o fabricante indique, com transparência, as calorias existentes, para que os consumidores, orientados e instruídos, analisem a conveniência da degustação (...)”.³⁴⁷ O relator também observou que “cabe ao Estado, dentro da

---

³⁴⁷ Assim a ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Publicidade enganosa – Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo – Inocorrência – Consumidor e publicidade – Inclusão da ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o “marketing” do fabricante – Impedir campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa – Impossibilidade – Sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditaes que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas – Sentença mantida – Recurso improvido”. (Apelação Cível n. 566.275-4/7, 4ª C. D. Privado – Rel Ênio Santarelli Zuliani, j 03.09.09).

autorização concedida para atuar (art.220, § 4º da CF) emitir os comandos pertinentes”, sempre a partir de estudos que demonstrem comprovadamente a necessidade de intervenção na comercialização de tais alimentos.³⁴⁸

Com efeito, a regulamentação dos limites da publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos parece, de fato, ser o melhor caminho, à luz, inclusive, da experiência normativa estrangeira, onde, com exceção de dois países e uma província (Suécia, Noruega e Quebec, respectivamente), a publicidade infantil é permitida observadas certas restrições, em regra, de natureza autorregulamentar.

Concordamos com o fato de ser a publicidade apenas um fator, dentre tantos outros, que contribuem para formação dos cidadãos e, certamente, de nada adiantará proibir totalmente a publicidade infantil – medida por demais restritiva à livre iniciativa – sem que políticas públicas de educação e saúde sejam implementadas pelo governo.³⁴⁹ O problema relacionado ao consumo de tais produtos está certamente na *frequência* com que são consumidos não se verificando, ao menos nos dias de hoje, qualquer estudo que indique a nocividade *per se* de alimentos de baixo teor nutricional até mesmo porque, se existentes, tais alimentos certamente não seriam permitidos e regulamentados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em sentido similar, decisão de 1º instância nos autos de Ação Civil Pública n.583.002008.169077-0, da 41ª V. Cível do Foro Central (j. 23.12.2008), na qual o MP/SP objetivava a proibição de que a empresa Pandurata Alimentos (detentora da marca Bauducco) realizasse novas promoções envolvendo o consumo de biscoitos da sua linha “Gulosos”. O pedido foi negado pelo fato de “*não obstante os produtos serem eminentemente direcionados às crianças, a decisão a respeito de sua aquisição, ou não, cabe aos pais e responsáveis, esses sim dotados de discernimento para julga-los necessários, adequados, tanto nutricional quanto economicamente para o consumo*”.

³⁴⁸ Em outro caso, envolvendo pedido de tutela antecipada em Ação Civil Pública movida pelo MPF/SP contra três grandes empresas de *fast food* (i.e., McDonalds, Habib’s e Burger King), objetivava-se que estas empresas cessassem imediatamente a realização de suas respectivas promoções, a saber, Mc Lache Feliz, Lache B Kids e Trikids, e que contemplam a venda de lanches com brinquedos em seus estabelecimentos. O pedido foi negado, pois, conforme ressaltado pelo MM.Juiz “a contenção publicitária dirigida ao público infantil deve decorrer da regulação de todo o setor publicitário e não bastaria, à primeira vista, uma decisão judicial que impedisse determinadas sociedades empresárias de ofertar brindes para estimular o consumo de produtos que comercializa. A disseminada prática comercial remanesceria para uma infinidade de lanchonetes, restaurantes, fabricantes de doces e guloseimas que se destinam ao consumo precípua de crianças e adolescentes”. (Processo n.2009.61.00.013789-7, 15ª Vara Cível da Justiça Federal, Autor: Ministério Público Federal; Réus: Venbo Comércio de Alimentos Ltda., Arco Dourados Comércio de Alimentos Ltda. e Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda, j.03.07.0).

³⁴⁹ Conforme sumarizado na ementa da mencionada Apelação Cível n. n. 566.275-4/7: “Sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas”

O controle da publicidade, portanto, deve caminhar lado a lado com as políticas públicas de educação ao consumo racional e a uma alimentação saudável, mas não se pode atribuir a essa atividade econômica a razão única e principal dos problemas sociais existentes. Sendo, porém, a publicidade um fator de influência sobre o público infantil, limites de horário e de conteúdo à sua veiculação, quando direcionada às crianças, pessoas ainda em desenvolvimento, se justificam. No Reino Unido, por exemplo, é proibida a publicidade de produtos relacionados à programação infantil duas horas antes e duas horas depois do programa, de forma a evitar um apelo excessivo ao seu consumo pelas crianças.³⁵⁰

Neste contexto de promoção de um controle mais efetivo da publicidade infantil, recentemente, foram adotadas novas medidas envolvendo o marketing de alimentos para crianças nos Estados Unidos³⁵¹ e na Europa³⁵². Trata-se de um compromisso público firmado no âmbito da autorregulamentação e que contou com a adesão de 13 grandes empresas de alimentos do mundo. Através de suas normativas,

---

³⁵⁰ *Independent Television Commission (ITC) Rules on Amount and Scheduling of Advertising*, seção 4 (*Particular Separations of Advertisements and Programmes*): “4.2.2. Merchandise Based on Children's Programmes: Advertisements for merchandise based on children's programmes must not be broadcast in any of the two hours preceding or succeeding episodes or editions of the relevant programme”. Trata-se de norma autorregulamentar.

³⁵¹ Os Estados Unidos possuem, desde novembro de 2006, um programa de autorregulamentação elaborado pelo *Council of Better Business Bureaus* (BBB), com adesão das principais indústrias de alimentos e denominado *Children's Food and Beverage Advertising Initiative* (CFBAI). O CFBAI permite a autorregulamentação de toda publicidade de alimentos e bebidas direcionada a crianças a partir de um mecanismo peculiar: a apresentação, pelas próprias empresas anunciantes, dos compromissos que pretendem implementar. Todos esses compromissos devem se ajustar ao que é sugerido pelo *Council of Better Business Bureaus*, mas cada *pledge* é apresentada individualmente e está registrada para consulta no site do BBB. Para maiores informações sobre tais acordos, v., ainda KOLISH, Elaine D.; PEELER, C. Lee. *Changing the landscape of food and beverage advertising: the children's food and beverage advertising initiative in action – a progress report on the first six months of implementation: July-December 2007*. Council of Better Business Bureaus, 2008.

³⁵² Os compromissos firmados por 12 empresas do ramo de alimentos e bebidas na Europa denomina-se “*The European Union Pledge*”. Este documento foi elaborado em termos bastante parecidos com aqueles apresentados para o mercado dos Estados Unidos (i.e., CFBAI) e firmado por quase todas as mesmas empresas. Os critérios de regulação objetivam também, dentre outros, adequar os produtos a condições nutricionais desejáveis, reduzir ou cessar a utilização de personagens famosos, limitar a publicidade em escolas, não realizar publicidade em programas infantis direcionados para crianças e promover publicidade de mensagens que promovam práticas saudáveis. Quanto ao âmbito de aplicação destes compromissos, as *pledges* afirmam que são válidos para todos os 27 países da União Européia e deveriam ser implementados a partir de janeiro de 2009 pelas empresas signatárias (os compromissos encontram-se disponíveis em <http://www.eu-pledge.eu/>. Acesso em: 23 jun. 2009).

objetiva-se cessar a publicidade de alimentos para crianças abaixo de 12 anos ou destinar a maior parte de suas publicidades apenas para produtos assim chamados *better-for-you*, cujo teor nutricional seja reduzido em açúcar, sódio e gordura, conforme critérios de nutrição de cada empresa.

Assim, algumas empresas comprometeram-se a não mais veicular publicidade de seus alimentos em mídias cuja audiência seja constituída prioritariamente por crianças abaixo de 12 anos.³⁵³ Outras, adotando também o critério da audiência infantil, comprometeram-se a destinar 100% de sua publicidade apenas para produtos mais saudáveis.³⁵⁴ Também fez parte do acordo de autorregulamentação a redução do uso de personagens mediáticos famosos (*third-party-licensed character*) e a sua utilização apenas na publicidade de produtos que satisfaçam critérios nutricionais mais saudáveis³⁵⁵, bem como a cessação de veiculação de publicidades de alimentos em escolas de ensino básico.

No Brasil, seguindo essa tendência mundial, em 25 de agosto de 2009, vinte e três empresas do setor alimentício firmaram “Compromisso Público”, também no âmbito da autorregulamentação, no que tange à publicidade de alimentos e bebidas para

---

³⁵³ Três empresas, Coca-Cola, Hershey e Mars, comprometeram-se a não mais anunciar seus produtos diretamente para crianças abaixo de 12 anos em mídias cuja audiência seja *prioritariamente* por elas constituída. O critério de audiência, no entanto, não é uniforme entre as empresas, variando de compromisso para compromisso. Para a Coca-Cola uma audiência é majoritariamente de criança quando ultrapassa 50% ou mais desse público; para a Hershey quando supera o percentual de 30% e; para a Mars quando supera 25%, adotando esta última, o percentual mais restritivo e benéfico de audiência. À título de exemplo, reproduzimos os termos pelos quais a Coca-Cola se comprometeu em julho de 2007, ao CFBAI: “All our products are wholesome and suitable for all consumers. At the same time, we understand that children are impressionable, and we respect the role of parents and caregivers in raising children. Therefore, we are committed not to directly market messages for any of our beverages to children under 12. We have historically not placed – and continue the practice today of not placing – advertising for any of our beverages on any media that is primarily directed to, and has an audience of 50% or more, children under the age of 12”. (http://www.bbb.org/us/storage/0/Shared%20Documents/CBBB%20Pledge%20v20_FINAL_70507.pdf Acesso em: 23 jun. 2009).

³⁵⁴ Todas as outras 10 empresas assumiram este compromisso, variando, no entanto, os respectivos critérios acerca do que consiste uma “audiência constituída predominantemente por crianças”.

³⁵⁵ Um exemplo deste compromisso pode ser encontrado no que foi submetido ao *Children’s Food and Beverage Advertising Initiative* (CFBAI) pelo McDonald’s, em julho de 2007: “McDonald’s will limit its use of third-party licensed characters in paid advertising primarily directed to children under 12 to the promotion of “healthy dietary choices.” McDonald’s will limit its use of third-party licensed characters on McDonald’s owned websites primarily directed to children under 12 to the promotion of “healthy dietary choices” or “healthy lifestyle messages.” McDonald’s intends to accomplish this objective by utilizing licensed characters primarily in conjunction with the Advertised Meal or the components of that meal”. (http://www.bbb.org/us/storage/0/Shared%20Documents/FOOD_PLEDGE_CBBB.pdf Acesso em 23.06.09).

crianças.³⁵⁶ Dentre as obrigações assumidas, encontra-se a de não fazer publicidade de alimentos ou bebidas para crianças em televisão, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças abaixo de 12 anos, excetuando-se, contudo, a publicidade de produtos “cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas”. O Compromisso prevê ainda, tal qual ocorreu na Europa e Estados Unidos, que os critérios nutricionais “serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias”. As empresas igualmente se comprometeram a não realizar, nas escolas, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam os referidos critérios nutricionais.

Os acordos acima mencionados, tanto nos Estados Unidos e Europa, quanto no Brasil delimitam uma preocupação com o tema da publicidade de alimentos direcionada às crianças, mas receberam críticas severas daqueles que entendem ainda ser necessário uma regulamentação mais forte envolvendo a matéria, com restrições mais duras de conteúdo e horário de veiculação da publicidade para crianças abaixo de 12 anos, bem como da realização, pelas empresas, de promoções e brindes associados à aquisição de produtos alimentícios.³⁵⁷

A matéria certamente ainda sofrerá mudanças, impondo-se nesta tarefa a harmonização dos diversos interesses envolvidos, mas nunca se esquecendo daquele que deve ser o elemento central a nortear toda esta discussão, qual seja, a proteção da criança

---

³⁵⁶ As empresas signatárias de tal compromisso foram: AmBev, Batavo, Bob's, Burger King, Cadbury, Coca-Cola Brasil, Danone, Elegê, Ferrero do Brasil, Chocolates Garoto, General Mills Brasil, Grupo Bimbo, Schincariol, Kellogg's, Kraft Foods, Mars Brasil, McDonald's, Nestlé Brasil, Parmalat Brasil, Pepsico – Alimentos, Pepsico-Bebidas, Perdigão, Sadia e Unilever Brasil.

³⁵⁷ Dentre as críticas, noticiou o Estado de S. Paulo que “entidades de defesa do consumidor consideraram uma boa notícia a autorregulamentação da propaganda anunciada pela indústria alimentícia e pelas agências, mas acham insuficiente para controlar o setor e fazer com que crianças sejam menos expostas a alimentos não saudáveis. Na opinião das representantes dessa entidades, é necessário que seja criado uma legislação para restringir a publicidade de alimentos e punir os infratores – exatamente o que prevê a regulamentação da Anvisa”. Dentre as brechas levantadas, argumenta o IDEC a adoção do critério da audiência, pois considera difícil defini-lo com exatidão, além do percentual de 50% alcançar poucas programações sendo recomendável a adoção de critério que leve em conta o horário de programação infantil.. A crítica também se dirige ao fato de que não foram previstas restrições à utilização de personagens do universo infantil e ao fim de distribuição de brindes que acompanham os alimentos. (Estado de S.Paulo, quarta-feira, 26.08.2009, A 21 e também Folha de S.Paulo, 26.08.09, Cotidiano, C1). As empresas, no entanto, declararam que vão respeitar o bom-senso, ou seja, que não anunciarão na programação infantil. (Folha de S.Paulo, 26.08.09, Cotidiano, C3).

enquanto pessoas em desenvolvimento, desprovidas de uma capacidade de julgamento claro ou experiência no convívio social.

4.3.3.4. Indução do consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança

Finalmente, o § 2º do artigo 37 do CDC também exemplifica como abusiva a publicidade que possa induzir o consumidor a adotar comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança. Trata-se de previsão que tem como *ratio* impedir que a publicidade contenha elementos ou representações que possam levar o consumidor a descuidar-se do seu normal dever de cautela. A publicidade não deve servir de modelo para comportamentos perigosos, tutelando-se, com este dispositivo, o valor constitucional da vida e da segurança dos consumidores.

A publicidade se mostra, portanto, abusiva quando ela apresenta potencialidade de induzir os consumidores a negligenciar as normais regras de prudência e vigilância, levando-os à comportamento perigoso ou irresponsável. Tratando-se de produto perigoso ou potencialmente nocivo, deve ainda a publicidade advertir para os riscos de sua utilização.

Vale notar, no entanto, que a publicidade de produtos lícitos e de *periculosidade inerente* não se configuram abusivas somente por esta razão. Tais produtos, justamente por serem *notoriamente* perigosos, assim reconhecidos imediatamente pelo consumidores, pressupõem uma utilização específica. Além disso, em regra, tais produtos são regulamentados de modo especial por Lei ou por normativas dos órgãos de vigilância sanitária que lhes impõem, na sua oferta e publicidade, a obrigação de advertência específica.

A periculosidade intrínseca é aquela que decorre do uso normal e típico do produto e não como resultado de sua utilização imprópria ou anormal.³⁵⁸ Assim, uma

---

³⁵⁸ Se a publicidade eventualmente retratar uma situação de “uso impróprio do produto” deve o julgador checar, no exame do caso concreto, se não se trata de um exagero das características dos bem, equiparável a

publicidade de bebida alcoólica, por exemplo, não se mostraria abusiva em razão do produto em si mesmo, mas apenas caso incentivasse os consumidores a um uso impróprio (excessivo) do produto, tornando-se suscetível de colocar em risco a saúde e segurança do consumidor (ex: direção e bebida).

Nesse passo, o simples fato de existirem anúncios de produtos de periculosidade inerente, e cuja característica é *notoriamente* sabida pelo público consumidor, não se configura, *per se*, um incentivo a determinado comportamento prejudicial. A publicidade desses produtos, como dissemos, recebem regulamentação específica, e, em alguns casos, como dos produtos fumíferos (cigarro), encontra-se extremamente restringida por lei.

A normativa ora estudada, portanto, não alcança a publicidade de produtos *notoriamente* perigosos e cuja utilização (normal) se presume que os consumidores adotem, de qualquer forma, certas cautelas. No entanto, tais publicidades, além de veicularem as advertências legais acerca dos riscos, mais do que nunca, não devem promover comportamentos imprudentes.

Poderíamos imaginar situações de abusividade, caso uma publicidade de medicamentos empregasse imperativos para o seu consumo direto, sem maiores cuidados, inclusive, visita ao médico, levando os consumidores à automedicação; ou ainda uma publicidade que exaltasse que certo remédio possui qualidades milagrosas, menosprezando o diagnóstico médico.³⁵⁹ Assim, na Itália, por exemplo, foi considerada prejudicial à saúde dos consumidores publicidade dirigida especificamente aos caminhoneiros acerca de um

---

uma manifesta hipótese publicitária, imediatamente perceptível pelos consumidores, resultando, portanto, incapaz, até mesmo potencialmente, de levar o consumidor a descuidar das normais regras de prudência. Neste sentido, adverte a doutrina italiana, cf. *Codice del Consumo...* (a cura di Vincenzo Cuffaro), p.115.

³⁵⁹ A ANVISA possui uma proposta de regulamentação específica acerca da publicidade de medicamentos, tanto daqueles cuja venda exige prescrição médica, quanto dos que são isentos de prescrição. Trata-se da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 96, de 17 de dezembro de 2008 que “dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos” que teve, porém, a sua vigência suspensa por força de parecer do então Advogado Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, por entender que o órgão regulatório teria excedido sua competência legal, cuja matéria (publicidade) exigiria a edição de Lei Federal nos termos do artigo 220, § 4º da CF.

remédio que evitava o cansaço e possibilitava viagens de longos percursos, incitando a comportamento imprudente.³⁶⁰

Há ainda produtos ou serviços que não apresentam um perigo em si mesmo, mas cujo *uso* pode se tornar prejudicial à saúde e segurança dos consumidores, como os veículos e os alimentos. A publicidade de automóveis não deve, por exemplo, representar situações de direção irresponsável e que possam ser reproduzidas na vida real pelos consumidores. No caso dos alimentos, destaque-se a hipótese, cada vez mais quotidiana, de mensagens publicitárias atrelando a determinados produtos alimentícios funções medicinais ou terapêuticas³⁶¹, o que, necessariamente, implica um maior cuidado e responsabilidade por parte dos anunciantes. Recentíssima polêmica versa nesse sentido envolvendo o serviço de bronzeamento artificial. A despeito das várias facetas desse episódio, nos Estados Unidos da América iniciou-se processo por publicidade enganosa e, por certo, igualmente abusiva, na oferta do serviço, uma vez que as empresas não teriam informado aos consumidores sobre a possibilidade de câncer de pele em razão do seu uso continuado, induzindo-os, por conseguinte, a adotar comportamento prejudicial a sua saúde.³⁶²

Não é preciso dizer que a abusividade que incita a comportamento perigoso só tem lugar quando verificado nexos causal entre a conduta relatada na publicidade e o dano, ainda que potencial. Quando o comportamento impudente ocorre por culpa exclusiva do consumidor, que tendo plena consciência do perigo e/ou das advertências expostas, ainda assim assume a conduta, nenhuma responsabilidade se poderá imputar ao anunciante.

Cumpramos observar que, em relação a esse tipo de abusividade, é possível que em certas situações o critério do consumidor típico se mostre útil para uma melhor aferição do potencial abusivo da mensagem, avaliando-se a periculosidade da publicidade sob a ótica

---

³⁶⁰ *Codice del consumo...* (a cura di Vincenzo Cuffaro), p.114.

³⁶¹ Os rótulos e a publicidade de alimentos que se utilizem de *claims* de propriedades funcionais e/ou de saúde devem observar as normativas específicas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que traçam orientações para evitar o abuso e/ou enganabilidade aos consumidores no uso de tais alegações publicitárias. Acerca da legislação específica cf. <http://www.anvisa.gov.br/alimentos/comissoes/tecno.htm>

³⁶² <http://www.ftc.gov/opa/2010/01/tanning.shtm> Conforme descrito pelo próprio FTC: “The Federal Trade Commission today charged the Indoor Tanning Association with making false health and safety claims about indoor tanning. Contrary to claims in the association’s advertising, indoor tanning increases the risk of squamous cell and melanoma skin cancers, according to the FTC complaint.”

das pessoas por ela alcançadas, isto é, das pessoas sujeitas (ou não) a adotar o comportamento perigoso repreendido, como bem posicionado pela doutrina italiana.³⁶³

Destarte, ao investigar o potencial abusivo da publicidade o julgador poderá se valer dos critérios estudados para a investigação dos consumidores destinatários (consumidor típico), tais como a natureza ou a finalidade que o produto visa satisfazer, o conteúdo da mensagem em relação ao veículo utilizado, a sua abrangência (se para crianças ou adultos), dentre outros dados que poderão ser valiosos ao julgador na análise do caso concreto e da efetiva capacidade da publicidade induzir ao comportamento perigoso ou prejudicial à saúde e segurança dos consumidores.

A presente norma consumerista do CDC trava, pois, uma relação entre publicidade e segurança dos consumidores, vedando-se que as comunicações publicitárias proponham modelos comportamentais perigosos à sua saúde e segurança ou que possam induzi-los à inobservância das normais regras de cuidado e diligência.

A esse respeito, ressaltamos recente pronunciamento do PROCON/SP, que reprovou a publicidade de duas cervejarias que enalteciam a qualidade de “proteção” e “incolumidade” do bocal de suas latas de cerveja, haja vista a existência de um selo “protetor” apostado à elas (publicidade da “cerveja seladinha”), qualidade protetiva esta, contudo, que não teria sido comprovada pelas anunciantes. Tais publicidades, além de serem compreendidas como enganosas acerca da “qualidade protetiva” do produto, induziam os consumidores a negligenciarem a sua normal prudência, deixando de efetuar a regular a limpeza do bocal da lata antes de consumir o produto. Nesse sentido, essas publicidades foram compreendidas como também potencialmente abusivas por induzirem os consumidores a comportamento prejudicial à sua saúde.³⁶⁴

---

³⁶³ “La presunzione di notorietà del pericolo insito in un bene può essere problematica. Può assumere all’uopo rilevanza lo specifico target cui è rivolta la pubblicità: un messaggio, che abbia ad oggetto un prodotto la cui pericolosità è ignota ai più ma nota al pubblico specializzato cui la promozione è unicamente rivolta, può reputarsi lecito anche in assenza di specifiche avvertenze. Sarebbe quindi irrealistico assumere sempre come target di riferimento un modello astratto di consumatore-medio, dovendosi piuttosto dare spazio allo specifico grado di avvedutezza ed esperienza del target di specie. (...) Dovrà altresì tenersi conto della posizione occupata dal destinatario dell’informazione pubblicitaria, differenziando così la valutazione della notorietà dei rischi a seconda che la pubblicità sia rivolta al consumatore finale o a distributori o dettaglianti intermedi” (*Codice del Consumo*..., p.115).

³⁶⁴ Neste sentido, cf.. Auto de Infração nº2034 (lavrado contra a cervejaria Petrópolis) e Auto de Infração nº2036 (lavrado contra a cervejaria Primo Schincariol), ainda pendentes de trânsito em julgado administrativo.

4.4. Os meios de sondagem como recurso para definição do caráter enganoso ou abusivo da publicidade: vantagens e dificuldades.

Tendo como preocupação a capacidade do julgador em ser um fiel intérprete da psicologia coletiva na análise da enganabilidade ou abusividade do ponto de vista do consumidor típico, alguns autores julgam útil a adoção de técnicas de sondagem (pesquisa de opinião) para alcançar a exata reação do público-alvo diante de certa publicidade, evitando-se, assim, um extremado subjetivismo por parte do julgador.³⁶⁵

No âmbito da Comunidade Européia, a discussão sobre o uso de tais meios de prova para aferição do caráter enganoso da publicidade foi abordado no bojo da decisão do Tribunal Europeu, a saber, no já mencionado caso “*Gut Springenheide*” (1998). Em sede deste processo, discutiu-se sobre a *possibilidade* de se recorrer às pesquisas de opinião com o objetivo específico de auxiliar o julgador na análise interpretativa da mensagem, caso este encontre dificuldades em tipificar o caráter enganoso da publicidade.³⁶⁶ De fato, avaliar se uma mensagem é ou não suscetível de induzir em erro os destinatários é matéria submetida à livre apreciação do julgador, mas em certas circunstâncias, o magistrado poderá valer-se de meios de sondagem para formar sua convicção.

---

³⁶⁵ Segundo FUSI-TESTA-COTTAFI, *Pubblicità Ingannevole...*, p.115-116, para a análise da indução em erro “se exige do julgador um juízo extrajurídico, ou mais precisamente, de tipo sociológico, ou melhor ainda, sócio-psicológico, já que para se estabelecer se uma certa comunicação é idônea a levar ao engano a coletividade comporta necessariamente a capacidade de prever as reações dos integrantes do grupo social que por ela são alcançados”. Diante dessa constatação, os autores colocam a pergunta “se o julgador estaria sempre em condições de interpretar com exatidão um fenômeno que jurídico não é, e que faz parte de uma disciplina em respeito a qual não se pode seguramente definir-se um espectro”. Para então adiante concluírem que a utilização de pesquisas de opinião forneceriam elementos reais de convencimento ao julgador, sem temer cair em uma interpretação viciada de juízo pessoal: “per mezzo di esse [tecnica di sondaggio e perizie demoscopiche] il giudicante potrebbe avere l’esata nozione delle concrete reazioni del pubblico e quindi basare il proprio convincimento su elementi reali, senza tema di cadere in interpretazioni vizianti da personalismi e da deformazioni prospettiche, o anche solo da mancanza di dati oggettivi” (*idem*, p.119).

³⁶⁶ Assim é a decisão do TJCE: “In order to determine whether a statement intended to promote sales of eggs is liable to mislead the purchaser, in breach of Article 10(2)(e) of Regulation (EEC) No 1907/90 of 26 June 1990 on certain marketing standards for eggs, the national court must take into account the presumed expectations which it evokes in an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect. However, Community law does not preclude the possibility that, where the national court has particular difficulty in assessing the misleading nature of the statement or description in question, it may have recourse, under the conditions laid down by its own national law, to a consumer research poll or an expert's report as guidance for its judgment” (Processo C-210/96, j. em 16/07/1998, *Gut Springenheide e Rudolf Tusky*).

Com efeito, as pesquisas de opinião – realizadas por institutos idôneos e especializados em interrogar – podem ser um importante instrumento na demonstração da percepção do consumidor típico diante de uma mensagem cuja enganosidade ou abusividade esteja sob análise, auxiliando o julgador na sua decisão. Como observam os especialistas que defendem esse meio de prova, antes mesmo de ser difundida uma campanha publicitária são realizados *tests* demoscópicos próprios para verificar o seu impacto persuasivo, de modo que parece lógico que o julgador percorra, *a posteriori*, o mesmo *iter* na avaliação de eventual enganosidade da publicidade.³⁶⁷ Ademais, por meio de tais pesquisas evitar-se-ia que os órgãos julgassem de formas diversas e até mesmo contraditórias o comportamento do consumidor médio diante de uma publicidade tida como enganosa.³⁶⁸

Há certamente grandes vantagens na utilização das pesquisas de opinião como forma de avaliação da ilicitude de certa publicidade no âmbito da tutela difusa. No entanto, não são menores as dificuldades para utilização desse meio de prova.

A primeira dificuldade é de ordem prática e se refere aos aspectos de custo, tempo e garantia do contraditório na produção de tal prova. Qualquer tipo de teste que se busque fazer tendo em conta o público-alvo da publicidade demandará, por exemplo – como qualquer prova pericial – , um custo bastante elevado para as partes, o que nem sempre será viável. Ademais, o tempo necessário para a maturação de tais pesquisas é, por certo, considerável, de modo que em casos de urgência ou em sede cautelar, tal prova se tornará inviável em tempo hábil.³⁶⁹ Não se pode desconsiderar que, muitas vezes, as pesquisas poderiam surgir em momento processual muito distante da veiculação da

---

³⁶⁷ “Chi scrive è senz’altro favorevole alla introduzione in sede di giudizio di questi metodi di rilevazione, anche perchè essendo normale che prima di essere diffuse le campagne pubblicitarie vengano sottoposte a *tests* demoscopici proprio per verificarne l’impatto persuasivo – sembra assolutamente logico che chi giudica percorra, *a posteriori*, lo stesso *iter* per valutarne l’eventuale ingannevolezza” (FUSI-TESTA-COTTAFIVI, *Pubblicità Ingannevole...*, p.120).

³⁶⁸ Neste sentido, entende RAMÍREZ, Felipe Palau, “Últimos Desarrollos sobre los sondeos de opinión como medio probatorio del engaño”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, p.15 “...la falta de realización de pruebas empíricas acerca de la imagen que los consumidores se representan de la conducta enjuiciada permite que con bastante facilidad los Tribunales lleguen a dictar pronunciamientos que se contradicen acerca del mismo supuesto, sin dar una argumentación suficiente en favor de una o de otra solución”.

³⁶⁹ Neste sentido, concordam FUSI-TESTA-COTTAFIVI, *ob. cit.*, p.121; PALAU RAMÍREZ, Felipe, *ob. cit.*, p.15.

publicidade objeto de análise, quando ela já desapareceu da mídia, prejudicando demasiadamente a percepção e, por conseguinte, a resposta dos participantes da pesquisa.

Um segundo e, porém, ainda mais fundamental aspecto diz respeito à interpretação da pesquisa, isto é: qual seria o *percentual* a partir do qual uma mensagem poderia ser tida como lícita ou ilícita, tendo como base resultados de pesquisas de opinião? Qual seria o percentual admitido como suficiente para se concluir que os destinatários foram induzidos em erro ou que o poderiam efetivamente ter sido a partir da publicidade veiculada? Como se vê, a resposta não é nada simples e pode ser dificultada ainda mais se os critérios adotados para a realização da pesquisa de sondagem não forem totalmente claros, conclusivos e estatisticamente consistentes.

O Tribunal Europeu não enfrentou tais questões no mencionado caso *Gut Springenheide*, limitando-se apenas a admitir a possibilidade de o julgador recorrer à técnica de sondagem ou exame pericial para auxiliar na interpretação do caráter enganoso da publicidade.

Na doutrina estrangeira, Felipe Palau Ramírez, ao discorrer sobre a questão do *percentual* a ser adotado como indicativo da indução em erro dos consumidores a partir de pesquisas de opinião, observa que à autoridade julgadora não é permitido substituir-se à função legislativa, ficando consignado que o julgador não goza de liberdade absoluta para fixar dito percentual uma vez que este deve se adaptar, de um lado, aos elementos normativos do ato enganoso e, de outro, aos princípios de valoração da prova de forma crítica. E conclui que o percentual deverá ser suficientemente elevado para representar a imagem do consumidor médio, podendo variar no caso concreto, tanto em atenção à idoneidade e validade da pesquisa, quanto em atenção à valoração de outros meios de prova.³⁷⁰

---

³⁷⁰ RAMÍREZ, Felipe Palau. *Últimos Desarrollos sobre los sondeos de opinión como medio probatorio del engaño...*, p.16: “...el juez no goza de libertad absoluta para fijar dicho porcentaje sino que este debe adecuarse a los elementos normativos de lacto de engaño, de un lado, y de otro, a los principios de valoración de la prueba de la sana critica. De este modo, el porcentaje deberá ser lo suficientemente elevado para representar la imagen del consumidor medio y podrá variar en el caso concreto tanto en atención a la fiabilidad y validez del sondeo como a la valoración de otros medios de prueba”. O mesmo autor observa ainda que este tem sido o entendimento do *Jurado de Autocontrol de la Publicidad* na Espanha, que “partiendo de la fiabilidad del sondeo aportado, hace correctamente una valoración conjunta del mismo con las otras pruebas y el porcentaje que considera relevante cambia de un supuesto a otro atendiendo a las

Parece-nos correto o entendimento do espanhol Palau Ramírez no sentido de que, frente ao silêncio do legislador sobre o tema, a adoção arbitrária de um percentual muito baixo na análise da indução em erro quando de pesquisas de opinião poderia resultar no falseamento do equilíbrio entre as exigências de proteção dos consumidores e a livre circulação de mercadorias.³⁷¹ Tal situação por certo conduziria ao falseamento da desejada harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (art.4º, III, CDC), pois se condenaria uma publicidade que, à vista de seu conteúdo, foi bem compreendida pela quase totalidade dos consumidores em detrimento de uma minoria voluntariamente desavisada e que não reapresenta o conceito do consumidor médio.³⁷²

---

circunstancias del caso, en particular a las respuestas dadas a otras cuestiones y al sentido de las restantes pruebas”. (*id. ibidem*).

³⁷¹ O jurista espanhol relata-nos, neste particular, que a jurisprudência alemã desenvolveu o princípio de que, um percentual entre 10-15% poderia ser considerado insignificante para afirmar a indução em erro do consumidor, embora convenha, certamente, adotar critérios mais estritos às mensagens publicitárias sobre alimentos ou que façam referência à saúde, em cujos casos já não se pode considerar insignificante um percentual menor a 10% dos consumidores enganados (PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Últimos Desarrollos sobre los Sondeos de Opinión...*, p.6), *verbis*: “se parte de que el Derecho comunitario no se opone al recurso a los sondeos de opinión o a los informes de expertos para apoyar la decisión acerca la existencia de inducción a error de los órganos nacionales encargados de aplicar las prohibiciones de engaño. Por otra parte, la Comisión informa que la jurisprudencia alemana da desarrollado el principio de que, dependiendo del caso particular, un porcentaje entre al 10 y el 15% puede considerarse insignificante para afirmar la inducción a error del consumidor, aunque conviene, ciertamente, aplicar criterios mas estrictos a los mensajes publicitarios sobre alimentos o que hacen referencia a la salud, en cuyo caso puede considerarse que ya no es insignificante un porcentaje menor a un 10% de consumidores engañados”. No mesmo sentido, v. METZ, Alexander, *Verbraucherschützende Informationspflichten...*, p. 127

³⁷² Na jurisprudência europeia encontramos julgado da *Audiencia Provincial de Barcelona* envolvendo publicidade e embalagem de produto denominado “yogurt grego”. A enganosidade sobre a origem do produto foi afastada tendo em conta, dentre outros, a realização de duas pesquisas de opinião, cujos resultados demonstraram a ausência de potencial enganoso da publicidade do produto. A primeira pesquisa de sondagem realizada pela empresa Metra-Seis foi feita com 350 donas de casa em 5 principais cidades espanholas e seus resultados foram: a) diante da reprodução de vinhetas com fotos da peça publicitária originariamente veiculada nas campanhas televisivas do produto: 57,7% entendeu que se tratava de uma variedade de yogurt fabricado na Espanha, 36% que se tratava de um yogurt elaborado na Espanha com receita grega e apenas 6,3% que o produto procedia da Grécia e; b) à vista da sua embalagem: 99,7% entendeu que o yogurt se fabricava na Espanha e apenas 0,3% que se elaborava na Grécia. A segunda pesquisa, realizada pela empresa Taylor Nelson Sofres, formou-se com a opinião de 420 donas de casa, compradoras de yogurt nas últimas 4 semanas em 6 das principais cidades espanholas e se constatou que: a) à vista do anúncio publicitário na televisão e no qual se apresentava abaixo da figura da embalagem as palavras “yogur a la receta griega. Fabricado en España”, constatou-se que: 56,4% considerou que o yogurt era fabricado na Espanha e que a referência à Grécia se constituía um mero argumento publicitário, 42,6% entendeu que o yogurt era fabricado na Espanha com receita grega e apenas 1% entendeu que era proveniente da Grécia e; b) em contemplação ao envase, à distância dele e sem segurá-lo: 83,3% entendeu que o produto não era grego e esse número aumentava para 98% uma vez tomado o envase nas mãos e contemplada a informação que a etiqueta continha sobre a localização de fabricação (Partes del Vallés, en la provincia de Barcelona) e sobre sua elaboração conforme uma receita grega. A partir destas pesquisas e à luz dos demais elementos do caso, conclui a *Audiencia Provincial* que: “Esos datos, que arrojan unos tantos por ciento bajos de consumidores errados (en algún caso, estadísticamente intrascendentes), puestos en relación con el modelo de destinatario del mensaje al que hay que referir el riesgo de error sobre la procedencia geográfica del yogurt

Ademais, a corroborar o argumento de que, em princípio, deve-se realmente descartar a utilização de percentuais mínimos no caso de pesquisas de opinião, não se pode desconsiderar o fato de que sempre que o legislador deseja, por conta da natureza do produto (grau de nocividade), possibilitar uma rede de proteção ainda mais efetiva para os consumidores, torna-se comum e até necessário, a criação de regras mais específicas e rigorosas sobre a sua publicidade (horários, meios de difusão, etc.), comercialização (autorizações prévias pelos órgãos competentes, proibições específicas de venda a menores, etc.) e fabricação (requisitos e padrões mínimos para produção).

Feitas estas considerações, verifica-se sem grande dificuldade que a matéria, como dissemos, é casuística e o potencial enganoso varia de caso para caso, conforme o público-alvo da mensagem, a natureza do produto ou serviço anunciado, o meio de difusão utilizado, etc., critérios estes que, de modo global, podem e devem ser levados em conta pelo julgador no exame da maior ou menor capacidade de compreensão e discernimento do público consumidor diante da mensagem publicitária.

Nesse contexto, o uso de pesquisas de opinião como meio apto a demonstrar o caráter lícito ou ilícito de uma publicidade, é legítimo e pode ser utilizado por qualquer uma das partes no processo com grande grau de efetividade. Contudo, este meio de prova apresenta limitações práticas e econômicas que podem tornar inviável a sua adoção em certos casos ou até mesmo desnecessária se o julgador, a partir de uma análise global dos diversos elementos já à sua disposição e na aplicação do princípio do livre convencimento motivado (CPC 131), já estiver em plenas condições de proferir o seu entendimento a respeito da publicidade objeto de questionamento.

(eso es, una persona normalmente informada y razonablemente atenta e perspicaz), unidos a la objetiva inclusión en la etiqueta que rodea el envase de las significativas palabras receta griega y la mención del lugar de elaboración, en España, llevan a la conclusión, en una valoración ex post u tras un examen conjunto de los elementos diversos que integran dicho etiquetado, de que el adjetivo griego, junto al sustantivo yogur, indica con suficiente claridad un modo de elaboración (peculiar o distinto según admitió al confesar la demandante, folios números 549 e 552, posición sexta) y no puede inducir a error a un destinatario normalmente informado y atento sobre la procedencia geográfica del mismo” (Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 26 de marzo de 2002, Sección Quince, Fage Dairy Industry vs Danone, e que confirma o juzgado de primera instancia n.43 de Barcelona).

Seja como for, importante repisar que, sempre que utilizada para a análise do caráter enganoso ou abusivo de uma mensagem, as pesquisas devem ser valoradas com prudência e em conjunto com os diversos elementos que gravitam em torno do caso concreto³⁷³, sob pena de perda de percepção sobre o complexo universo no qual se inserem publicidade e os consumidores atingidos.

---

³⁷³ Nesse sentido, v. também PLAZA, Anxo Tato. En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia..., p.2.

CAPÍTULO 5º

AS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS E O SEU CONTROLE PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Consequência lógica dos princípios teóricos e jurídicos que informam o sistema da publicidade já estudados é a sua aplicação prática no desenvolvimento das atividades publicitárias, impondo-se a sua observância pelo fornecedor nas mais diversas modalidades ou técnicas mercadológicas.

A seguir procuramos, portanto, adentrar mais concretamente ao universo das principais técnicas publicitárias utilizadas na atualidade, a saber: publicidade oculta, *teaser*, exagero publicitário, publicidade de tom excludente, testemunhal e comparativa, para, então, apresentar uma avaliação jurídica acerca dos seus pontos críticos à luz do arcabouço normativo trazido pelo CDC em seus artigos 36 a 38 e também dos critérios de interpretação propostos no estudo da enganiosidade e abusividade.

5.1. Publicidade oculta

A publicidade, enquanto atividade destinada a promover a aquisição de bens e serviços no mercado, deve ser clara e imediatamente identificada como tal por parte dos seus destinatários. É o que determina o artigo 36 do CDC. Como estudamos no Capítulo 3º *retro*, o princípio da identificação encontra-se previsto, direta ou indiretamente, nas mais diversas legislações do mundo e visa a assegurar que o consumidor tenha sempre consciência de que certa mensagem tem por objetivo ofertar-lhe algum produto ou serviço. Trata-se de princípio que protege o consumidor dos efeitos da publicidade ao repelir o ocultamento da sua natureza promocional

Em regra, a publicidade se apresenta através de mensagens cujo caráter publicitário é naturalmente percebido pelos consumidores, seja pela fácil e imediata identificação da marca e do fornecedor anunciante, seja porque o seu conteúdo denuncia claramente o propósito de estimular a oferta/demanda de bens e serviços. Tais mensagens se manifestam com aspecto exterior por assim dizer “institucionalizado”³⁷⁴, pois geralmente ocupam um espaço específico nos meios de comunicação de massa, mediante pagamento ou remuneração, sendo imediatamente identificadas pelos destinatários. Assim ocorre junto aos tradicionais meios de comunicação de anúncios impressos em jornais e revistas ou por meio de mensagens veiculadas nos intervalos de programas de rádio e televisão ou veiculadas na internet em espaço promocional específico, os *outdoors*, *banners*, *busdoors*, etc.

Contudo, existem mensagens nas quais esta função promocional não está tão claramente identificada, exibindo a “aparência” de uma mensagem objetiva ou que não provém do fornecedor do produto ou serviço do qual se fala. Esse tipo de mensagem é denominada pela doutrina de *publicidade oculta* (encoberta, camuflada ou simplesmente clandestina) e pode ser conceituada como a mensagem que se apresenta sob a aparência de uma informação neutra e desinteressada sem revelar de modo suficiente – seja pela sua forma ou conteúdo – o seu caráter publicitário. Trata-se de publicidade que viola diretamente o princípio da identificação da mensagem publicitária pelo consumidor, o que significa dizer que se está diante de modalidade de publicidade, *a priori*, rejeitada pelo nosso ordenamento jurídico. A publicidade oculta é uma publicidade enganosa nos termos dos artigos 36 *caput* e 37 do CDC, afinal este último dispositivo dispõe que a indução em erro pode ser dar “*por qualquer outro modo*”, o que inclui a sua apresentação.

Com efeito, na definição de Fernandez Nóvoa a publicidade encoberta é aquela “que se mostra aos olhos dos consumidores como uma informação objetiva que camufla a

---

³⁷⁴ Neste sentido, FUSI, TESTA e COTTAFI, *Publicità Ingannevole...*, p.169. A publicidade incontestavelmente evidente é assim chamada pelos italianos de “tabellare”, por exprimirem este aspecto institucionalizado na forma de sua apresentação. Informam-nos ainda os mesmos autores que a *Raccolta di Usi Pubblicitari della Provincia di Milano* define publicidade “tabellare” como “qualquer forma de mensagem publicitária difusa em modo específico e que ocupa um espaço nos meios de comunicação regulamentados por meio de tarifa” (*id. ibidem*, rodapé n.3, no original: “qualsiasi forma di messaggio diffuso in modo specifico occupando uno spazio su mezzi di comunicazione regolati da tariffe”).

opinião subjetiva de um empresário que promove seus produtos”.³⁷⁵ Exemplo clássico desse tipo de publicidade são as disfarçadas “matérias de jornal”, que dão a impressão de ser de autoria do próprio veículo de comunicação, quando, em verdade, têm conteúdo de informe publicitário (publicidade redacional oculta).

A doutrina italiana assinala, por sua vez, que este tipo de publicidade é insidiosa porque desvia muitas das naturais defesas que são ativadas pelo destinatário quando se está diante de uma mensagem publicitária descoberta. Onde existe a aparência de uma informação neutra e desinteressada a publicidade se torna mais influente e capaz.³⁷⁶ Carballo-Calero acentua, por sua vez, que “a publicidade é, por sua própria gênese, uma comunicação de empresa cujo objeto é promover a aquisição de bens e serviços no mercado, e é precisamente esta finalidade a gerar uma reação de forma crítica por parte de seus destinatários. Camuflar a mensagem promocional sob a aparência de uma comunicação informativa impede, portanto, que os consumidores reajam do mesmo modo que reagiriam diante de uma publicidade claramente identificável como tal”.³⁷⁷

Por camuflar a sua finalidade promocional, a publicidade oculta tem por efeito induzir os consumidores em erro quanto à verdadeira origem e natureza das alegações veiculadas, sendo, por esta razão, qualificada pela doutrina como a modalidade mais ampla de publicidade enganosa³⁷⁸.

---

³⁷⁵ Neste sentido a doutrina espanhola de FERNÁNDEZ NÓVOA, La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad citado in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p.191, *apud* PLAZA, Anxo Tato, *ob. cit.* p.17.

³⁷⁶ Neste sentido, FUSI, TESTA e COTTAFI, *La pubblicità ingannevole...*, p. 167.

³⁷⁷ *Pubblicità...*, p.20. No original: “La pubblicità è, per sua stessa genesi, una comunicazione d’impresa il cui oggetto è promuovere l’acquisto di beni e servizi sul mercato, ed è precisamente questa finalità ad generare una reazione in chiave critica da parte dei suoi destinatari. Camuffare il messaggio promozionale sotto l’apparenza di una comunicazione informativa impedisce, pertanto, che i consumatori reagiscono allo stesso modo in cui reagirebbero dinanzi ad una pubblicità chiaramente identificabile come tale”.

³⁷⁸ “La pubblicità occulta va inquadrata nel più ampio *genus* della pubblicità ingannevole. (...) L’art. 23, comma 1, trova pertanto applicazione con riguardo alla pubblicità occulta diffusa nella sue più svariate forme” (*Codice del Consumo* a cura di Vincenzo CUFFARO, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p.23). Segundo a jurisprudência italiana, a publicidade oculta é forma de publicidade enganosa porque “elude le naturali difese rappresentate delle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta; è più autorevole ed affidabile, per il fatto che il messaggio ha l’apparenza di una informazione neutra e disinteressata; è, infine, particolarmente efficace, in quanto si presta a carpire l’attenzione anche di coloro che usano distoglierla dai messaggi pubblicitari palesi (TAR Lazio, I, 22 ottobre 2003 n.8985; 21 ottobre 2003 n.8919; 2 luglio 2001 n.5836, in *Codice del Consumo...*, *idem*).

Note-se que na publicidade oculta o engano a que são levados os consumidores não guarda necessariamente relação com o conteúdo material da publicidade, mas se refere, prioritariamente, ao *aspecto formal* de sua apresentação.³⁷⁹ O consumidor é induzido em erro não porque a publicidade contém informações falsas sobre as características de certo produto ou serviço. Isto pode ocorrer ou não. Ponto fundamental aqui liga-se ao fato de que a natureza promocional da mensagem não resta manifestada de modo adequado e torna-se imperceptível ao destinatário médio.

Neste particular, observam Guido Alpa e Rossi Carleo que dentro do conceito de enganabilidade trazido pela Comunidade Europeia por meio de sua Diretiva 84/450/CEE³⁸⁰ se inclui justamente a “apresentação da publicidade” do que se pode concluir que a indução em erro dos consumidores também deriva da possível confusão da publicidade com outras formas de comunicação.³⁸¹

No mesmo sentido: ALPA, Guido e ROSSI CARLEO, Liliana: “Il pregiudizio arrecato al consumatore delle pubblicità non trasparenti non deriva dal contenuto del messaggio, ma risiede piuttosto nella confusione generata dalla diversa tipologia di sollecitazioni che raggiungono in destinatario della comunicazione, alcune con finalità informative o d'intrattenimento, altre, di carattere commerciale, diffuse per conto di un'impresa con l'esplicito intento di condizionare il comportamento economico dei destinatari”(Codice del Consumo: commentario, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p.220); E também: FUSI-TESTA-COTTAFI, Pubblicità Ingannevole... p.167.

Na Espanha, cf. TATO PLAZA, Anxo, *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del jurado de la publicidad*, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria*, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), Espanha, enero de 1999, p.16: “es el art.4 LGP el que, al definir la publicidad engañosa, engloba en esta figura la denominada publicidad encubierta. En efecto, al establecerse en este precepto que es engañosa la publicidad que de cualquier manera, *incluida su presentación*, sea susceptible de inducir a error al público, se subsume la publicidad encubierta o disfrazada en el marco más general de la publicidad engañosa”.

³⁷⁹ Neste sentido, cf. CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *Pubblicità Occulta...*, p.76.

³⁸⁰ Diretiva da CEE que versa sobre a matéria de publicidade enganosa, recepcionada pelas legislações de diversos Estados-membros e recentemente revogada pela vigente Diretiva 114/2006/CEE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, em vigor desde 12 de dezembro de 2007.

³⁸¹ ALPA, Guido e ROSSI CARLEO, Liliana (a cura di), *Codice del Consumo commentario...*, p.219. Os autores fazem referência ao artigo 2º (2) da antiga Diretiva 84/450/CEE e que traz o conceito de publicidade enganosa, dispondo ser enganosa “a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afeta e cujo comportamento econômico pode afetar, em virtude de seu caráter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”. O referido artigo foi integralmente reproduzido pela recente Diretiva 114/2006/CEE, que substituiu e revogou a 84/450/CE. No mesmo sentido, é a doutrina de CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, a respeito da enganabilidade pela apresentação, nos termos da Diretiva 84/450/CEE, acima mencionada (*Pubblicità Occulta...*, p.74). A Diretiva 2005/29 sobre práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores também contempla a enganabilidade na apresentação da mensagem ao dispor em seu artigo 6.1. que “é considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio (...)”.

A propósito, a mais recente Diretiva Europeia 2007/65/CE, que versa sobre exercício das atividades de radiodifusão televisiva³⁸², contempla expressamente que a publicidade televisiva e as práticas de televendas devem ser claramente identificadas pelo consumidor e distinguíveis do resto do conteúdo editorial (art.10).³⁸³ Esta mesma Diretiva conceitua a *publicidade audiovisual oculta* como “a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca das atividades de um fabricante de produtos ou de um fornecedor de serviços em programas, quando essa apresentação seja feita de *forma intencional* pelo fornecedor dos serviços de comunicação social com fins publicitários e possa induzir o público em erro quanto à *natureza dessa apresentação*. Tal apresentação se considera intencional, em particular, quando é feita mediante pagamento ou outra forma de compensação (art.1º, J)”.³⁸⁴

Nesse passo, para a constatação de uma hipótese de publicidade oculta é preciso demonstrar a existência de dois requisitos: a) a *finalidade promocional* da mensagem (apresentação do produto de forma intencional) e; b) o efetivo *ocultamento* dessa finalidade, de modo a não ser passível de identificação pelos destinatários, induzindo-os em erro quanto à natureza da mensagem.³⁸⁵

Em relação ao primeiro requisito, exige-se que as manifestações verbais ou visuais sobre determinados produtos ou serviços persigam um propósito publicitário, isto é, que, de fato, tenham um objetivo promocional intencional. Com efeito, a problemática relativa à obrigação de transparência quanto à natureza da comunicação publicitária não

---

³⁸² A Diretiva Europeia 2007/65/CE promoveu diversas alterações à conhecida Diretiva 89/552/CEE.

³⁸³ "Articolo 10. 1. La pubblicità televisiva e le televendite devono essere chiaramente riconoscibili e distinguibili dal contenuto editoriale. Senza pregiudicare l'uso di nuove tecniche pubblicitarie, la pubblicità televisiva e le televendite devono essere tenute nettamente distinte dal resto del programma con mezzi ottici e/o acustici e/o spaziali”.

³⁸⁴ j) "comunicazione commerciale audiovisiva occulta", la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, qualora tale presentazione sia fatta dal fornitore di servizi di media per perseguire scopi pubblicitari e possa ingannare il pubblico circa la sua natura. Tale presentazione si considera intenzionale, in particolare, quando è fatta dietro pagamento o altro compenso”.

³⁸⁵ Sobre a demonstração e prova destes dois requisitos, cf. CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta...*, p.97 e ss.

alcança aquelas mensagens que, mesmo exaltando as características de um certo produto ou serviço – com indireto efeito promocional que disso possa derivar – são fruto da livre e responsável escolha de seu criador.³⁸⁶ “Elogiar um produto é, de fato, lícita manifestação de pensamento e não publicidade oculta ilícita, se o autor agiu em plena autonomia, exprimindo juízos e valores próprios e não, ao contrário, operou no interesse de quem produz ou comercializa aquele produto”.³⁸⁷

Em verdade, como pontua a doutrina especializada, não se pode sequer falar em publicidade em situações nas quais a referência a certa marca em um artigo de jornal ou ainda a exibição de um produto ou serviço num programa televisivo ou filme respondem unicamente à necessidade informativa ou artística – e não a motivos estritamente promocionais.³⁸⁸ Nestas situações há mesmo a ausência do requisito constitutivo da ilicitude que se quer evitar.

Um critério que facilmente revela a *finalidade promocional* de uma mensagem consiste na remuneração estabelecida em acordo entre o fornecedor anunciante e o veículo de comunicação.³⁸⁹ Consoante explica Carballo-Calero “toda vez que seja feita menção a uma marca como consequência de uma contraprestação econômica estaremos diante de uma publicidade”³⁹⁰, o que impõe descartar a existência de uma menção meramente desinteressada ou informativa do produto ou serviço.

---

³⁸⁶ Neste sentido, entende CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta...*, p.8.

³⁸⁷ MONDINI, *Autorità Garante e principio di trasparenza*, in Dir. Ind., 11/1997, p.977. Como acentua o mesmo autor italiano “non ogni pubblicazione, servizio giornalistico o televisivo che parlino in modo favorevole di prodotti o servizi possono essere qualificati come pubblicità [...] il contenuto della comunicazione può essere infatti frutto di scelte autonome dell’editore o del giornalista che agisce per finalità sue proprie e non per l’interesse economico di chi produce o commercializza”. (*apud* CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, rodapé n.21, p.8).

³⁸⁸ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta...*, p.8/9.

³⁸⁹ Neste sentido é a orientação da Diretiva Européia 2007/65/CE, de 11/12/2007, que em seu artigo 1º, letra “j”, parte final, dispõe que a apresentação do produto ou serviço em certa comunicação oral ou visual é feita de modo intencional “caso seja feita a troca de pagamento ou retribuição similar”.

³⁹⁰ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *Pubblicità Occulta...*,p.10: “ogni qualvolta venga fatta menzione di una marca come conseguenza di una controprestazione economica saremo di fronte ad una pubblicità”.

A remuneração, embora elemento caracterizador da finalidade promocional da publicidade oculta não pode ser, todavia, o seu único critério constitutivo. É possível vislumbrar situações nas quais o fornecedor não desembolsa qualquer pagamento direto ao meio de difusão, mas a menção ao produto é resultado de uma troca de vantagens (“*scambio di vantaggi*”) entre o anunciante e o veículo.³⁹¹ Assim, dentro da conceito de “remuneração” ou “acordo publicitário” estabelecido entre o anunciante e o veículo para demonstração do finalidade promocional se deve assumir tanto o pagamento direto quanto a forma indireta, neste último caso ao que os italianos denominam de “*scambio di vantaggi*”.

Na ausência de uma prova direta de acordo publicitário, a jurisprudência italiana também admitiu a possibilidade de se deduzir a natureza publicitária da mensagem oculta através de indícios (presunção). Isto é a partir do exame das próprias características da publicidade que permitam captar a sua finalidade promocional, incompatível com um serviço voltado a fornecer aos leitores uma informação neutra.³⁹²

Uma vez constatada a finalidade promocional da mensagem torna-se fundamental para a tipificação da publicidade oculta a demonstração de que tal finalidade não é identificada por parte dos consumidores. O ocultamento é o elemento constitutivo da *fattispecie*, já que esta modalidade de publicidade ilícita consiste justamente na *total* ausência de identificação pelo consumidor de que certa comunicação representa uma atividade publicitária.

Assim, apenas haverá publicidade oculta ilícita se, da apresentação ou análise de conteúdo da mensagem, o consumidor médio for incapaz de distinguir a sua finalidade promocional, acreditando, equivocadamente, tratar-se de informação neutra e desinteressada do próprio veículo de comunicação ou de qualquer outra natureza.³⁹³ Neste

---

³⁹¹ Neste sentido é a opinião majoritária da doutrina italiana, cf. referenciado por CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta...*, rodapé n.25, p.10. Também, no detalhe, posição do autor, p.94-96.

³⁹² Assim relata-nos CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, p.98, citando precedentes do *Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria* e da *Autorità Garante*, este último, órgão administrativo competente para aplicar o *Codice del Consumo* (cf., e.g. prov.n.3556 (PI633) – SOGGIORNI TERMALI – 25.01.96 *dell'Autorità Garante*).

³⁹³ BUCCIROSSI, G., define publicidade camuflada como aquela que “non è riconoscibile come tale, ovvero quella che non assume una veste esteriore idonea a far che il destinatario dei messaggi (lettore dell’articolo, spettatore televisivo o cinematografico, ecc) sia reso consapevole di trovarsi al cospetto di un

caso, a mensagem – pelos seus próprios elementos, configuração ou conteúdo – não demonstra de forma *suficiente* a sua finalidade publicitária.

Cumprido, portanto, ao julgador avaliar, no exame do caso concreto, se os elementos utilizados na publicidade permitem aos consumidores identificar que se encontram diante de uma mensagem promocional.

Aqui, verifique-se que, como modalidade de publicidade enganosa, o critério de interpretação a ser adotado para fins de avaliação do ocultamento eficiente do caráter publicitário da mensagem será o do consumidor típico (i.e., do consumidor médio dentro do círculo de destinatários alcançados pela publicidade). Como pontua Carballo-Calero ao discorrer sobre a prova da identificação da natureza publicitária da mensagem é preciso, em primeiro, “individualizar o tipo de consumidor que deve ser utilizado como parâmetro no momento de se qualificar uma mensagem como transparente ou, ao contrário, como oculta”³⁹⁴, adotando-se, na linha da orientação doutrinária estrangeira, o critério do consumidor médio dentro do círculo de destinatários a que se dirige a publicidade.³⁹⁵

A publicidade oculta, em síntese, compreende qualquer informação publicitária não identificável como tal e pode ser resumida, nas palavras de Carballo-Calero como “toda publicidade que veda de forma eficaz a sua natureza aos olhos do consumidor médio, de modo que este seja incapaz de distinguir a finalidade promocional da mensagem, porque essa se camufla atrás de uma aparência de uma comunicação informativa ou de qualquer outra índole”.³⁹⁶ Esta categoria deve compreender tanto mensagens publicitárias que “se travestem” de artigo ou de notícia, aparentemente fruto da livre iniciativa de um

---

messaggio pubblicitario anziché di una comunicazione informativa o artistica di contenuto neutrale (*Le diverse forme di pubblicità redazionale*, in *Dir. Ind.*, 1/1995, p.74 *apud* CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, rodapé n.32, p.13).

³⁹⁴ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.115 e ss: “*la prima questione che si pone è quella di individuare il tipo di consumatore che deve essere utilizzato come parametro al momento di qualificare un messaggio come pubblicità trasparente o, al contrario, come pubblicità occulta*”.

³⁹⁵ O critério do consumidor típico foi desenvolvido no Capítulo 4º (*retro*).

³⁹⁶ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.13: “*possiamo definire la pubblicità occulta come tutta quella pubblicità che cela efficacemente la sua natura agli occhi del consumatore medio, in modo che questi sia incapace di distinguere la finalità promozionale del messaggio, perché esso si camuffa dietro l'apparenza di una comunicazione informativa o di qualsiasi altra indole*”.

jornalista quanto mensagens que tem a finalidade publicitária camuflada dos consumidores porque se apresentam sob a forma de mensagem de *qualquer outra natureza*.

No Brasil, recentemente houve uma discussão muito interessante no CONAR envolvendo o princípio da identificação da publicidade e música feita pelo cantor Seu Jorge envolvendo a cachaça Sagatiba (Representação n.09/2007). A música, intitulada “*Sagatiba - Eterna Busca do Valor Mais Puro*”, explorava o significado no nome peculiar do produto, onde “Saga” queria dizer “em busca” e “Tiba” “eterno” e passou a ser veiculada nos rádios em período diurno como se fosse mais uma música.

O CONAR requereu a sustação da peça, por entender que se tratava de um *jingle* (que mesmo que não tivesse sido encomendado pela empresa já estava incorporado à sua campanha publicitária podendo inclusive ser baixado por meio de site e divulgado em revistas) exigindo, portanto, a identificação pelos consumidores de que se tratava de uma publicidade, além da obrigação de respeitar as restrições legais específicas para as bebidas alcoólicas (veiculação entre 21:00 e 6:00 e advertência para consumo moderado).

O caso também merece destaque porque envolveu a demonstração do caráter publicitário da “música” por meio de indícios. O anunciante alegou que a “música” era uma manifestação artística espontânea do cantor e compositor Seu Jorge, sem qualquer vínculo de encomenda comercial entre o artista e o fabricante e que, sendo uma obra musical e não um *jingle* também estava sendo veiculada espontaneamente pelas emissoras de rádio. O relator afastou esta argumentação por entender que havia indícios suficientes do caráter publicitário da música, utilizada com a clara intenção de promover a marca da cachaça Sagatiba, categoria de produto que, ademais, contempla restrições de uso publicitário. Em sede de recurso, a decisão foi mantida, compreendendo o novo relator que estava demonstrada a existência de indícios concretos de que a canção se encaixava na espécie de *jingle* e que mesmo não havendo a comprovação de sua encomenda comercial era certo que tinha sido adotada como forma de publicidade do produto.

A publicidade oculta pode ser verificada, principalmente, mas não limitada a estas duas práticas como vimos³⁹⁷, através da *publicidade redacional* e do *product placement* (colocação do produto) este último também vulgarmente chamado no Brasil de *merchandising*, embora a palavra *merchandising*, originalmente e ainda nos dias de hoje assuma outros significados no meio do *marketing*, motivo pelo qual a expressão *product placement* se mostra mais adequada para exprimir o fenômeno que ora se estuda.³⁹⁸

Estas duas técnicas, em princípio, não estão vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, mas apenas quando ocultem de forma eficiente a finalidade promocional da mensagem, de modo que nem pela sua forma, nem mesmo pelo seu conteúdo se torne possível ao destinatário médio perceber que se trata de uma comunicação publicitária. A citação ou a apresentação de um produto ou de uma marca inserida em jornal, revistas, televisão ou filmes não é vedada em si mesma, mas apenas enquanto não seja reconhecível e distinta de modo adequado do contexto no qual está inserida.³⁹⁹

A ilicitude da publicidade, portanto, apenas se verificará se os consumidores típicos não puderem identificar o caráter publicitário dessas mensagens. Nos itens subseqüentes serão apresentados os contornos da publicidade redacional e do *product placement*, a fim de destacar em que medida eles podem configurar uma publicidade oculta, isto é, uma publicidade vedada pelo CDC.

---

³⁹⁷ Outros exemplos também podem ser trazidos, como as mensagens enviadas a domicílio pelo correio, que a depender de sua apresentação, ligada a um boleto impresso com o nome do destinatário e valor para pagamento pode ser confundida pelo consumidor com uma conta enviada pelo fornecedor, ou mesmo correspondência relativa a algum outro serviço anteriormente contratado mas que não se pretende renovar, levando o destinatário a crer que se trata de boleto de pagamento obrigatório e não de uma mensagem publicitária. Ainda um *jingle* que se procura veicular como se música fosse, a exemplo do caso Sagatiba.

³⁹⁸ Especificamente sobre o tema do *merchandising*, cf. item 5.1.2 adiante.

³⁹⁹ Neste sentido, posição dos italianos segundo relato do CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez (*ob. cit.*, rodapé n.83, p.114), tendo em vista que a problemática não está no *meio* utilizado para veicular a mensagem mas na ausência de identificação do caráter publicitário pelos consumidores destinatários .

5.1.1. Publicidade redacional

A publicidade redacional não consiste em técnica publicitária ilícita *per se*. O problema que envolve esta técnica está no *ocultamento* do seu caráter publicitário, confundindo o consumidor a respeito da natureza da mensagem, como se a menção ao produto fosse uma livre escolha do veículo informativo.

Ora, não raras vezes verificamos em jornais e revistas publicidades que utilizam uma aparência ou linguagem similar a de artigos ou matérias jornalísticas para anunciar produtos e serviços. Este recurso publicitário, se bem identificada a sua natureza promocional pelo anunciante não representa infração às normas do Código de Defesa do Consumidor. A publicidade, ainda que em forma redacional ou descritiva, deve ser, porém, distinguível das demais notícias constantes do veículo de modo que os destinatários percebam que as citações aos produtos ou serviços mencionados consistem em um informe publicitário, i.e., que provêm do fornecedor que os oferta e não a partir da livre iniciativa do jornalista.

A chamada *publicidade redacional oculta* (e, por conseguinte, proibida pelo nosso ordenamento) pode ser assim definida como a mensagem na qual a menção ao produto ou serviço, embora com fins publicitários, aparenta ser fruto de uma livre escolha do redator, porquanto inserida no veículo com os mesmos aspectos e configuração que os outros escritos informativos. Diante de um texto assim construído, o consumidor simplesmente não consegue distinguir a publicidade das demais notícias em meio a um contexto informativo. Essa modalidade de publicidade – por aparentar conteúdo editorial – confere maior objetividade e credibilidade às alegações veiculadas tornando os consumidores mais expostos aos efeitos da publicidade, fundamento de sua vedação pelas diversas legislações.

Sobre a nocividade deste tipo de publicidade, observa Fernández Novoa que “a maior intensidade dos efeitos da publicidade encoberta se funda no fato que enquanto o leitor adota certas reservas e assume uma posição defensiva frente aos anúncios publicitários *stricto sensu*, outorga, ao contrário, uma grande credibilidade e está disposto a

acolher as afirmações fácticas e os juízos valorativos contidos nos artigos e comunicações informativas. A maior credibilidade que o público confere às notícias e artigos informativos se deve a que o público confia no rigor e na objetividade das informações veiculadas pela imprensa: o juízo imparcial da redação de um periódico goza de maior autoridade e influi mais eficazmente sobre o consumidor que a exposição subjetiva do empresário plasmada em um anúncio”.⁴⁰⁰

Federico Unnia, dando vazão ao entendimento da doutrina italiana, explica ainda que a chamada publicidade redacional ilícita (*pubblicità redazionale*) “ocorre toda vez em que a mensagem (de natureza e com finalidade promocional) é apresentada exteriormente como um artigo ou como uma notícia aparentemente proveniente da redação e/ou por iniciativa de um jornalista”.⁴⁰¹ Esta modalidade de técnica oculta consiste, portanto, na dissimulação de uma suposta mensagem informativa, típica de um serviço imparcial e desinteressado do veículo, induzindo os consumidores em erro quanto à real origem e natureza das alegações. Em regra, tais mensagens são veiculadas em mídia impressa, sob a aparência de uma notícia de jornal ou revista, em meio às demais matérias da imprensa.

Para se constatar uma hipótese de publicidade redacional ilícita dois pressupostos são exigidos. Em primeiro, deverá ser demonstrada a *finalidade promocional* da mensagem para, em segundo, averiguar se tal finalidade poderia ou não ser *identificada* pelos destinatários. Se a identificação não for possível, haverá então a configuração do ilícito ocultamento.

---

⁴⁰⁰ FERNANDEZ NOVOA, *La publicidad encubierta*, p.378 *apud* CARBALLO-CARLEO, Pablo Fernandez, *Pubblicità...*, p.21. No original: “la mayor intensidad de los efectos de la publicidad encubierta se funda en que mientras que el lector adopta ciertas reservas y asume una posición defensiva frente a los anuncios publicitarios *stricto sensu*, otorga, en cambio, una gran credibilidad y está dispuesto a acoger las afirmaciones fácticas y los juicios valorativos contenidos en los artículos y comunicaciones informativas. La mayor credibilidad que el público confía en el rigor y objetividad de las informaciones suministradas por la prensa: el juicio imparcial de la redacción de un periódico goza de mayor autoridad e influye más eficazmente sobre el consumidor que la exposición subjetiva del empresario plasmada en un anuncio”. Nesta mesma linha de argumentativa são as considerações de UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.195.

⁴⁰¹ UNNIA, Federico. *La Pubblicità Clandestina...*, p.192: “la c.d. *pubblicità redazionale* ricorre tutte le volte in cui il messaggio (di natura e con finalità pubblicitarie) è presentato esteriormente come un articolo o come una notizia apparentemente proveniente della redazione e/o per iniziativa di un giornalista”.

Como dissemos, em matéria de controle de publicidade é pressuposto para a análise de ilicitude que se verifique, desde logo, se a mensagem apresenta efetivo caráter promocional. Em se tratando de publicidade redacional, na qual não resta tão evidente esta finalidade, impõe checar se a menção ao produto ou serviço não apresenta um provável interesse para o público em geral, como manifestação do direito de informar e de ser informado. Havendo este interesse jornalístico, ainda que da referência ao produto ou serviço possa resultar, por efeito indireto, algum benefício ao fornecedor, a mensagem não poderá ser enquadrada no conceito de publicidade, tratando-se, antes, de uma atividade informativa.

A doutrina italiana especializada, com propriedade, observa ainda a necessidade de se contemplar, de um lado, a tutela do consumidor (contra uma publicidade não identificada) e, de outro, o direito (constitucionalmente reconhecido) de manifestar livremente o próprio pensamento no âmbito de uma atividade jornalística e informativa.⁴⁰² A linha de fronteira entre a informação jornalística e a publicidade deve ser traçada tendo em conta “a existência ou não de um autônomo interesse jornalístico de comunicação do bem ou do serviço e da existência ou não de um acordo de comissão entre o produtor do bem e serviço comunicado e o meio”.⁴⁰³

Na falta de um acordo de comissão entre o veículo e o fornecedor que revele diretamente a *finalidade promocional* do texto, a jurisprudência italiana avançou no sentido de apontar alguns *indícios* que demonstrariam a incompatibilidade do conteúdo da matéria com um serviço objetivo e imparcial de informação, revelando, assim, o seu caráter publicitário.⁴⁰⁴

---

⁴⁰² Prov. N.3114 PI 476 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato– Vídeo Cassete I ‘Unità – 22.6.95, Bolletino 25/95, 31, citado por UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.242.

⁴⁰³ Orientação do *Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria* (dec.n.208/93 – 17.12.93 – Pres. Vanzetti Est. Spada – Comitato di Controllo c. Sogedit spa/ Ed. Il Giorno, SPE Società Pubblicità Editoriale, *Giur. Pubbl.* V, 1994, 546), citado por UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p. 270.

⁴⁰⁴ Para esta doutrina e jurisprudência, tais indícios devem ser graves (*gravi*), precisos (*precise*) e concordantes (*concordanti*) (UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.258 e CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.102 em referência à ampla jurisprudência).

Dentre os indícios (de presunção relativa) que possibilitam deduzir tal finalidade, a depender sempre do exame do caso concreto, podemos citar: a) o *tom e o conteúdo* da mensagem (se muito elogiosa quanto ao preço ou características do produto; se há algum convite para experimentá-lo ou conhecê-lo); b) se a matéria faz ou não *referência a produtos similares da concorrência* (a menção a um único produto, a depender do caso concreto, pode descaracterizar o interesse jornalístico autônomo na divulgação de produtos da categoria); c) se há alguma *relação econômica* entre as partes envolvidas a descaracterizar a imparcialidade da informação (i.e., entre o autor do artigo, o veículo de comunicação e o fornecedor do produto)⁴⁰⁵; d) se existe *caráter inovador* do produto ou serviço a justificar o direito de informação e acesso pelo público consumidor; e) dentre outros possíveis indícios a serem avaliadas no exame do caso concreto, como, por exemplo, a ilustração fotográfica do produto, dados específicos sobre a empresa produtora, e etc.

Em relação ao caráter inovador do produto a jurisprudência entende que, em regra, tal fato justifica o seu tratamento no quadro de um serviço informativo ou de opinião, de modo a descaracterizar a natureza promocional do artigo, independentemente do efeito promocional indireto que, de qualquer forma, possa derivar da matéria.⁴⁰⁶ Pode haver interesse do público em conhecer o produto e, do jornalista, em apresentar esse conhecimento aos seus leitores.

---

⁴⁰⁵ Os elementos de presunção devem ser avaliados caso a caso. Assim, e.g., no provvedimento n. 2794 PI398 - Corriere della Sera/Novella 2000 -, envolvendo matéria de divulgação da nova veste gráfica e de conteúdo do periódico semanal chamado “Novella 2000”, a *Autorità Garante* ressaltou que o simples fato do semanal ser editado pela mesma sociedade editorial do jornal no qual foi publicado (i.e., “*Il Corriere della Sera*”) não era elemento, *per se*, suficiente, a demonstrar em via de presunção a finalidade promocional da matéria, restando, neste caso, justificado o interesse da informação para o público em geral e excluída a relevância de qualquer feito promocional indireto dela resultante.

⁴⁰⁶ Neste sentido, Provv.1286 PI129, Brava Casa – CD Philips - 2.7.93, envolvendo matéria sobre a nova tecnologia de CD Philips na qual a *Autorità Garante* afastou a natureza promocional da mensagem, justificado o interesse da informação pelo público em geral (caráter inovador do produto), que informava sobre a mais recente tecnologia. No caso, também foi levado em conta o fato da matéria constar de seção especializada no assunto, além de contemplar referência a outras empresas especializadas no setor virtual. A autoridade afastou aplicabilidade do *Codice del Consumo* por não se tratar de matéria publicitária. Ressaltam, no entanto, a doutrina e jurisprudência, que o “caráter inovador” do produto não deve ser elemento considerado de *per se* para excluir a finalidade promocional do artigo e reconhecer uma direito de informação autônomo do jornalista.

Também se deve descartar do quadro da publicidade ilícita aquela que traz informações que, a despeito de mencionarem e até ilustrarem o produto ou serviço, assim o fazem com o emprego de estilo meramente descritivo e, por vezes, até crítico. É preciso verificar se o tratamento dado às informações dos produtos e serviços se reveste de neutralidade e objetividade, representando, antes, um direito à livre informação em seu duplo sentido (de informar e de ser informado).

Em outras palavras, a valoração dos elementos de presunção do caráter publicitário de certa mensagem deve ser desenvolvida com rigorosa prudência tendo em conta as exigências do direito à informação, bem como à luz das escolhas editoriais, as quais podem ter por objeto igualmente a descrição de certos bens e serviços, através de comunicados informativos, privados de específicas intenções promocionais.⁴⁰⁷

Uma vez constatada a finalidade publicitária da mensagem redacional – e, por conseguinte, hipótese de incidência do CDC – torna-se fundamental passar à análise do segundo requisito, qual seja, examinar se essa finalidade pode ser *identificada* pelos destinatários médios dos produtos e serviços objeto da publicidade em exame (consumidor típico); vale dizer, se a publicidade *contém elementos que possibilitam tal identificação* de modo a não surpreender a boa-fé do leitor. Do contrário, estaremos diante de uma hipótese de publicidade redacional oculta em violação aos artigos 36 e 37 do CDC.

De modo a delimitar as situações nas quais se torna possível a *identificação do caráter publicitário da publicidade redacional* em relação às demais peças informativas do veículo de comunicação, algumas características podem ser mencionadas. Em primeiro deve-se considerar (a) *a estrutura e apresentação gráfica* da mensagem, a fim de avaliar se tais elementos se mostram suficientes a revelar a sua natureza publicitária. É preciso checar se a publicidade redacional se distingue – pelo uso de borda diferenciada, de cores ou disposição gráfica diversa – dos textos propriamente informativos.⁴⁰⁸ Também deve ser

---

⁴⁰⁷ Neste sentido, orientação da jurisprudência da *Autorità Garante della Concorenza e del Mercato*, provv. N.2438 PI 348 – Free Holiday – 9 .11.94, mencionada por UNNIA, Federico, *La Pubblicità*.... p.242.

⁴⁰⁸ No caso Mulino Bianco Barilla, a *Autorità Garante* entendeu que o caráter gráfico (*caratteri grafici e di stampa*) utilizado na redação da mensagem, ligeiramente diverso daqueles empregados, na mesma revista, para outras formas de comunicação jornalística, somado ao uso de uma borda de cor preta que contornava toda a mensagem (*filettatura nera che contorna l'intero messaggio*) consistiam em elementos suficientes para fazer emergir a natureza publicitária do artigo porque diversas e mais evidentes quando comparadas aos

avaliado (*b*) o *espaço* (dentro do veículo de comunicação) onde foi veiculada a publicidade redacional, vale dizer, se alocado em espaço publicitário ou ao lado de outras publicidades facilmente identificadas como tal⁴⁰⁹ ou ainda se em meio a caderno do jornal voltado para notícias jornalísticas de interesse específico.

Outro critério fundamental consiste na própria avaliação do (*c*) *conteúdo do artigo*. Ainda que a mensagem se apresente de modo descritivo, se do seu conteúdo e estrutura global o leitor puder facilmente depreender que não se trata de uma informação científica ou desinteressada do veículo, mas proveniente da empresa da qual se fala ou de cujo produto se anuncia, então não haverá violação ao princípio da identificação.

Neste particular, o *título* do artigo com conteúdo de verdadeiro *slogan*, o tom abertamente *elogioso* do texto; a presença de *imagens fotográficas do produto, de sua embalagem ou de marca conhecida*; o fato de *não* constar qualquer *assinatura ou firma de jornalista* são exemplos de elementos importantes no exame da identificação do caráter publicitário da publicidade redacional pelos consumidores. Igualmente de grande valia para esta identificação é a utilização dos sufixos “*informe publicitário*”, “*publicidade*”, “*mensagem promocional*” em local visível da publicidade redacional.

Na casuística, foi considerada oculta, em violação ao dever de transparência, publicidade redacional promovida pela Shiseido, publicada no jornal italiano *Oggi*, cujos elementos de forma e conteúdo foram compreendidos pela autoridade italiana como *não suficientes* para o leitor distinguir a origem das alegações. No caso específico, tratava-se de dois artigos, sob os títulos “Surge um ácido que regenera a pele madura” e “Os benefícios de Benefiance”, que informavam sobre um novo “remédio” (ácido sintético) que regenerava a pele madura (justamente o novo produto da Shiseido) e foram veiculados sob a mesma aparência e características gráficas das demais matérias jornalísticas do periódico. Além disso, foram fatores determinantes para a autoridade entender pela

---

habituais métodos de separação gráfica utilizados para as outras matérias jornalísticas (Prov. n.822 PI17 – II Mulino Bianco – 10.12.92).

⁴⁰⁹ No caso “*La Repubblica – Vichy*” a *Autorità Garante* levou em conta o fato de que a publicidade redacional estava inserida em parte da página do jornal onde constavam outros dois anúncios publicitários, possibilitando a percepção do seu caráter publicitário pelos consumidores (Prov.2665 PI380, 10.1.95).

enganosidade da natureza publicitária o fato de tais matérias terem sido assinadas por jornalista do veículo e apresentarem certo tom científico.⁴¹⁰

Em outro caso, envolvendo publicidade do grupo empresarial *Favini*, a autoridade italiana, adotando quase que os mesmos critérios, afastou o caráter oculto da publicidade redacional pelo fato de que o título do artigo (“*Grupo Favini: un successo naturale*”) revelava, de pronto, conteúdo mais próximo a *slogan* publicitário, apresentava estrutura gráfica (borda e filete) diferente dos demais textos informativos do veículo, além da ausência de assinatura de um jornalista na publicidade.⁴¹¹ Neste caso específico, considerando os diversos elementos gráficos que indicavam claramente se tratar de uma publicidade redacional, com a identificação de sua natureza promocional, a autoridade italiana entendeu irrelevante, porque, no caso, desnecessária a veiculação da expressão “informe publicitário” (elemento importante para a identificação do caráter publicitário).

A ilicitude de uma publicidade deve ser avaliada caso a caso. O fato do anunciante utilizar-se de recurso mais descritivo para informar o consumidor sobre as características de seus produtos ou de sua empresa não é elemento suficiente que, por si só, configura uma publicidade redacional oculta. Apenas os informes publicitários que não se mostram perceptíveis ao consumidor – quer pela sua apresentação gráfica, quer pelo seu conteúdo ou demais informações constantes do material publicitário – configuram enganabilidade.

Em outras palavras, se ao leitor não for possível fazer a distinção entre a publicidade redacional e os demais artigos constantes do veículo, conferindo credibilidade às alegações publicitárias como se fossem provenientes da redação (e não do fornecedor que promove o produto ou serviço), então estar-se-á diante de uma publicidade oculta ou clandestina, que seguramente tem o potencial de induzir os consumidores em erro sobre a sua real natureza.

---

⁴¹⁰ Provv. N.4004 PI817 – Shiseido-Oggi – 19.06.1996, proferido pela *Autorità Garante* (disponível em www.agcm.it).

⁴¹¹ Provv. n.2403 PI325 – Grupo Favini – 26.10.94, proferido pela *Autorità Garante* (disponível em www.agcm.it).

Nesse passo, parece claro que é ilícita a mensagem que apresente estilo estritamente redacional ou informativo em seu título e texto (conteúdo); não contemple elaboração gráfica, ainda que ligeiramente, diferente das demais matérias jornalísticas; seja veiculada como parte das matérias jornalísticas; e ainda, não veicule qualquer alerta de que se trata de um “informe ou mensagem publicitária” ou o veicule de modo ilegível. Trata-se de publicidade que viola frontalmente o princípio da identificação do caráter publicitário e surpreenderá a boa-fé dos leitores, infringindo os artigos 36 *caput* e 37 do CDC.

5.1.2. *Product placement* (colocação do produto) ou *merchandising*. Patrocínio e publicidade subliminar

No Brasil, a exibição comercial de produto ou serviço durante o conteúdo de um programa audiovisual (novela, filmes, seriados, etc.) passou a ser comumente chamada de *merchandising televisivo*, embora esta denominação não seja a mais adequada tendo em vista os diversos outros significados que a palavra *merchandising* assume para o *marketing*.⁴¹²

Com efeito, a expressão “colocação do produto”, do inglês, *product placement* mostra-se, em nosso sentir, mais adequada para designar especificamente a técnica publicitária que ora se estuda, segundo terminologia adotada na Diretiva Européia 89/552/CEE (“televisão sem fronteiras”) com a recente redação que lhe conferiu a Diretiva 2007/65/CE. Assim, para efeitos deste estudo, o “*merchandising* audiovisual” passará a ser designado *product placement* ou “colocação do produto” (também denominado “*inserimento di prodotti*”, “*emplazamiento de producto*”, “*placement de produit*”).

A Diretiva 89/552 sobre radiodifusão televisiva (“televisão sem fronteiras”), define o *product placement* como “qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou à respectiva marca

---

⁴¹² *Merchandising* quer significar, e esse é o sentido primeiro da palavra, a exposição diferenciada do produto no ponto de venda, com o auxílio de qualquer tipo de peça (ex: display) ou somente organizada segundo planogramas (apresentação diferenciada). Em regra tal exposição se dá próximo aos caixas das lojas ou gôndolas de produtos. *Merchandising* é, assim, o conjunto de ações exercidos no interior de um ponto de venda, para informar o consumidor sobre a existência de certa marca ou produto no estabelecimento, dando-lhe maior visibilidade por meio da exposição diferenciada, com o objetivo de influenciar decisões de compra, acelerando sua rotatividade. Consiste na técnica “que se utiliza da própria mercadoria (“*merchandise*”) para agir (“*ing*”) na direção de vendê-la.

comercial *num* programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”.⁴¹³ Trata-se, pois, de técnica publicitária que se desenvolve em espaço de mídia não propriamente publicitário, dado que a exibição do produto, do serviço ou da marca vem inserida no conteúdo de um programa audiovisual, ou seja, durante a narrativa de um filme, de uma novela ou de qualquer outro programa de entretenimento, distinguindo-se da forma da publicidade tradicional.

Dessa definição, percebe-se que o estudo da “colocação do produto” apresenta relevância jurídica sob a ótica do dever de transparência e identificação das mensagens publicitárias (artigo 36 CDC). Não consiste, como adiantamos, em técnica publicitária proibida ou ilícita em si mesma pelo nosso ordenamento. No entanto, a depender da situação, poderá configurar modalidade de publicidade oculta, induzindo os consumidores em erro quanto aos reais motivos da presença do produto ou da marca no curso de um filme ou programa de ficção, ou seja, sobre a sua natureza publicitária.

O *product placement* tem sua origem diretamente vinculada ao cinema, como instrumento de financiamento de projetos audiovisuais, assumindo, ainda nos dias de hoje, uma grande importância econômica. Alguns estudiosos defendem o nascimento “oficial” da *colocação do produto com finalidade publicitária* ao filme “Mildred Pierce”, de 1945, quando Joan Crawford bebe diante da câmera um Jack Daniel’s Bourbon. Este filme teria marcado pela primeira vez a aparição de uma marca durante a narrativa em contrapartida de pagamento. Outros retardam a origem do *product placement* a 1967, quando Dustin Hoffman guia um Alfa Romeo Spider no filme “*The Graduate*” (no Brasil “*A primeira noite de um homem*”).⁴¹⁴

Mas sem dúvida alguma, o *product placement* mais importante da história cinematográfica e que revelou a força do cinema como um instrumento publicitário é o do filme E.T. (1982) de Steven Spielberg. Neste filme o menino protagonista oferece um caramelo de chocolate da marca Reese’s Pieces ao extraterrestre, com o fim de facilitar a

---

⁴¹³ Art.1º (m) com a redação da Diretiva 2007/65/CE.

⁴¹⁴ Neste sentido relato de CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.142, em citação a diversos autores como SPILLMAN (*Marketer race to leave their brand on films*), MENDIZ NOGUERO (*Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad en Internet*), VÖLKEL (*Product Placement aus der Sicht der Werbranche und seine rechtliche Einordnung*).

comunicação entre eles. Segundo relato trazido por Carballo-Calero, a partir de levantamento de Spillman, a exibição do produto teria rendido à Hershey, dona da marca, um aumento total no volume de venda em torno de 85%.⁴¹⁵

Nos últimos anos, a *colocação do produto* expandiu-se do cinema para os mais diversos espaços audiovisuais, como a sua introdução em novelas, programas de entretenimento e seriados. Com efeito, ao longo do tempo, os anúncios tradicionais cederam lugar àquelas mensagens nas quais não mais se explicita as características dos produtos e serviços, mas se objetiva colocar em relevo as várias situações de prazer que a aquisição do produto pode gerar, resultando no que se chama publicidade de “estilos de vida” ou, como dizem os italianos, de “*pubblicità situazionale*”. O *product placement* seria, assim, uma forma bem sucedida de demonstrar tais situações da vida possibilitando-se ainda a associação de produtos a determinados ambientes ou personagens famosos de modo a influir sobre nossos hábitos de consumo. Os especialistas observam, no entanto, que o uso desproporcional desta técnica tem alcançado níveis similares àqueles da publicidade tradicional, o que teria limitado a eficácia desta mensagem publicitária.⁴¹⁶

A técnica de “colocação do produto” em programas audiovisuais pode ocorrer de forma verbal e/ou visual. Na colocação *verbal* um dos personagens do filme ou do programa mencionam a marca ou outras características distintivas do produto colocado; na *visual* há apenas a sua exibição sem nenhuma citação verbal aos mesmos. Esta última pode ainda se desenvolver de forma ativa ou passiva. Na *colocação visual ativa* o produto adquire um certo protagonismo podendo até resultar em um elemento fundamental da trama; na *colocação visual passiva* há apenas a visualização do produto, não exercendo parte ativa na cena.⁴¹⁷

---

⁴¹⁵ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.143. O dado de volume de venda consta de SPILLMAN, in *Marketer race to leave their brand on films*. O autor relata-nos ainda diversos outros exemplos da história do *product placement* em filmes, como, por exemplo, nos anos 80, a exibição de Coca-Cola em “Tootsie” e “Blade Runner”, assim como dos óculos Ray-Ban em “Risky Business”, “Top Gun” ou “Rain Man”, dentre tantos outros (*ob cit*, p.144/145).

⁴¹⁶ Neste sentido, “dobbiamo ora segnalare come un aumento sproporzionato delle collocazione, di cui ci hanno già avvertito diversi autori, potrebbe limitare la loro efficacia fino a raggiungere livelli simili a quello della pubblicità tradizionale”(CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.155).

⁴¹⁷ Neste sentido, considerações de CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.156/157.

Como vimos, o *product placement* pode ter por objeto marcas, produtos ou serviços que possam ser identificados pelos telespectadores no mercado de consumo. CARBALLO-CALERO observa que a doutrina italiana tradicional circunscreve este fenômeno ao âmbito audiovisual, ressaltando, no entanto, com fundamento em parte da doutrina espanhola, o surgimento de novos espaços de mídia não publicitários que também estariam aptos a receber hipóteses de colocação do produto⁴¹⁸, a exemplo da música⁴¹⁹, dos jogos e da literatura⁴²⁰ e até blogs e twitter.⁴²¹

Para este autor, o *product placement*, em sua ampla e moderna concepção, poderia, então, ser definido como “a apresentação com escopo publicitário de produtos e serviços, de suas marcas ou de outros elementos distintivos, no cenário de ficção, em sua maior parte audiovisual”.⁴²² Sob esta perspectiva, poderíamos constatar uma hipótese de *product placement* não apenas em espaço de mídia televisiva, mas sempre que a referência a uma marca, produto ou serviço, com escopo publicitário, fosse realizada em um contexto ou espaço não tradicionalmente publicitário.

Para configuração do *product placement* impõe-se demonstrar o *caráter publicitário* da exibição do produto, do contrário não estaremos diante de uma mensagem

---

⁴¹⁸ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.163: “La dottrina giuridica italiana nei suoi diversi studi ha circoscritto il fenomeno del *product placement* all’ambito audiovisivo, e soltanto una parte della dottrina spagnola ha fatto riferimento nei suoi testi più recente all’apparizione di nuovi spazi, che, a nostro avviso, possono essere ugualmente idonei ed efficaci per ospitare ipotesi di *product placement*”.

⁴¹⁹ No Brasil, podemos citar o já mencionado caso da música do Seu Jorge envolvendo o nome da cachaça Sagatiba, e no qual o CONAR entendeu que se tratava de uma canção com natureza publicitária (Representação 09/2007). Na Itália, relata-nos Carballo-Calero o acordo feito entre Def Jam e a empresa Hewlett Packard com o objetivo que os cantores do grupo – especializados em “hip hop” e “música negra” – citem a marca dos produtos de informática em suas canções (*ob. cit.*, p.146).

⁴²⁰ Segundo relato de Carballo-Calero, a Eletronics Arts (EA), principal companhia editorial de videogames do mundo, assinou um contrato com o McDonald’s e a Intel Corp. para realizar *product placement* de seus produtos no “The Sims online” a versão online do jogo “The Sims”. Na literatura, informa o mesmo autor que o livro de Fay Weldon denominado “The Bulgari Connection” contém, como consequência de um contrato remunerado divulgado, numerosas referências a firma italiana de joalheria Bulgari que incluem descrição detalhada de alguns de seus produtos, como por exemplo um exclusivo brinco que se insere na trama do romance (CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.146).

⁴²¹ A larga disseminação do uso de sites de conversas ou diários online, inclusive, de pessoas famosos acabou por se revelar um espaço atrativo para divulgação de marcas e produtos.

⁴²² CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.164: “possiamo definire il *product placement* ‘come la presentazione a scopi pubblicitari di prodotti o servizi, delle loro marche o di altri segni distintivi, nello scenario di finzioni, per la maggior parte audisive’ ”.

publicitária. Se a presença do produto ou da marca se justifica para contextualizar um filme ou mesmo para caracterizar um personagem, ou seja, se decorre da livre iniciativa do produtor, sem qualquer específica finalidade de estimular o consumo de determinado produto ou serviço, não haverá *product placement*. Assim, uma vez ausente o pressuposto da finalidade promocional, nenhuma análise jurídica de (i)licitude se coloca em relação à exibição do produto.

Neste particular, importante consignar, todavia, que nem todas as “colocações de produto” nas quais se demonstre a sua *finalidade publicitária* podem ser consideradas ilícitas; serão considerados ilícitas apenas aquelas que *ocultarem tal finalidade de modo eficaz aos olhos do consumidor*.⁴²³ Disso decorre que, tal como expusemos no estudo da publicidade redacional, o *ocultamento* da finalidade publicitária não pode ser tratado como um elemento conceitual do *product placement*, mas apenas como um requisito de sua ilicitude. Do contrário, não haveria *product placement* lícito, prática que, como já dissemos, não encontra proibição em nosso ordenamento quando devidamente identificada pelos consumidores. Com efeito, como expõe Mansani “a citação ou evidência de um produto ou de sua marca veiculada em jornais, periódicos, transmissão televisiva ou filmes não é vedada enquanto tal, mas apenas enquanto não seja, reconhecível e distinta de modo adequado do contexto no qual é inserida”.⁴²⁴

Assim, para configuração de um *product placement ilícito* é preciso que a apresentação da marca, do produto ou do serviço em determinado programa ou filme apresente clara natureza promocional (i.e. seja intencional) e, ainda, que esta intenção comercial não possa ser percebida pelos consumidores (ocultamento eficiente).⁴²⁵

---

⁴²³ Neste sentido CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.162.

⁴²⁴ MANSANI, L. *La repressione della pubblicità nascosta*, in *CI*, 1995, p.200/201, *apud* CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, p.162.

⁴²⁵ A Diretiva Européia 89/552/CE define especificamente a *comunicação comercial audiovisual oculta* como “a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou das atividades de um fabricante de produtos ou de um fornecedor de serviços em programas, quando essa apresentação seja feita de *forma intencional* pelo fornecedor dos serviços de comunicação social com fins publicitários e possa induzir o público em erro quanto à natureza dessa apresentação. Tal apresentação é, em particular, considerada intencional caso seja feita a troco de pagamento ou retribuição similar”.

Sobre a demonstração do caráter publicitário, podemos assumir, na linha da orientação europeia, que a exibição do produto é intencional (e, portanto, não decorre do contexto narrativo e da liberdade de criação artística) quando realizada mediante pagamento ou retribuição similar. Carballo-Calero⁴²⁶ observa que são raros os casos em que um acordo de *product placement* é associado ao pagamento em dinheiro, devendo-se verificar também como demonstração deste acordo se existe alguma *relação econômica* entre a marca exibida e os responsáveis do programa, do filme ou da série televisiva nos quais ela aparece.

Neste aspecto, a *colaboração nos custos de produção*, através do fornecimento gratuito de produtos de luxo, de cenografia ou locações, etc. podem ser meios eficientes de pagamento. Também se evidencia o caráter publicitário da colocação do produto nas situações em que são realizadas *campanhas promocionais conjuntas* entre a marca exibida e a produção cinematográfica. Por meio da campanha conjunta, a produção, de um lado, reduz seus custos de marketing e a empresa, de outro, pode associar a marca de seu produto ao filme e/ou aos seus protagonistas.⁴²⁷ A campanha conjunta é ainda um meio eficiente para alertar os consumidores acerca da natureza publicitária da presença dos produtos no filme, tendo em vista a ampla e desejada divulgação da associação de suas marcas à produção cinematográfica.

Na ausência de um acordo publicitário ou de uma clara relação econômica entre a marca divulgada e os responsáveis pela obra audiovisual, cumpre verificar se há indícios (*graves, precisos e concordantes*) que demonstrem a natureza da exibição do produto. Trata-se de examinar se a presença do produto ou serviço se justifica por motivos narrativos, resultando em uma liberdade do produtor no desenvolvimento do enredo ou das cenas dos personagens ou, ao contrário, de um interesse comercial.

Parece não haver tal justificativa artística ou narrativa, presumindo-se, por conseguinte, o caráter publicitário da colocação, quando a exibição da marca ou do produto não guarda relação com a cena em que se apresenta ou resulta forçada ou desproporcional

---

⁴²⁶ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.197.

⁴²⁷ Neste sentido, CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.197/198, em citação a doutrina e jurisprudência italiana sobre a matéria.

às necessidades cênicas que respaldaram a sua exibição⁴²⁸ ou ainda se apresenta como artificiosa e estranha ao comportamento natural.⁴²⁹

De outro lado, poderá haver situações em que a presença do produto decorre naturalmente da cena (de modo não artificial) ou ainda se mostra necessária para caracterizar certo personagem ou contextualizar uma época⁴³⁰, situações nas quais a exibição restará justificada por uma necessidade artística ou narrativa, sobretudo, se não houver uma clara diferenciação das marcas relativas aos produtos citados e/ou um enquadramento específico e reiterado dos mesmos, revelando a ausência de finalidade promocional da colocação.⁴³¹

---

⁴²⁸ Assim, PLAZA, Anxo Tato, *Product placement y publicidad encubierta*, p.592 citado por CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.205. Na casuística italiana, a *Autorità Garante* entendeu haver uma visualização desproporcional, reiterada e prolongada da marca do Jornal “La Repubblica” no seriado televisivo “Un Commissario a Roma” (Prov.1291 PI87 de 12.07.93), tendo em vista as diversas referências ao nome do jornal (pelo menos quatro) e a facilidade/proximidade com que ele poderia ser lido; No mesmo sentido, Prov.5456 PI 1535 de 06.11.97, em relação à exibição da marca “Fanta” no seriado “Linda e il Brigadiere II”: nella scena della puntata andata in onda il 28 aprile 1997 in cui è visibile la lattina di aranciata “Fanta”, tra gli altri prodotti che la ragazza sorregge tra le mani (in particolare, patatine e pop corn, dei quali non si distingue il marchio), la lattina è messa in particolare evidenza, in quanto è tenuta in posizione frontale rispetto alla cinepresa in modo tale da renderne chiaramente leggibile il marchio per almeno due volte con l’immagine della ragazza inquadrata a mezza figura. Inoltre, tale inquadratura appare artificiosa in relazione alla sequenza in cui la ragazza tiene tra le braccia in posizione innaturalmente più alta rispetto al busto i predetti prodotti, di cui è chiaramente e reiteratamente visibile soltanto il marchio dell’aranciata “Fanta” e appare priva di qualsiasi esigenza narrativa o di caratterizzazione del personaggio”.

⁴²⁹ Neste sentido ainda decisão da *Autorità Garante* no provv. 3305 (PI 532) – Film College Muratti – de 4.10.95, no qual foi considerado não natural a forma como a protagonista manejava o pacote de cigarro, revelando o intuito de mostrar a marca ao telespectador: “la innaturale gestualità utilizzata nel film nel maneggiare il pacchetto, ovvero la completa estraneità dell’immagine di un pacchetto di sigarette dal contesto della scena”. Ressaltou-se em certa cena que o fato da protagonista segurar com a mesma mão a bolsa e um pacote de cigarro, em movimento não usual, teve o claro fim de tornar legível a marca do produto (ciò in particolare nella scena che si svolge nel ristorante dove la protagonista è costretta a tenere innaturalmente con una stessa mano il pacchetto di sigarette e la borsetta pur di mettere in mostra il dorso del pacchetto”).

⁴³⁰ MÉNDIZ NOGUERO indica a utilidade narrativa na exibição de certo produto para delimitar um determinado momento histórico, como no filme “De volta ao futuro”, quando Marty McFly solicita uma Pepsi Max em 1955, reforçando no telespectador a idéia que se produziu um salto no tempo (NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Nuevas formas publicitarias*, Universidad de Málaga, 2007, p.57.

⁴³¹ Neste particular, afastando a natureza publicitária da presença do produto, vale notar decisão da *Autorità Garante* em relação à colocação de diversas marcas prestigiosas no filme de James Bond, “Il domani non muore mai” justificadas para a caracterização do agente 007 (Prov.6388 PI1815, de 09.04.98). Do mesmo modo, a *Autorità* considerou no caso “Rai/Ford-MS” (Prov.3903 PI784, de 16.05.1996) que tanto o veículo Ford guiado pelo protagonista quanto a presença do cigarro “Ms” no programa televisivo “Il Maresciallo Rocca” serviram, dentre outros, para caracterizar os personagens, ressaltando, ainda, que não foram feitos enquadramentos excessivamente próximos e artificiais dos produtos, concluindo que não havia indícios fortes, precisos e concordantes para qualificar estas duas exibições como publicitárias. Ainda na série “Linda e Il Brigadiere” (Prov.5326 PI1473 de 18.09.1997) a *Autorità* entendeu que a presença do cigarro “Diabolik” era necessária para a caracterização de duas protagonistas, mais especificamente para retratar a sua personalidade, não tendo sido feitas distintivas referências em relação ao produto.

Como pondera a jurisprudência italiana na análise dos indícios, os parâmetros principais a serem examinados no caso concreto são, “de um lado, a natureza específica dos enquadramentos, o seu caráter aproximado ou reiterado, a clara visibilidade das marcas comerciais inseridas, de outro, a existência de concreta exigência narrativa (ou artística), a necessidade de caracterizar situações ou personagens, a naturalidade e a pertinência de tais cenas, etc.. As cenas em questão devem ainda ser examinadas em sua globalidade sem a possibilidade de se isolar artificialmente passagens individuais.”⁴³²

O exame da (ausência de) *justificativa cênica* da presença do produto como meio de prova *presunção* de sua natureza publicitária deve ser feita com muita cautela, pois, como adverte Carballo-Calero, “um uso frívolo e pouco rigoroso deste mecanismo probatório poderia limitar o direito à liberdade de expressão e de manifestação artística dos profissionais envolvidos, no sentido que afrontaria o seu trabalho condicionado ao temor que qualquer aparição de um produto ou de seus signos distintivos viessem erroneamente qualificada como publicitária e não como verdadeiramente artística”.⁴³³ A admissão de indícios como meio de prova para o fim de qualificar a presença do produto como publicidade oculta devem, portanto, ser graves (*gravi*), precisos (*precisi*) e concordantes (*concordanti*), tendo em vista o direito à liberdade de criação.⁴³⁴

Caso constatada a finalidade publicitária da presença do produto (i.e. não decorre da exigência natural da narrativa ou dos personagens), importa examinar se tal

---

⁴³² “In quest’ottica, i parametri principali da prendere in esame sono, da un lato, la natura specifica delle inquadrature, il loro carattere ravvicinato o reiterato, la chiara leggibilità dei marchi commerciali raffigurati, dall’altro, l’esistenza di concrete esigenze narrative (o artistiche), l’esigenza di caratterizzare situazioni o personaggi, la naturalità e l’occasionalità di tali scene; ecc.. Ovviamente le scene in questione devono essere analizzate in maniera globale, senza possibilità di isolare artificialmente singoli passaggi” (Prov.3903 PI784 Rai/Ford-Ms, 16.05.1996 *dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*).

⁴³³ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.* p.206: “un uso frivolo e poco rigoroso di questo meccanismo probatorio potrebbe limitare il diritto alla libertà di espressione e di manifestazione artistica dei professionisti coinvolti, nel senso che questi affronterebbero il loro lavoro condizionati dal timore che qualunque apparizione di un prodotto o dei suoi segni distintivi venisse erroneamente qualificata come pubblicitaria e non come veramente artistica”.

⁴³⁴ “Tenendo conto dell’esigenza di tutelare la libertà delle creazioni artistiche, nonché la libertà di manifestare il proprio pensiero, gli elementi presuntivi dovranno essere, tuttavia, valutati con cautela e dovranno risultare gravi, precisi e concordanti al fine di spingere a qualificare le scene in questione come pubblicità non palesi” (Prov.3903 PI784 Rai/Ford-Ms, 16.05.1996).

finalidade restou camuflada ou imperceptível pelos seus destinatários. Como dissemos, o acordo de *product placement* dentro de um filme ou programa televisivo não é ilícito em si mesmo, mas apenas nos casos em que esta finalidade não venha manifesta de modo adequado.⁴³⁵

A questão merece atenção, haja vista que a exibição com intenção comercial vem inserida em um espaço de mídia não publicitário (i.e. filmes, programas, seriados) e por esta razão pode induzir em erro os consumidores quanto à real natureza de sua apresentação.

De outro lado, o uso escancarado desta prática em novelas e programas de entretenimento – quase ao nível de uma publicidade tradicional – chega mesmo a colocar a dúvida se os telespectadores já não estariam aptos a identificar a cena onde aparece a *colocação do produto* com finalidade promocional, o que levou alguns doutrinadores a se perguntarem, como Pasqualotto, se “a inserção de matéria publicitária no contexto do programa configura clandestinidade ou se a prática é hoje tão disseminada que se tornou claramente perceptível. Em princípio a segunda afirmação parece verdadeira, mas sempre pode surgir uma técnica mais refinada que burle a sagacidade do consumidor”.⁴³⁶

Em matéria de publicidade, o intérprete deve centrar-se no exame do caso concreto, para avaliar se o público – pela apresentação da mensagem e/ou tendo em conta medidas adicionais de informação – está apto a identificar uma situação em que a exibição do produto apresenta finalidade publicitária. Neste particular, parece-nos fundamental enfrentar a questão da obrigatoriedade de informação ao consumidor acerca do fato de que o programa contém cenas de *product placement* ou *merchandising*.

---

⁴³⁵ Neste sentido, posicionamento da doutrina, cf. CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, p.221, que traz ainda posicionamento de MANSANI, *La repressione della pubblicità nascosta*, p.200. A este propósito, a doutrina espanhola de MASSAGUER, J., assinala que o artigo 11 da Ley General de Publicidad “no parece imponer la obligación de destinar un espacio especial a la publicidad, sino solo la obligación de identificarla adecuadamente, con el empleo de los pertinentes recursos gráficos, auditivos, visuales o audiovisuales” (*Comentario a la ley de competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p.226).

⁴³⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Oferta e Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, in “*Contratos Empresariais: Contratos de Consumo e Atividade Econômica*”, coordenação Teresa Ancona Lopez e Ruy Rosado de Aguiar, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

Parte da doutrina estrangeira e brasileira que se ocupou da matéria defende a necessidade de se utilizar “mensagens de advertência” para informar os telespectadores sobre a natureza publicitária da exibição do produto em certo filme ou programa televisivo.⁴³⁷ Trata-se de medida informacional que evitaria, em qualquer hipótese, uma possível configuração do *product placement* como modalidade de publicidade oculta. Ao assumirmos esta premissa como necessária ao dever de transparência surge ainda a questão acerca do *momento* em que a inserção de tal advertência deveria ocorrer: se no início, ao final ou durante o programa audiovisual.

Parece-nos ponderada e legítima a posição daqueles que defendem que a advertência deve ser obrigatoriamente incorporada no *início* da obra audiovisual e, facultativamente, ao *final* da mesma⁴³⁸, por ser medida que atende aos direitos básicos dos consumidores à adequada informação e identificação da natureza publicitária da mensagem e se mostra, de outro lado, compatível com os interesses do produtor audiovisual e da empresa detentora da marca citada.

Com efeito, a inserção *prévia* não altera a narrativa e/ou o conteúdo do filme ou do programa e ainda permite aos espectadores identificarem adequadamente a natureza do *product placement*.⁴³⁹ A veiculação da mensagem apenas *a posteriori* poderia ser uma medida insuficiente se considerarmos que os diversos espectadores tendem a desligar a televisão ou abandonar o cinema no momento em que são passados os créditos finais, embora possa, em certos casos, proteger aqueles que ligaram a televisão no meio do programa.

---

⁴³⁷ No Brasil: NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p.67; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e., *CBDC comentado...*, p.322. Na doutrina estrangeira: UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.301; CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.236; MANSANI, L. *Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, 1988, p.934-935 e, na Espanha, por todos, TATO PLAZA, A. *Product placement y publicidad encubierta*, p.593-594.

⁴³⁸ CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, p.237: “crediamo che l’identificazione della natura pubblicitaria della collocazione potrebbe essere realizzata attraverso una serie de indicazioni che dovrebbero esse obbligatoriamente incorporate all’inizio dell’opera audiovisiva e, facoltativamente, alla fine della stessa”. E também UNNIA, Federico, *ob. cit.*, p.301.

⁴³⁹ Neste sentido, PLAZA, Anxo Tato. *Product placement y publicidad encubierta*, p.594 *apud* CARBALLO-CALERO, *ob. cit.*, p.238. E também BENJAMIN, que ressalta que a advertência *prévia* não viola o requisito da imediatidade: “esta tem por *ratio* evitar a identificação a posteriori. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor no momento da veiculação do *mechandising*, possa identifica-lo, de imediato, como publicidade” (CBDC..., p.322).

Desta forma, a veiculação da advertência *antes* e ao *final* do programa parece ser medida que melhor atende às preocupações envolvidas.⁴⁴⁰

A mensagem prévia deve ainda ser inserida em local visível, antes do início do programa, e precisa estar escrita em caracteres legíveis, o que também impõe sua permanência por um tempo mínimo na tela para ser lida. Quanto ao seu conteúdo, deve informar que o programa “contém cenas de exibição de produtos ou serviços de caráter publicitário”. Nas palavras de Benjamin é preciso que advirta que no programa “ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços”, considerando que a palavra “*merchandising*”, no Brasil, está associada à exibição de produtos com finalidade promocional.

A colocação do produto, portanto, embora não seja proibida, deve se ajustar aos deveres de transparência, sobretudo, porque vem inserida em espaço de mídia não publicitário, fragilizando a defesa dos telespectadores e possibilitando a burla às normas atinentes à publicidade tradicional. Assim, para uma melhor adequação do seu uso e com vistas a evitar excessos, considerando as peculiaridades inerentes de uma mensagem promocional em um contexto estranho à atividade publicitária, é preciso que os telespectadores sejam informados claramente acerca da existência da colocação do produto, no início e no fim do programa. Esta mensagem também não pode interferir na independência editorial do fornecedor do serviço de comunicação social, bem como não

---

⁴⁴⁰ A esse respeito, vale notar que concordamos com grande parte da doutrina que entende ser contraproducente a transmissão simultânea da advertência durante a cena da colocação do produto. Tal solução, como bem ressalta Carballo-Calero, não apenas prejudicaria o direito do autor à integridade da obra, mas sobretudo causaria injustamente uma valoração negativa da mesma perante seus espectadores. De outra parte, observa este mesmo autor que não resultaria agradável visualizar a expressão “mensagem publicitária” (típica do mundo real) no curso de uma cena de ficção, o que além de desviar a atenção do espectador parece incompatível com a capacidade própria do cinema como instrumento de evasão (Carballo-Calero, *ob. cit.*, p.238). No Brasil, Nelson Nery Junior e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim também não propugnam pela inserção do crédito simultâneo à colocação do produto, mas sim previamente ao filme ou ao programa de televisão, “*comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá merchandising de tais e tais produtos ou serviços*” (BENJAMIN, *ob. cit.*, p.322). Segundo ainda BENJAMIN o fato da advertência ser anterior não viola o requisito da imediatidade: “esta tem por ratio evitar a identificação a posteriori. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor no momento da veiculação do merchandising, possa identifica-lo, de imediato, como publicidade. Este autor vai ainda além aduzindo que “por cautela, o crédito, nos programas que são fragmentados, deve ser reapresentado tantas vezes quanto sejam os fragmentos. E para proteger os consumidores que não tenham oportunidade de assistir ao início do programa (ligaram a televisão após a abertura da novela, por exemplo), também se deve exigir que os créditos sejam repetidos ao final de cada fragmento” (*CBDC comentado...*, p.322).

deve encorajar diretamente a compra ou aluguel de produtos ou serviços, por meio de referências promocionais.⁴⁴¹

Por fim, cumpre notar que o *product placement* ora estudado assemelha-se ao acordo de patrocínio, embora diferenças importantes existam entre eles na forma de divulgação da marca. Com o termo patrocínio, explica-nos a doutrina italiana, “se individualizam hoje, na prática empresarial, relações negociais de conteúdo extremamente heterogêneo, mas predominantemente relacionados aos setores de esporte, de cultura e de algumas formas de espetáculo, ou de um modo geral de entretenimento em sentido lato, por meio dos quais uma empresa (patrocinadora) se propõe a incrementar a própria notoriedade e a própria imagem aos olhos do público por efeito da ressonância que a união ou a ligação, nas mais variadas formas, a eventos ou pessoas de público interesse podem aportar ao seu nome, a sua marca ou ao seus produtos”.⁴⁴²

Para fins de comparação com o *product placement* cumpre-nos examinar especificamente o patrocínio audiovisual, definido como toda contribuição de uma empresa para o financiamento de um programa (rádio ou televisão) ou filme, com o escopo de promover o seu nome, sua marca, sua imagem, suas atividades ou seus produtos.⁴⁴³ No patrocínio há a clara vinculação e identificação da marca ou do nome da empresa ao financiamento de certo filme ou programa audiovisual, identificação esta que muitas vezes não é clara na colocação do produto.

---

⁴⁴¹ A já mencionada Diretiva Européia 2007/65/CE em sua *Consideranda* (63) dispõe que “o patrocínio e a colocação do produto deverão ser proibidos nos casos em que influenciem o conteúdo dos programas de um modo que afete a responsabilidade e a independência editorial do fornecedor do serviço de comunicação social. A colocação de temas está incluída nesses casos”.

⁴⁴² FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina, COTTAFI, Pierluigi, *Pubblicità Ingannevole...*, p.94. No original: “con il termine <<sponsorizzazione>> si individuano oggi, nella pratica imprenditoriale, rapporti negoziali di contenuto estremamente eterogeneo, ma prevalentemente attinenti ai settori dello sport, della cultura e di talune forme di spettacolo, o più in generale dell’entertainment i senso lato, per messo dei quali un’impresa (sponsor) si propone di incrementare la propria notorietà e la propria immagine agli occhi del pubblico per effetto della risonanza che l’abbinamento o il collegamento, nelle più svariate forme, a eventi o persone di pubblico interesse possono apportare al suo nome, al suo marchio o ai suoi prodotti”.

⁴⁴³ Na definição do artigo 1º (k) da Diretiva 89/552/CEE, conforme recentes alterações da Diretiva 2007/65/CE, “patrocínio” é “qualquer contribuição feita por empresa pública ou privada ou pessoa singular que não esteja envolvida na oferta de serviços de comunicação social audiovisual nem na produção de obras audiovisuais para o financiamento de serviços de comunicação social ou programas audiovisuais, com o intuito de promover seu nome, a sua marca, a sua imagem, as suas atividades ou os seus produtos”.

Sua semelhança com a *colocação do produto* está justamente no fato de que a promoção da marca ou do produto não se dá através de uma publicidade tradicional, mas se realiza pela sua inserção em contexto diverso à atividade publicitária, por meio de associação da marca a situações ou personagens que nos resultem fascinantes.⁴⁴⁴

No *product placement* esta associação vem, porém, necessariamente inserida dentro do conteúdo do filme ou programa, em sua narrativa, ao passo que no patrocínio as alusões ao patrocinador, em regra, são feitas previamente ao início do programa, sem que de seu conteúdo façam parte⁴⁴⁵. Os telespectadores são informados, previamente de que certo filme ou programa contou com o patrocínio de tais e tais empresas.

Do ponto de vista da análise jurídica, percebe-se, então, que para o patrocinador é interessante que um maior número de telespectadores tenha conhecimento deste acordo publicitário, enquanto que no *product placement* esta identificação muitas vezes é ocultada ou não se mostra tão claramente. Assim, por exemplo, se um filme é patrocinado por uma empresa de bebidas e, eventualmente seu produto é exibido, os consumidores têm condições de identificar a sua presença na narrativa como decorrente do acordo publicitário. O ocultamento da relação comercial existente entre a marca divulgada e o responsável pela produção audiovisual seria, assim, a principal diferença existente entre estas duas modalidades de divulgação da marca⁴⁴⁶, o que justifica, tal como ocorre para o

---

⁴⁴⁴ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández (*ob. cit.*, p.174) ao comentar as similitudes entre estas duas técnicas observa que: “não se trata de promover o produto evidenciando as suas características ou os seus valores, dado que o objetivo é despertar o interesse do público mediante uma série de técnicas pelas quais associamos o produto a situações ou personagens que nos resultam fascinantes. Neste sentido, seja o patrocínio seja o *product placement*, rendem possível a associação entre o produto promovido e uma situação totalmente estranha à atividade empresarial daqueles que o divulgam”. [No original: “*non si tratta di promuovere il prodotto evidenziando le sue caratteristiche e i suoi pregi, dato che l’obiettivo è risvegliare l’interesse del pubblico mediante una serie di tecniche per le quali associamo il prodotto a situazioni o personaggi che ci risultino affascinanti. In questo senso, sia la sponsorizzazione che il product placement, rendono possibile l’associazione tra il prodotto pubblicizzato ed un situazione totalmente estranea all’attività imprenditoriale di coloro che lo reclamizzano*”].

⁴⁴⁵ Neste sentido *Consideranda* (61) da Diretiva Européia 2007/65/CE (que alterou a redação da Diretiva 89/552): “(...) O critério decisivo que distingue o patrocínio da colocação do produto é o fato de, na colocação do produto, a referência ao produto estar inserida no conteúdo do programa, razão pela qual definição constante da alínea m) do artigo. 1º da Diretiva 89/552/CEE, com a redação que lhe é dada pela presente diretiva, contém o termo “num”. Em contrapartida, as referências ao patrocinador podem ser mostradas durante um programa sem todavia dele fazerem parte integrante”.

⁴⁴⁶ Neste sentido, as colocações de CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández, *ob. cit.*, p.175: “da un punto di vista giuridico, la principale distinzione tra le due modalità ha le sue radici nel fatto che nel *product*

patrocínio, que os telespectadores possam identificar quando o programa contém cenas de *product placement*. Neste aspecto, podemos dizer que nas situações em que a colocação do produto é adequadamente identificada pelos consumidores esta prática se assemelha ao patrocínio.

Por derradeiro, importante neste estudo ainda distinguir a colocação do produto *vis à vis* a chamada publicidade subliminar.

A doutrina costuma estudar a *publicidade subliminar* quando está a tratar do *product placement*. Isto ocorre, uma vez que, ambas as técnicas podem ser enquadradas no gênero mais amplo de publicidade oculta. No entanto, diferenças importantes existem entre elas.

O *product placement*, como vimos, não consiste em técnica publicitária proibida em nosso ordenamento, tampouco na legislação estrangeira. O problema está em verificar se o consumidor entende e identifica quando a exibição (oral ou visual) de certo produto, serviço ou marca em determinado contexto narrativo (filme ou programa de entretenimento) apresenta natureza publicitária. Não há nesta mensagem ausência de consciência acerca dos produtos exibidos, mas eventual indução em erro quanto aos reais motivos de sua colocação no programa.

Já na chamada publicidade subliminar, ressalta a doutrina, haveria a própria falta de consciência por parte dos telespectadores em relação às mensagens publicitárias. Com efeito, Carballo-Calero define a publicidade subliminar como “aquela que, voltando-se ao *inconsciente* das pessoas, age através de técnica de produção de estímulos sem resultar conscientemente percebida. Age, de conseqüência, estimulando uma série de desejos nos espectadores, que a recebem sem filtrá-la com os mecanismos críticos da consciência”. Tal mensagem, “na medida em que age sob o limiar mínimo da percepção consciente, pode influir sobre seus destinatários de modo a induzi-los a realizar

---

placement generalmente la relazione tra la marca reclamizzata ed il responsabile della produzione audiovisiva rimane occulta; in tal modo, non si rende evidente la natura pubblicitaria della collocazione, per cui il messaggio pubblicitario è irriconoscibile come tale dal pubblico. Al contrario, nella sponsorizzazione pubblicitaria lo sponsor ha interesse affinché l'accordo di sponsorizzazione venga conosciuto dal maggior numero di persone. (...) di conseguenza, se consideriamo che l'occultamento della natura pubblicitaria è la principale caratteristica che differenzia il *product placement* della sponsorizzazione”.

determinados atos”.⁴⁴⁷ Este também é o entendimento de Adalberto Pasqualotto para quem a publicidade subliminar “atua no plano inconsciente do indivíduo enquanto as formas publicitárias, inclusive as infradoras, agem sobre o consciente, tentando induzir o consumidor a determinado comportamento voluntário”.⁴⁴⁸

O referido efeito subliminar seria produzido através da projeção de imagens a uma velocidade tão elevada de modo a resultar imperceptível ao nível sensorial pelos consumidores.⁴⁴⁹

A já comentada Diretiva Européia 89/552/CEE (“Televisão sem fronteiras”) com a nova redação que lhe conferiu a recente Diretiva 2007/65/CE (de 11/12/2007), dispõe em seu artigo 3º-E (1.b) que “as comunicações comerciais audiovisuais não devem utilizar técnicas subliminares”. A *Ley General de Publicidad* da Espanha (Ley 33/1988) tipifica como ilícita a publicidade subliminar (artículo 3 d), definindo-a como aquela que “mediante técnicas de produção de estímulos de intensidade fronteiriças aos limiares dos sentidos ou análogo, pode atuar sobre o público destinatário sem ser conscientemente percebida”.⁴⁵⁰

O Código de Publicidade português (Decreto-lei 330/90), por sua vez, também veda o uso de imagens subliminares (Art.9.1.), conceituando a publicidade subliminar

---

⁴⁴⁷ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez, *ob. cit.*, p.170. No original: “*La pubblicità subliminale è quella che rivolgendosi all’inconscio delle persone, agisce attraverso tecniche di produzione di stimoli senza venire consapevolmente percepita. Agisce, di conseguenza, stimolando una serie di bisogni negli spettatori, che la percepiscono senza filtrarla con i meccanismi critici della coscienza. Nella misura in cui agisce al di sotto della soglia minima della percezione cosciente, può influire sui suoi destinatari fino al punto di indurli a realizzare determinati atti*”.

⁴⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto, *Oferta e Publicidade no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 65.

⁴⁴⁹ De modo a exemplificar a publicidade subliminar, CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez (*ob. cit.*, p.170, rodapé n.40) menciona experimento de James Vicary ao final dos anos 50 que incluía mensagem subliminar ao interno de uma projeção cinematográfica. Durante a projeção do filme “Picnic” em um cinema de Nova Jersey apareciam sob a tela a cada 5 segundos frases como “beba Coca-Cola” ou “coma pipoca” sob a forma de flash absolutamente imperceptível aos olhos humanos, mas teoricamente capazes de deixar um traço no subconsciente. O experimento teria proporcionado um aumento significativo no consumo de coca-cola e de pipoca. O jurista observa, porém, que outros autores teriam questionado a demonstração dos efeitos desta mensagem; se o aumento da demanda teria se dado em razão do experimento ou à contemporânea abertura de pontos de venda de tais produtos nas salas cinematográficas.

⁴⁵⁰ “Artículo 7. A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.

como “a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”.

No Brasil, não há uma norma específica, mas é certo que a proibição à publicidade subliminar decorre dos deveres de lealdade e transparência nas relações de consumo, previstos nos artigos 4º, 6º, IV, 36 e 37 do CDC.

Como se nota das diversas definições legislativas e doutrinárias, a diferença entre o estudado *product placement* e a publicidade subliminar é clara: por meio da técnica subliminar evitar-se-ia a própria percepção consciente da mensagem publicitária, enquanto que no *product placement ilícito* ela seria percebida conscientemente pelos sentidos, porém, não como publicitária, tendo em vista o ocultamento de sua verdadeira natureza (i.e. das razões que motivaram a colocação do produto ou da marca em certa obra de ficção).⁴⁵¹ São estas diferenças que tornam a publicidade subliminar proibida por todos os ordenamentos, enquanto a colocação do produto (*product placement*) não é *per se* proibida, embora deva sempre respeitar o dever de transparência.

---

⁴⁵¹ Segundo CARBALLO-CALERO, Pablo Fernandez (*ob. cit.*, p.172) a principal diferença entre estas duas técnicas seria a seguinte: “mentre nella pubblicità subliminale i messaggi pubblicitari possono essere colti solo dall’inconscio, nel *product placement* si percepiscono coscientemente, ma non come pubblicitari. In questo modo, nella pubblicità subliminale la tecnica di montaggio utilizzata evita la percezione cosciente del messaggio pubblicitario dell’informazione attraverso una forma di comunicazione che, pur essendo percepibile dai sensi, inganna lo spettatore quanto ai veri motivi sottesi all’inserimento di un determinato prodotto o servizio in un contesto narrativo”.

5.2. Teaser

Teasers são mensagens que visam preparar o mercado para uma nova campanha publicitária. Apresentam-se de modo enigmático, pois, o seu objetivo é despertar a expectativa e curiosidade nos consumidores acerca de novos produtos ou serviços a serem lançados.

Teaser, em inglês, quer significar “provocante”, do verbo *tease*, “provocar”. É por assim dizer “o anúncio do anúncio”, elaborado de modo instigante para aumentar o interesse dos consumidores a respeito do novo produto e gerar um índice mais elevado de audiência. Trata-se de prática bastante comum no *marketing* nacional e internacional e que encontra previsão, inclusive, no artigo 9º, parágrafo único, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP).⁴⁵²

Por consistir na peça que irá preparar o mercado para a efetiva campanha publicitária, tendo por finalidade específica gerar maior impacto nos consumidores, o *teaser* pode não conter a identificação do seu caráter publicitário de maneira tão evidente, pois, do contrário atuaria contra a curiosidade que pretende suscitar. Nesta mensagem, admite-se que a empresa, o produto ou serviço não sejam ainda revelados aos consumidores, sem que de tal omissão implique em violação ao princípio da identificação da publicidade (CDC 36). Isto se justifica pelo fato de que o *teaser* representa apenas a *primeira fase* da campanha publicitária, seguindo-se, logo após, uma *segunda* na qual se revela o mistério anunciado e se divulga de modo inequívoco o caráter publicitário da mensagem.⁴⁵³ Neste sentido, o *teaser* é uma peça publicitária auxiliar à campanha publicitária central e deve ser analisada dentro de todo o esforço publicitário desenvolvido para divulgação daquele produto, e não, portanto, apenas em seu fragmento.

---

⁴⁵² Art.9º. “Ficam excetuadas do preceito acima [i.e., identificação clara da marca, da firma ou entidade patrocinadora de qualquer anúncio] as campanhas em fase de *teaser* (mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados)”.

⁴⁵³ Conforme lição de PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais...*, p.91: “Por vezes, as campanhas publicitárias são precedidas de anúncios preparatórios, não identificados, que contêm uma mensagem curta, destinada a despertar curiosidade ou interesse, deixando no ar uma interrogação, que será respondida pelos anúncios subseqüentes”.

No uso desta técnica é comum que se façam perguntas ou interrogações para serem logo em seguida respondidas. Em 2002, por exemplo, ficaram conhecidos os *teasers* utilizados na campanha da American Express que continham perguntas como "Cadê o Sérgio?", "Onde está o Sérgio?", divulgadas por 15 dias em revistas e outdoors de modo a despertar a curiosidade dos consumidores para o lançamento do novo cartão de crédito *American Express Green*. O conceito central da campanha estava vinculado à criação de um personagem principal de nome Sérgio e sua companheira Ana. Nas peças seguintes, nas quais se desvendava a interrogação, os referidos personagens viviam experiências novas e gratificantes, tendo no uso do cartão *American Express Green* o instrumento viabilizador de tais momentos, graças às suas qualidades. Também ficou conhecido o *teaser* veiculado na campanha da empresa Hope, que trazia a modelo Cicarelli com uma faixa preta nas partes íntimas (insinuando nudez, mas sem que se pudesse ver partes do seu corpo) para depois, em novo outdoor, revelar que se tratava do lançamento da nova calcinha sem costura, que era vestida pela modelo.

Embora seja uma técnica publicitária preparatória muito usada e que, de fato, tem por função aguçar a curiosidade, o *teaser* deve tomar o cuidado para não abusar da boa-fé do consumidor. A esse respeito, identificamos na casuística discussões importantes acerca da enganosidade ou abusividade dos *teasers*.

No Brasil, ficou conhecida a campanha de relançamento de certa ração de cachorro na qual foram utilizados *teasers*, que, veiculados em mídia impressa e televisiva, e por meio dos quais se noticiavam o desaparecimento de uma cadela labradora chamada "Daisy". A campanha envolveu também a colocação de faixas pelas cidades com os termos "Fugiu uma cadela chamada Daisy. Criança inconsolável" e um número para contato, produzidas de modo similar àquelas utilizadas por proprietários de cães nestas situações. Os *teasers* duraram apenas 4 dias, sobrevivendo em seguida as peças publicitárias que esclareciam o suposto desaparecimento da cadela Daisy. Tratava-se, em verdade, do lançamento da ração Bonzo (não havia cadela desaparecida, mas tal apelo foi utilizado para gerar maior impacto ao lançamento da nova ração, que trazia a cadela de volta ao lar). A campanha gerou muita discussão acerca da enganosidade ou não dos *teasers*, mesmo tendo sido revelado o seu conteúdo logo em seguida aos consumidores, desfazendo

qualquer confusão. O CONAR entendeu que teria havido um abuso no uso desta técnica enquanto que o PROCON/SP arquivou o procedimento investigativo.

Em outro caso, de lançamento de uma enceradeira elétrica, foram divulgados, em revistas e outdoors, *teasers* que continham foto de uma mulher jovem, elegantemente vestida, "debruçada e de joelhos" (ou de "quatro"), posição que, posteriormente desvendada pela publicidade, mostrava-se desnecessária para o enceramento de assoalhos, em virtude da nova enceradeira elétrica. O anúncio foi considerado agressivo e violador da dignidade da mulher, especialmente na primeira fase de *teasers*, quando não é revelado o produto, mostrando-se apenas a foto da mulher em posição bastante questionável do ponto de vista da respeitabilidade (Representação n.127/89).

Os *teasers*, portanto, em regra, não se submetem ao princípio da identificação da mensagem publicitária, haja vista o seu objetivo de preparar o mercado para o lançamento de um produto, sendo de sua essência despertar a curiosidade. Se houvesse a clara identificação da empresa, da marca ou do produto, atuaria contra a sua finalidade. Embora sem identificar claramente o seu caráter publicitário, o seu conteúdo não deve ser confundido com matérias editoriais. Se o *teaser* utilizar-se de mensagem de conteúdo redacional ou descritivo, impõe-se que se veicule o alerta "informe publicitário", ainda que sem revelar a marca, a empresa ou o produto, mas de modo que o consumidor entenda que se trata de um mensagem publicitária.

Em resumo, se parece correto afirmar que não se pode afastar dos *teasers* o controle de enganosidade e abusividade (CDC 37), também é verdade que eles devem ser examinados dentro do contexto de uma campanha publicitária, o que se torna possível, sobretudo, à luz do caso concreto, diante das imagens e textos veiculados como um todo.

5.3. Exagero publicitário e publicidade de tom excludente

Há certas mensagens publicitárias que apresentam conteúdo manifestamente exagerado e que não são levadas a sério pelos consumidores nem ao pé da letra. Tais mensagens, qualificadas como *exageros publicitários* ou *hipérboles publicitárias* não estão

submetidas ao princípio da veracidade, pois não possuem aptidão para induzir os consumidores em erro.

Com efeito, o artigo 37, § 2º do CDC, que reflete o princípio da veracidade, tem por conteúdo impedir que os consumidores sejam enganados pela mensagem publicitária, qualquer que seja o meio. A expressão *notoriamente exagerada* e que o público assim a reconhece não é, à primeira vista, reprovável juridicamente, e consiste em técnica publicitária utilizada para chamar a atenção dos consumidores sobre uma empresa, produto ou serviço ou para enaltecer a qualidade de seu produto. Se de seu conteúdo, porém, não restar claro o exagero, então poderá não se configurar a hipérbole e a mensagem publicitária ficará sujeita ao princípio da veracidade, isto é, à comprovação pelo fornecedor.

Fusi-Testa-Cotaffavi definem a hipérbole como “a afirmação publicitária consistente em um evidente *exagero da verdade*, de todos reconhecível como tal, e, portanto, incapaz de levar ao engano mesmo o consumidor mais desavisado”.⁴⁵⁴ Consiste na elevação máxima das qualidades do produto ou serviço, geralmente pelo uso de advérbios ou de adjetivos em grau superlativo.

Em toda hipérbole publicitária há um *mínimo de verdade*⁴⁵⁵, afinal o fornecedor exagera uma qualidade existente no produto. O anunciante ao falar de sua empresa, mercadoria ou serviço aumenta excessivamente esse “mínimo veraz”, porém, por todos identificado como um *exagero desprovido de fundamento objetivo*. Assim, se uma empresa anuncia que tem “o melhor bolo de chocolate do mundo”, tal afirmação, porque notadamente exagerada, não é tomada a sério pelos consumidores, embora um mínimo de verdade dela se deva esperar, isto é, o bolo deve ser de excelente qualidade, ainda que não comprovadamente o “melhor do mundo”. Ou seja, o exagero é lícito “se com ele não se

---

⁴⁵⁴ FUSI-TESTA- COTTAFIVI, *Pubblicità ingannevole...*, p.133. O Tribunal alemão define o exagero publicitário como “um elogio de tom altissonante carente de fundamento objetivo que o público não toma a sério nem ao pé da letra”. Neste sentido, informa DEVESA, Carlos Lema. *Problemas jurídicos de la publicidad...*, p.69, que este conceito foi formulado pelo Tribunal Supremo do *Reich*, a partir de sentença de 18 de setembro de 1931 e posteriormente aceito pela doutrina.

⁴⁵⁵ Neste sentido também a doutrina espanhola, cf. DEVESA, Carlos Lema. *ob cit.*, p.69.

faltar substancial e objetivamente com a verdade”.⁴⁵⁶ A afirmação exagerada deve guardar relação com atributos reais dos produtos anunciados.

Neste sentido, doutrina e jurisprudência espanhola qualificam os exageros publicitários como “aquelas expressões, com um conteúdo total ou parcialmente comprovável, que o público reconhece, sem dúvida alguma, como exageros carentes de todo fundamento”.⁴⁵⁷ São expressões que *não* possuem pautas objetivas para determinar sua exatidão ou inexatidão ou que apresentam um sentido figurado. Como, porém, o consumidor não outorga crédito às mesmas não resulta enganado ou induzido em erro. Assim, por exemplo, o clássico slogan “*Bom Bril. 1001 utilidades*” para enaltecer ao máximo as qualidades desta palha de aço.

Na casuística italiana foram também consideradas afirmações evidentemente exageradas, sem que pudessem induzir os consumidores em erro, as expressões “*Com Fuji 10 anos a menos*”; “*O relógio mais preciso do mundo. Em absoluto*”, ou ainda a visualização de uma camisa que saia da máquina de lavar esticada e pronta para ser usada, para ilustrar (de modo evidentemente exagerado) o funcionamento de um modelo de eletrodoméstico dotado de dispositivo de secagem.⁴⁵⁸

Na Espanha, considerados ainda exageros lícitos exemplificativamente: i) o slogan “*único em aroma, delicioso em sabor*”, utilizado para enaltecer uma marca de café solúvel; ii) a frase “*Old Oxford é único*”, para dizer que o produto é excelente; iii) a

---

⁴⁵⁶ VADILLO, Ruiz. *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, citado por DEVESA, Carlos Lema. *Problemas jurídicos de la publicidad...*, p.71.

⁴⁵⁷ Assim, PLAZA, Anxo Tato. *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y el la doctrina del jurado de la publicidad...*, p.14. E também decisão do Jurado de la Publicidad (Sección Segunda), en resolución de 18 de noviembre de 1997, AUC vs Iberia Líneas Aéreas de Espana: “*las exageraciones publicitarias son aquellas expresiones, con un contenido total o parcialmente comprobable, que el publico reconoce, sin duda alguna, como tales exageraciones carentes de todo fundamento*”. A doutrina espanhola faz ainda uma distinção entre os chamados “juízos estimativos publicitários” e as “hipérboles”. Embora figuras próximas, na medida em frequentemente os juízos estimativos se apresentam em um tom exagerado, para esta doutrina, haveria um diferença: enquanto os juízos não possuem um conteúdo comprovável, porque fundados em opiniões pessoais do anunciante (ex: “o melhor sabor”), as exagerações publicitárias possuiriam um conteúdo total ou parcialmente comprovável (DEVESA, Carlos Lema, *ob. cit.*, p.66). Não vemos grande utilidade na distinção tendo em vista que nas duas situações o consumidor não leva a sério as alegações e a consequência pratica é mesma: para ambas se subtraem a aplicação do princípio da veracidade. Em nossa opinião os exageros inócuos se confundem com os juízos estimativos de valor, não sendo *objetivamente* comprováveis.

⁴⁵⁸ Casuística trazida por FUSI-TESTA-COTTAFVI, *ob. cit.*, p. 133/134 e também por FUSI-TESTA, in *Diritto e Pubblicità...*, p.73/74.

expressão de que certo xampu anticaspa dava ao cabelo “*o aspecto limpo e saudável da primeira juventude*”, compreendida como hipérbole inverossímil; iv) o uso do exagero “*milhares e milhares de pessoas*” que teriam atestado a qualidade de determinado produto de beleza.⁴⁵⁹

Por outro lado, não se considerou exagero inócuo o *claim* publicitário “diga adeus a caspa depois de *apenas 7 dias*”, por apresentar *conteúdo específico* que poderia ser levado a sério pelos consumidores em relação ao tempo necessário para se obter o resultado apregoado. Não havia prova de que a caspa seria eliminada em definitivo em apenas 7 dias de uso do produto, o que poderia induzir os consumidores em erro. A *Autorità Garante* ressaltou ainda que na hipérbole publicitária há a genérica exaltação e ênfase das características do bem, ao passo que, no caso concreto, a expressão publicitária continha referências a dados específicos.⁴⁶⁰

A doutrina também observa a distinção existente entre os simples exageros e aquelas afirmações através das quais o anunciante se apresenta ao público consumidor em posição de superioridade ou exclusividade em relação aos demais produtos ou concorrentes do mercado. Tais mensagens, chamadas de *publicidade de tom excludente* estão submetidas ao princípio da veracidade, quando suas afirmações possam ser tomadas a sério pelos consumidores, característica que as distingue do mero exagero publicitário.

---

⁴⁵⁹ Casuística trazida por DEVESA, Carlos Lema. *Problemas jurídicos...*, p.73/74 e p.127.

⁴⁶⁰ Provvedimento n.9234 (PI3130), “Shampoo Fructis”, de 15/02/2001 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: “Pertanto, non appare potersi condividere quanto affermato dall’operatore, secondo cui la contestata affermazione “Dire addio alla forfora dopo solo 7 giorni” rappresenta un’iperbole pubblicitaria, con ciò intendendosi la generica magnificazione ed enfaticizzazione delle caratteristiche del bene, in quanto la stessa contiene riferimenti a dati di fatto specifici, tali dovendosi ritenere il richiamo ai vantati effetti del prodotto e ai tempi necessari per conseguirli, indicati dal messaggio”. Em outro caso, por entender não haver referência específica a empresa ou ao serviço, mas alegações genéricas de exagero, a *Autorità Garante* julgou hiperbólicas as expressões “líder no Lazio” e “a mais eficiente” em relação à publicidade de uma agência matrimonial: “Le espressioni utilizzate nel messaggio “leader nel Lazio” e “la più efficiente in campo matrimoniale”, attesa la mancanza di specifici riferimenti relativi alle caratteristiche dell’operatore pubblicitario, devono ritenersi delle mere iperbole pubblicitarie. La comunicazione pubblicitaria in oggetto si limita, pertanto, sia pure attraverso una palese magnificazione delle caratteristiche dell’operatore pubblicitario, a segnalare la presenza, nel mercato delle agenzie matrimoniali, dell’agenzia Star Little IN.SE.VA.. Alla luce di quanto esposto, si deve ritenere che le indicazioni “leader nel Lazio” e “la più efficiente in campo matrimoniale” non siano idonee a indurre in errore i destinatari sulle caratteristiche dell’operatore pubblicitario e a pregiudicarne il comportamento economico” (Provvedimento n. 6806 (PI2161), Agenzia Matrimoniale Star Little In.Se.Va, de 14/01/1999).

Na esteira do quanto propugnado pelos espanhóis, a publicidade de tom excludente “é toda afirmação não exagerada e objetivamente comprovável que em uma parte não irrelevante dos círculos de consumidores interessados suscita a impressão de que a empresa, mercadoria ou serviço anunciados ocupam uma posição singular que não é alcançada por nenhum competidor”.⁴⁶¹ Isto é, quando o correspondente círculo de destinatários interpreta a publicidade no sentido de que só existe no mercado a empresa ou o produto anunciado (exclusividade), ou quando, apesar de admitir a existência de concorrentes, a publicidade sugere uma primazia da empresa, do produto ou serviço anunciados, através da utilização de expressões que são objetivamente comprováveis e que se distinguem da mera exaltação de qualidade do produto (exagero). Considerando, assim, que o público pode outorgar crédito aos anúncios de tom estritamente excludente, a depender do caso concreto, tais expressões podem provocar o engano dos consumidores se não fundamentadas em dados comprováveis.

Cumprе notar que a publicidade de tom excludente é modalidade lícita de publicidade “na medida em que a posição de primazia ou de preeminência alegada seja exata, incumbindo ao anunciante o ônus de provar a sua exatidão”⁴⁶², ou seja, desde que verdadeira. Se não estiver apoiada em fatos certos e comprováveis seu uso apresentará potencial enganoso, pois poderá afetar o comportamento econômico dos consumidores induzidos em erro pela alegada, porém, não comprovada, exclusividade ou superioridade no mercado.⁴⁶³ São expressões que a depender do contexto adquirem caráter objetivo e portanto estão sujeitas ao dever de comprovação.

Assim, por exemplo, o uso de palavras como “somente”, “exclusivo”, “único”, “o mais” na publicidade, quando relacionadas à exclusividade ou à primazia da empresa anunciante, produto ou serviço ofertado no mercado, podem configurar publicidade de tom excludente sujeitas à comprovação. Aqui, prudente enfatizar, no entanto, que não se pode

---

⁴⁶¹ DEVESA, Carlos Lema. *Problemas jurídicos...*, p.24: “la publicidad de tono excluyente es toda afirmación no exagerada u objetivamente comprobable que una parte no irrelevante de los círculos de consumidores interesados suscita la impresión de que la empresa, mercancía o servicio anunciados ocupan una posición singular que no es alcanzada por ningún competidor”.

⁴⁶² Assim Resolución del Jurado de la Publicidad de 15/07/2002 (Royal Canin Ibérica vs Hill’s Pet Nutrition) também mencionada por PLAZA, Anxo Tato. En *torna a la reciente evolucion de la jurisprudencia publicitaria...*, p.6.

⁴⁶³ Consoante entendimento de DEVESA, Carlos Lema, *ob. cit.*, p.67 “la publicidad de tono excluyente puede devenir en una subhipótese de la publicidad engañosa”.

interpretar a palavra usada na peça publicitária em seu sentido literal. Apenas haverá uma hipótese de publicidade excludente se ficar claro que a mensagem objetivou apresentar a empresa, o produto ou o serviço em posição de supremacia ou exclusividade no mercado e assim foi compreendida pelos consumidores destinatários. Do contrário, haverá mero exagero publicitário ou exaltação das qualidades dos produto.

É preciso, portanto, sempre distinguir entre *simples exagero* ou *juízo estimativo do anunciante*, não sujeitos ao princípio da veracidade justamente porque assim identificados pelos consumidores, daquelas afirmações que podem induzir os consumidores em erro porque geram expectativas acerca de alguma superioridade ou exclusividade do anunciante ou de seu produto e, por conseguinte, devem ser passíveis de comprovação e demonstração específica para continuarem sendo utilizadas pelo fornecedor.

No Brasil, algumas publicidades de caráter excludente podem ser mencionadas e sofreram alterações por parte do órgão autorregulamentar (CONAR), haja vista a possibilidade de serem tomadas como verdadeiras pelos consumidores, embora não houvesse sua comprovação pelo fornecedor anunciante.

Determinou-se, assim, na publicidade da Brastemp a exclusão da frase “*Nenhuma outra lavadora é mais resistente que uma Brastemp*”, tendo em vista a inexistência de dados que comprovassem a afirmação específica acerca da resistência (Representação n.281/08). Também na publicidade do iogurte Activia, o órgão entendeu que as frases “Descubra o *único iogurte* desenvolvido especialmente para ajudar a resolver o problema do intestino preguiçoso” e “*Só o Activia* traz o bacilo DanRegularis, que age regulando o intestino” induziam os consumidores a atribuírem exclusividade nesse atributo do produto (i.e, auxílio na regulação do intestino), quando, em verdade, existiam outros iogurtes no mercado com as mesmas finalidades, determinando, por conseguinte, a supressão de qualquer afirmação de singularidade ou exclusividade no mercado de iogurte (Representação n.299/06).⁴⁶⁴ Da mesma forma, exigiu-se a alteração do slogan “O 31 é

---

⁴⁶⁴ Na Itália, a *Autorità Garante* julgou que a frase publicitária “a *verdadeira* porta blindada é *Vighi*” não poderia se configurar simples exagero por entender que o consumidor tomaria a sério a alegação de exclusividade, podendo ser induzido em erro acerca da qualidade atribuída ao produto, quando existia no mercado outros produtos com as mesmas características e requisitos (Provvedimento n. 3789 PI689, Porte

sempre mais barato. Com ou sem promoção”, devido ao fato de que outras operadoras de telefonia apresentavam tarifas mais baratas (Representação 336/05).⁴⁶⁵ Por outro lado, o CONAR, na Representação n.22/09, admitiu a utilização do *claim* “*L’Oreal- o 1º protetor solar anti-idade com secagem imediata*” tendo em vista tratar-se, de fato, do primeiro protetor a oferecer os dois benefícios em um único produto (secagem imediata e anti-idade).

Das análises acima mencionadas depreende-se o pertinente raciocínio de que se a publicidade exaltar a supremacia ou exclusividade da empresa em certa localidade geográfica, tal alegação também deve estar sustentada em dados fáticos, pois o consumidor espera que seja a melhor ou a principal empresa ou produto da *região* correspondente.

Em suma, para se estabelecer a existência de uma hipótese de simples exagero publicitário – e não de uma publicidade de tom excludente – é preciso que o consumidor não tome a sério as alegações, porque desprovida de objetiva comprovação desde à primeira vista ou porque reflete um mero juízo de valor do anunciante, assim também reconhecido pelos consumidores (ex: “o *melhor sabor*” consiste em uma alegação de cunho subjetivo e pessoal do fornecedor). Se, todavia, a publicidade aparentar ao público consumidor uma posição de exclusividade do anunciante frente aos outros competidores, esta alegação estará sujeita ao princípio da veracidade.

A constatação de uma hipótese de hipérbole publicitária e, por conseguinte, do fato do consumidor não restar induzido em erro pelo exagero, dependerá certamente do exame da publicidade no caso concreto (de seu texto e/ou imagens), podendo auxiliar nesta análise a verificação do veículo utilizado, o setor econômico a que pertence o anunciante, bem como a natureza do produto.

Vighi de 11/04/1996). Para essa conclusão, mostrou-se relevante, no entanto, a *natureza do produto*, com especificidade técnica e de difícil conhecimento e distinção pelos consumidores.

⁴⁶⁵ O CONAR também determinou a alteração dos slogans “31 - o DDD mais usado do Brasil” (Representação 331/05); “Super 15 – o mais usado pelos paulistas” (Representação 201/06).

Neste particular, pontua a doutrina europeia⁴⁶⁶ que há certos setores em que o exagero publicitário é mais usual, como no segmento de cosméticos e detergentes. De fato, ninguém poderá acreditar que os cabelos ficarão idênticos àqueles do anúncio de televisão. No entanto, se uma *característica específica* do produto for anunciada na publicidade, então estará sujeita à comprovação. O mesmo se diga das ilustrações exageradas de brilho e limpeza imediata dos diversos produtos de limpeza e detergentes. Há outros setores, porém, nos quais não se deve admitir a técnica do exagero, por envolverem a saúde física e psicológica do consumidor, como são os anúncios de produtos farmacêuticos e medicinais, os de emagrecimento e dietéticos. Também deve ser aplicado com extremo rigor o princípio da veracidade para as publicidades relativas à oferta de emprego e cursos de formação profissional; que envolvam operações imobiliárias; que afetem o dinheiro e o crédito dos consumidores, haja vista que relacionadas à saúde financeira e psicológica do consumidor. Também não deve ser usado o exagero para anunciar produtos com especificidades técnicas e dos quais o consumidor ordinário não tenha condições de distinguir as suas características.⁴⁶⁷

Por fim, as frases claramente humorísticas, irônicas e satíricas também devem ser interpretadas como exageros publicitários. Uma das formas mais frequentemente utilizada para apresentar um exagero em relação a um produto ou ao que se pode esperar dele consiste em empregar o humor na publicidade.⁴⁶⁸ Assim, entende a doutrina especializada que não se pode aplicar com todo o rigor o princípio da veracidade aos anúncios “chistosos”, graciosos ou cômicos, devendo-se conceder uma certa margem de liberdade ao anunciante que pratica uma publicidade jocosa.⁴⁶⁹

---

⁴⁶⁶ DEVESA, Carlos Lema. *Problemas Jurídicos...*, p.79/80.

⁴⁶⁷ O INDECOPI, tradicional órgão peruano competente para julgar matéria de publicidade, sancionou empresa de gás líquido de petróleo por incluir em suas publicidade a afirmação “o único produto de qualidade”, ao julgar que neste mercado, altamente sensível pela segurança, o atributo “qualidade” estava ligado precisamente ao de “segurança”, pelo que o uso de tal afirmação poderia ensejar confusão nos consumidores em relação à falta de qualidade (relacionada predominantemente com a “segurança”) dos demais produtos similares do mercado. A comissão determinou que o termo “qualidade” não poderia ser julgado como uma apreciação subjetiva da empresa, nem deixar de acreditar-se sua veracidade (Resolución n.022-2000/CCD-INDECOPI, emitida en el expediente n.001-2000/CCD).

⁴⁶⁸ Neste sentido, pontua a doutrina espanhola de FERRER, *Publicidad*, citada por DEVESA, Carlos Lema. *Problemas jurídicos...*, p.77.

⁴⁶⁹ Assim, aduz DEVESA, Carlos Lema: “En efecto, al ver o al oír expresiones publicitarias de esta índole, el publico no las toma en serio; en consecuencia, tales locuciones non son susceptibles de inducir a error a los consumidores. Quiere esto decir que no puede aplicarse con todo su rigor el principio de veracidad a los

O consumidor deve, porém, reconhecer imediatamente o caráter humorístico da correspondente publicidade, do contrário, se houver dúvida, a mensagem poderá ser levada a sério e apresentar conteúdo de tom excludente. Adalberto Pasqualotto também reconhece o humor como espécie de exagero publicitário, ao que chama de “hipérbole humorística”. Segundo o autor, esta técnica, “que se tornou mais freqüente, substitui o enfoque exclusivo sobre o produto por uma situação bem humorada, de fácil assimilação e memorização”.⁴⁷⁰

Também não se deve aplicar com extremo rigor às mensagens humorísticas o princípio da não abusividade da publicidade (37 §2º CDC). A sátira é reconhecida como uma forma de manifestação da criação publicitária e, como dissemos, um maior grau de liberdade deve ser concedido ao anunciante. Não são raras as campanhas que recorrem ao humor, às brincadeiras, e situações jocosas, para expressar qualidades de seus produtos ou serviços e nem por isso se configuram em modalidade de publicidade abusiva. A sátira deve ser compreendida como expressão da liberdade de criação, observando-se sempre os limites aceitos em cada sociedade.⁴⁷¹

5.4. Publicidade testemunhal

É comum verificarmos na publicidade o envolvimento de pessoas dramatizando cenas da vida cotidiana com o objetivo de confirmar a qualidade de certo produto ou serviço, demonstrar suas propriedades ou formas de utilização. No entanto, estas cenas de ficção, tão freqüentes para a divulgação de bens e serviços do fornecedor, não devem ser confundidas com a chamada publicidade testemunhal, que, via de regra, é desenvolvida por celebridades e/ou especialistas. Nenhum consumidor poderá acreditar que os atores ou modelos empregados em uma peça publicitária seriam na realidade usuários dos respectivos produtos ou serviços anunciados (e.g. a clássica cena da família

---

anuncios chistosos, graciosos o cómicos, sino que debe otorgarse un cierto margen de libertad al anunciante que practica una publicidad una publicidad jocosa”. (*Problemas Juridicos...*, p.77).

⁴⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos obrigacionais...*, p.97.

⁴⁷¹ A respeito do uso do humor na publicidade e as situações em que foi utilizado sem conteúdo abusivo ou discriminatório, remetemos o leitor ao item 2.4.1 do Capítulo 4º (“Publicidade discriminatória de qualquer natureza”).

reunida à mesa para consumir um alimento; duas donas de casa comentando sobre a vantagem de certo detergente; publicidade de um remédio para dor de cabeça, em que o personagem comenta a qualidade do produto para o alívio rápido da dor, não baseado em suas próprias opiniões, mas no lugar e em nome do fornecedor).

Assim, nem todo envolvimento de pessoas ou celebridades na publicidade configura um endosso ou testemunho publicitário. Para tanto, necessário que a participação do endossante seja no sentido de expressar suas próprias experiências ou conhecimentos acerca dos produtos e serviços anunciados ou sobre determinadas características dos mesmos. A publicidade testemunhal pode ser, assim, definida como toda mensagem publicitária em que os consumidores são levados a acreditar na existência de opiniões, crenças ou experiências de uma *pessoa distinta do anunciante* ainda que a visão expressa pela parte seja idêntica àquela do anunciante.⁴⁷² Tais publicidades podem envolver a participação de pessoas célebres ou prestigiosas, de especialistas, empresas ou instituições ou ainda depoimentos dos próprios consumidores dos produtos e serviços objeto do anúncio.

A publicidade testemunhal consiste em técnica de grande efeito persuasivo, tendo em vista que os consumidores tendem a outorgar maior credibilidade às opiniões e juízos de terceiras pessoas do que aquelas manifestadas pelo próprio anunciante.

Considerando, pois, que os depoimentos testemunhais exercem influência importante sobre o público consumidor, um cuidado maior se apresenta em relação à utilização desta modalidade pelos anunciantes.⁴⁷³ As mensagens testemunhais estão igualmente sujeitas à aplicação do princípio da veracidade e, deste modo, devem refletir

---

⁴⁷² Neste sentido definição do órgão americano *Federal Trade Commission*: “an endorsement means any advertising message (...) that consumers are likely to believe reflects the opinions, beliefs, findings, or experiences of a party other than the sponsoring advertiser, even if the views expressed by the party are identical to those of the sponsoring advertiser” (*Endorsment and Testimonial guides*, § 255.0 b). De modo bastante similar é a definição constante do Anexo Q do Código brasileiro de Autorregulamentação publicitária segundo a qual “testemunhal é o depoimento, endosso ou atestado através do qual pessoa ou entidade diferente do Anunciante exprime opinião, ou reflete observação e experiência própria a respeito de um produto”.

⁴⁷³ O CONAR reconhece no Anexo Q (“Testemunhais, Atestados, Endossos”) de seu código ético que o testemunhal é “técnica capaz de conferir maior força de comunicação, persuasão e credibilidade às mensagem publicitária” requerendo, por conseguinte, “recomendações especiais”, constantes daquele Anexo.

verdadeiramente os benefícios ou resultados apregoados pelo testemunhante, bem como as suas reais impressões ou experiências, sob pena de se revelarem enganosas (artigo 37, §1º CDC). O anunciante deve ainda reproduzir com exatidão as palavras do testemunhante e apenas utilizar o testemunho de uma celebridade, especialista ou instituição enquanto tiver boas razões para acreditar que a pessoa continua validando a opinião exarada.⁴⁷⁴

Em relação às *pessoas* que emitem testemunho com fins publicitários, isto é, tendo em vista um acordo ou interesse comercial, estas podem ser de três ordens: a) testemunhos de pessoas célebres ou famosas; b) testemunhos de *experts* ou especialistas (pessoa física ou jurídica) e; c) testemunhos de consumidores individuais.

Na primeira hipótese, necessário, antes de mais nada, definir o conceito de pessoa célebre para fins de qualificação de uma publicidade testemunhal. Uma pessoa é considerada célebre ou popular quando sua imagem ou nome são facilmente reconhecidos ou identificados pelo público consumidor. O testemunho de uma celebridade pode ou não guardar conexão com a sua atividade profissional. Haverá conexão, por exemplo, se a publicidade veicular declaração de um velocista famoso a respeito das qualidades de certa marca de tênis, pressupondo-se, nesta situação, que ele é um usuário do produto ou que teve experiências de uso em relação à marca exaltada. Se, por outro lado, este mesmo velocista apenas exalta as vantagens de uma marca de celular, ele figurará apenas como simples consumidor do produto, sem qualquer conhecimento aprofundado sobre as características do mesmo e, a depender da situação, sua presença na publicidade se limitará a mero porta-voz do anunciante, hipótese que não restará configurada nenhuma publicidade testemunhal.

Com efeito, enfatize-se que a contratação ou intervenção de uma pessoa famosa em determinado anúncio nem sempre resultará em uma publicidade testemunhal. Se a celebridade se restringe a simplesmente apresentar o produto ou serviço, sem verter juízos

---

⁴⁷⁴ Neste sentido é a orientação do FTC: “The endorsement message need not be phrased in the exact words of the endorser, unless the advertisement affirmatively so represents. However, the endorsement may not be presented out of context or reworded so as to distort in any way the endorser’s opinion or experience with the product. An advertiser may use an endorsement of an expert or celebrity only so long as it has good reason to believe that the endorser continues to subscribe to the views presented. An advertiser may satisfy this obligation by securing the endorser’s views at reasonable intervals where reasonableness will be determined by such factors as new information on the performance or effectiveness of the product, a material alteration in the product, changes in the performance of competitors’ products, and the advertiser’s contract commitments”. (*Endorsment and Testimonial guides*, § 255.1 b).

de valor ou opiniões baseadas em sua experiência de uso, então esta publicidade não poderá ser qualificada como testemunhal, figurando a celebridade como mero porta-voz (*spokesman*) do anunciante, vale dizer, no lugar e em nome do anunciante. Em suma, um garoto(a) propaganda.

Contrariamente, se a celebridade endossante produz um testemunho de uso do produto ou atesta a sua qualidade como efetiva consumidora, ou exerce atividade relacionada ao produto anunciado, impõe-se que tais impressões pessoais sejam reais e verdadeiras sob pena de enganosidade dos consumidores. Neste particular, cumpre observar que a publicidade não poderá sugerir aos consumidores que o testemunhante usa regularmente o produto ou serviço, ou mesmo que possui uma larga experiência em relação ao produto/serviço utilizado se esse contato com o bem ofertado se deu de maneira apenas isolada ou ocasional.

Por oportuno, ressalte-se ainda que o testemunho em nenhuma situação exime o fornecedor de provar a veracidade das alegações constantes da publicidade sempre que questionado, devendo manter em seu poder os dados fáticos e técnicos que dêem sustentação à mensagem testemunhal (artigos 36, parágrafo único e 38 do CDC). Vale notar que o Código de Ética do CONAR também dispõe que “o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável” (artigo 27, § 9º b. do CBARP) e ainda que “todo o anunciante, ou sua agência, estará obrigada a comprovar/demonstrar a veracidade do testemunhal, sempre que isto lhe for solicitado” (item 5.1 do Anexo Q do CBARP). Em outras palavras, o conteúdo da mensagem está sempre sujeito à exigência de veracidade independentemente de quem as transmita.

Mais recentemente, com o avanço da Internet, os fornecedores encontraram nos chamados *blogs* e *twitters* um espaço interessante para a divulgação de seus produtos e serviços. Tais espaços, conhecidos como “diários virtuais” de pessoas (célebres ou não) é um local onde se relatam as mais diversas vivências, ideias e opiniões, inclusive, sobre o uso de produtos e serviços. A utilização de *blogs* e *twitters* para divulgação de produtos e serviços encontra, porém, duas problemáticas: em primeiro lugar, é um espaço que não revela de modo claro aos leitores o eventual conteúdo publicitário de declarações sobre as qualidades de uma marca ou produto; em segundo lugar, havendo conteúdo publicitário em

tais declarações – além de identificáveis – estas devem estar pautadas pelo princípio da veracidade.

Apesar de inexistir no Brasil – ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo⁴⁷⁵ – discussão e regulamentação mais específica sobre a publicidade na Internet, especialmente, em *blogs* e *twitters*, é certo que, por força dos princípios e normas que informam a publicidade no CDC, os depoimentos e testemunhos acerca de produtos e serviços devem ser *verdadeiros* (i.e. baseados em reais opiniões ou experiências pessoais do dono do *blog* ou *twitter*) ou quando não estiverem baseados em suas experiências de uso (neste caso funcionando como mero porta-voz do anunciante), devem estar fundamentados em estudos científicos promovidos pelo fornecedor que dêem sustentação às alegações constantes dos diários virtuais, caso apregoem, por exemplo, resultado específico obtido com o produto (artigos 36, parágrafo único e 37 do CDC). Em qualquer hipótese, porém, os consumidores devem ter condições de reconhecer o conteúdo publicitário de tais declarações, sempre que elas decorrerem de um vínculo comercial com o fornecedor em observância ao princípio da identificação da publicidade (artigo 36, *caput* do CDC).

Em outras palavras, deve-se aplicar à Internet as mesmas normas que regem a publicidade veiculada na televisão e imprensa escrita: transparência e veracidade na publicidade virtual. As informações veiculadas em páginas pessoais da Internet sujeitas à aplicação do CDC devem, no entanto, apresentar *caráter publicitário*, vale dizer, não serem fruto da liberdade de expressão e manifestação da pessoa detentora da página, pois a natureza promocional das declarações é pressuposto para incidência da legislação consumerista. Para tal verificação, entendemos como válidas as mesmas regras e indícios já estudados por ocasião da identificação do caráter publicitário da publicidade redacional e do *product placement* (5.1.1 e 5.1.2 *retro*).

---

⁴⁷⁵ A recentíssima (2009) revisão pela *Federal Trade Commission* das chamadas *Guides concerning the use of Endorsment and Testimonials in Advertising* apresentou como motivação justamente o tema da publicidade em novos meios de mídia (e.g. blog, twitter, etc.), conforme se depreende da discussão trazida na exposição de motivos da sua nova Guideline. Nesse sentido, v. *Guides concerning the use of Endorsment and Testimonials in Advertising*, pg. 5 e ss.

Os testemunhos podem ainda ser provenientes de *experts* ou *especialistas*, assim compreendidos como “pessoa, grupo ou instituição que, como resultado da experiência, estudo ou treinamento, possui conhecimento de um determinado tema, e esse conhecimento é superior àqueles geralmente adquiridos por pessoas comuns”.⁴⁷⁶ Os conhecimentos do *expert* ou perito devem necessariamente estar relacionados ao produto ou serviço objeto da publicidade. Além disso, se a publicidade estiver baseada em um testemunho isolado do especialista, ela não deverá sugerir aos consumidores que o mesmo reflete o consenso da categoria profissional, da entidade ou da associação a que, eventualmente, pertença. Além disso, o endossante deverá pautar-se pelas normas éticas que regulamentam a profissão em questão.⁴⁷⁷

Há ainda uma terceira categoria de testemunhos, que são exarados por *consumidores* dos produtos e serviços publicizados. Para efeitos de análise da publicidade testemunhal, se entende por consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire bens ou contrata serviços no mercado como destinatário final e econômico, para a satisfação de suas próprias necessidades (artigo 2º do CDC). Os consumidores não são pessoas conhecidas pelo público em geral, tampouco possuem conhecimento técnico ou especializado sobre os produtos e serviços elogiados. Mas sempre que manifestarem suas próprias opiniões ou experiências estão sujeitos ao princípio da veracidade.

Os testemunhos de consumidores acerca de suas experiências com o uso do produto ou relativamente ao desempenho com ele obtido em regra são interpretados como representativos de um resultado que pode ser obtido pelos consumidores em geral em relação ao produto. Tais testemunhos não podem ser qualificados como uma evidência

---

⁴⁷⁶ *Federal Trade Commission, Guides concerning the use of the Endorsement and Testimonial in Advertising*, § 255 (e): “for purpose of this part, an expert is an individual, group, or institution possessing, as a result of experience, study, or training, knowledge of particular subject, which knowledge is superior to what ordinary individuals generally acquire”. Em sentido parecido, definição do Código Ético do órgão brasileiro de Autorregulamentação “testemunhal de especialista/perito: é prestado por depoente que domina conhecimento específico ou possui formação profissional ou experiência superior ao da média das pessoas” (Anexo Q).

⁴⁷⁷ Assim, dispõe o código ético do CONAR em seus itens 1.1. a 1.4 do Anexo Q: “1.1. o anúncio deverá sempre nomear o depoente e apresentar com fidelidade a sua qualificação profissional ou técnica. 1.2. O produto anunciado deverá ter estrita correlação com a especialidade do depoente. 1.3. O anúncio que se apoiar em testemunho isolado de especialista ou perito não deverá causar a impressão que ele reflete o consenso da categoria profissional, da entidade ou associação que, eventualmente, pertença. 1.4. O testemunho prestado por profissional estará limitado pelas normas legais e éticas que disciplinam a respectiva categoria”.

científica confiável, mas por refletirem experiências próprias dos consumidores, influem sobre público destinatário. Nesse passo, é fundamental que a empresa anunciante possua fundamentação ou estudos que dêem suporte às alegações exaradas pelos consumidores testemunhantes, demonstrando que o resultado apregoado, de fato, pode ser obtido pelos consumidores de um modo geral (36, parágrafo único e 38 CDC). Caso não se sustentem, a mensagem poderá ser qualificada como enganosa.⁴⁷⁸ Vale notar que, de qualquer modo, os testemunhos dos consumidores não devem versar sobre assuntos de natureza técnica ou científica em relação aos quais não detêm capacitação ou habilitação profissional compatível.

Note-se, ademais, que se para obtenção de certo resultado for preciso que o consumidor, juntamente com o uso do produto, promova mudanças em seu estilo de vida (ex: exercícios físicos, mudança de hábito alimentar ou alimentação controlada/balanceada, ingestão de líquidos, etc.), é preciso que tais aspectos sejam ressaltados na publicidade, especialmente se baseada em testemunho de outros consumidores. Do contrário, o produto poderá aparentar uma característica milagrosa ou medicamentosa inexistente. Tais enganosidades ou exageros enganosos são muito freqüentes em anúncios de produtos de emagrecimento, nos quais se exalta a perda de quilos sem que o consumidor precise fazer qualquer esforço, bastando a ingestão do produto ou o uso de certo aparelho (e.g.: “Perdi 10kg em uma semana”) e, mais recentemente, também em relação à exaltação de propriedades funcionais de diversos produtos alimentícios.

Finalmente, cumpre notar que há certas modalidades de testemunhos que embora não apresentem caráter publicitário, dado que provenientes de terceiras pessoas (físicas ou jurídicas) sem qualquer interesse ou relação econômica com o fornecedor, geralmente são utilizadas pelo anunciante em sua publicidade, apresentando, nessas situações, hipótese de publicidade testemunhal. São exemplos de tais publicidades: a) a resenha de um filme cinematográfico, elaborada por um crítico de cinema e citada pelo

---

⁴⁷⁸ Em sentido parecido, é a recomendação da *Federal Trade Commission* nas suas revisadas *Guides concerning the use of Endorsement and Testimonials in Advertising*, § 255.2 (a): “An advertisement employing endorsements by one or more consumers about the performance of an advertised product or service will be interpreted as representing that the product or service is effective for the purpose depicted in the advertisement. Therefore, the advertiser must possess and rely upon adequate substantiation, including, when appropriate, competent and reliable scientific evidence, to support such claims made through endorsements in the same manner the advertiser would be required to do if it had made the representation directly, i.e., without using endorsements. Consumer endorsements themselves are not competent and reliable scientific evidence”.

fornecedor em sua publicidade. Esta resenha é considerada pelo público consumidor como expressão de juízo pessoal do crítico e não como uma afirmação proveniente do produtor ou distribuidor do filme. Justamente por isso a sua reprodução pelo fornecedor deve corresponder exatamente à opinião do crítico não podendo, ademais, ser distorcida ou descontextualizada de tal modo que possa conduzir a uma interpretação diversa daquela que efetivamente declarou ou quis expressar em sua declaração.

Também se enquadram na modalidade de testemunho sem fins publicitários: i) os escritos de clientes, como cartas de agradecimento ou de recomendação direcionadas ao produtor, e nas quais os consumidores expressam suas impressões ou experiências em relação ao produto anunciado ou ainda; ii) os resultados de análises e pesquisas comparativas realizadas entre produtos por uma empresa independente e sem qualquer interesse ou relação econômica com os fornecedores. Igualmente, a reprodução pelo anunciante em suas publicidades de tais cartas de clientes ou de resultados de pesquisas efetuadas por revistas ou institutos independentes devem refletir de maneira *exata* as opiniões ou experiências de tais pessoas ou institutos. Não devem ser apresentadas fora de seu contexto, nem manipuladas ou reelaboradas pelo anunciante de tal sorte que distorçam a opinião do terceiro.⁴⁷⁹ O anunciante não se exime, porém, como já mencionado, do ônus de comprovar as alegações constantes de suas publicidades sempre que questionado.

A publicidade testemunhal, portanto, consiste em técnica publicitária lícita desde que não deforme os fatos publicados ou fundamente-se em testemunhos não verdadeiros ou carentes de comprovação fática ou científica, capazes de induzir os consumidores em erro a respeito das reais propriedades ou características do produto ou serviço anunciado. Destarte, por força do artigo 37 §1º do CDC, os fornecedores anunciantes respondem objetivamente pelas falsas ou insubsistentes declarações realizadas por meio de testemunhos ou endossos.

Os testemunhantes ou endossantes, por seu turno, também devem ser responsabilizados pelas declarações feitas no curso de seus testemunhos, se agiram com

---

⁴⁷⁹ Como bem ressaltado no código ético do CONAR “o uso de dados de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência”. (artigo 27, § 7º b).

dolo ou culpa em suas declarações. Se o testemunhante presta um testemunho sabidamente enganoso, age dolosamente, beneficiando-se da mesma forma que a empresa fabricante, sendo razoável obrigá-lo a comprovar a veracidade das manifestações pelas quais recebeu uma compensação econômica

Também se espera que o endossante tenha o dever de diligência em verificar a exatidão das informações prestadas antes de referendar o produto anunciado. Parece razoável exigir de um personagem célebre, da instituição ou do consumidor endossante que adotem as medidas necessárias para assegurar a veracidade de suas declarações. Nesse passo, o testemunhante responde com culpa se ficar demonstrada a sua ausência de diligência, não respondendo evidentemente pelos eventuais estudos enganosos apresentados pelo fornecedor. Em nenhuma situação, porém, poderá ser atribuído à pessoa outorgante uma responsabilidade objetiva, esta sim, apenas aplicável ao fornecedor. Importante sempre distinguir no caso concreto se o personagem da publicidade faz declarações com base em suas próprias opiniões e experiências pessoais ou se ele atua como mero porta-voz do fornecedor.⁴⁸⁰

5.5. Publicidade comparativa

5.5.1. Conceito, modalidades e previsão normativa

Como se sabe a marca é utilizada pelo empresário para identificar os seus produtos e serviços no mercado consumidor e bem distingui-los dos outros similares comercializados pelos concorrentes. No âmbito competitivo, porém, esta função característica da marca pode se mostrar insuficiente, ou melhor, requerer investimentos complementares, de modo a torná-la ainda mais conhecida e valorizada. Assim, não raro o empresário detentor de uma marca recorre a outros meios de diferenciação de seus produtos em relação aos de terceiros, como, por exemplo, através da publicidade e, em particular, da publicidade comparativa.

---

⁴⁸⁰ Para um estudo mais detalhado sobre a Responsabilidade Civil na publicidade remetemos ao Capítulo 6º (*infra*).

A publicidade comparativa consiste, pois, na técnica cuja função é a de colocar em relevo a supremacia ou vantagem dos produtos ou serviços próprios do anunciante em relação aos dos concorrentes através da confrontação das características dos primeiros frente aos segundos. O anunciante contrapõe a própria oferta com a oferta de um terceiro de modo a demonstrar aos consumidores que os produtos ou serviços distribuídos sob a marca do empresário anunciante são superiores aos produtos ou serviços alheios, destacando-se, por conseguinte, a maior conveniência de sua oferta.⁴⁸¹

A doutrina especializada assinala que o elemento constitutivo da publicidade comparativa, como o seu próprio nome traduz, é a existência de uma comparação entre empresas ou entre seus produtos e serviços, pois seria mesmo estranho imaginar uma publicidade comparativa sem que nenhum confronto fosse realizado.^{482 483}

---

⁴⁸¹ Para FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina, e COTTAFAVI, Pierluigi: “Come l’espressione stessa suggerisce, s’intende per “pubblicità comparativa” la comunicazione d’impresa nella quale l’azienda o il prodotto o servizio pubblicizzati vengono messi a confronto con altre aziende o con i prodotti o servizi offerti sul mercato da altre imprese” (*Le nuove regole per la Pubblicità Comparativa*, Christian Marinotti Edizione, Milano: 2000, p.6).

⁴⁸² Neste sentido, FUSI-TESTA-COTTAFAVI, para os quais “il confronto” “è l’elemento costitutivo della fattispecie” (*Le nuove regole...*, p.102). Também MASSAGUER, José: “La publicidad comparativa se halla caracterizada por un elemento finalista especialmente destacado, como es su finalidad de expresar y comunicar la mayor conveniencia o superiores ventajas de los bienes o servicios propios o, en general, de la oferta propia respecto de los bienes o servicios ajenos o, en general, de la oferta ajena con la que se establece la confrontación, o en un sentido inverso y en términos amplios: da inferioridad de la oferta ajena respecto la propia (La Publicidad Comparativa (I), in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria da Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, 2006, p.11). E ainda PLAZA, Anxo Tato, “Breves notas en torno a La Directiva comunitaria sobre La publicidad comparativa y su incidencia en El derecho español”, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria da Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, 1998, p.4

⁴⁸³ A Diretiva Européia que versa sobre Publicidade Enganosa e Comparativa (2006/114/CE e antiga Diretiva 97/55/CE) define a publicidade comparativa como “a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens e serviços oferecidos por um concorrente”, parecendo omitir de sua definição justamente o elemento de “comparação”, na publicidade, entre as atividades das empresas ou entre seus bens e serviços. A falta de precisão e incoerência deste conceito recebeu inúmeras críticas por parte da doutrina especializada, para a qual a comparação é o elemento estrutural desta figura, observando que a própria Diretiva, em diversas passagens, procurou enfatizar a finalidade específica que a publicidade comparativa tem de distinguir as vantagens dos bens e serviços oferecidos pelo anunciante em relação aos do concorrente, e possibilitar uma melhor escolha pelos consumidores. Assim, FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *Le Nuove regole...*, p.102 (“non può davvero esservi dubbio che così la direttiva come la legge nazionale intendono riferirsi non già alla pubblicità che individua uno o più concorrenti come tale, bensì a quella che li identifichi in modo esplicito o implicito nel contesto di un confronto fra beni, servizi o attività d’impresa”). No mesmo sentido: PLAZA, Anxo Tato, *Breves notas...*, p.4 (“Desde una perspectiva estrictamente técnica, sería preferible una Directiva que se aplicase sólo a la publicidad comparativa en sentido estricto, entendiendo por tal aquella publicidad en la que se alude a los productos o servicios de uno o varios competidores para resaltar las ventajas o superioridad de la oferta del anunciante”) e MASSAGUER, José, *La Publicidad Comparativa...*, p.12. Segundo ainda observa MASSAGUER, essa finalidade comparativa, caracterizadora da *fattispecie*, seria também fundamental para distinguir a publicidade comparativa lícita da publicidade que comporta o aproveitamento indevido da reputação alheia (vale dizer, da publicidade que

A publicidade comparativa entre empresas, atividades ou bens e serviços pode ser realizada tanto de modo *explícito*, situação em que há uma expressa identificação do concorrente ou de sua marca, produto ou signos distintivos, quanto *implicitamente*, hipótese em que a referência ao concorrente, embora não seja direta torna-se *inequívoca* aos consumidores. Uma publicidade comparativa implícita é inequívoca quando o público destinatário pode deduzir, em função das circunstâncias, a qual concorrente a publicidade está a fazer referência. Não é qualquer menção genérica a concorrentes que enseja uma hipótese de publicidade comparativa implícita e inequívoca, ou como preferem denominar os italianos, comparativa “direta” *per relationem*.⁴⁸⁴ Para tanto, fundamental que os consumidores estejam em condições de identificar, com facilidade, as empresas ou os bens e serviços que suportam a comparação; que reconheçam que se trata de um concorrente ou produto em particular.^{485 486}

Anxo Tato Plaza lembra que a comparação implícita inequívoca (ou direta *per relationem*) pode ser verificada quando o empresário anunciante tem apenas um

---

consiste em uma confrontação pública com um concorrente, porém, “sem qualquer comparação”, a que a doutrina espanhola também denomina de *publicidade alusiva* a terceiros, e que pode dar causa a atos de concorrência desleal). Não há dúvidas que uma eventual referência à marca, nome ou signos distintivos de um terceiro em uma publicidade que não efetue uma comparação de preços ou de características e vantagens, não poderá resultar em exploração indevida do prestígio alheio, sendo este, ademais, um requisito negativo de licitude da publicidade comparativa.

⁴⁸⁴ Esta terminologia, *comparazione “diretta” per relationem* é adotada por FUSI-TESTA-COTTAFABI, para os quais a comparação, mesmo não mencionando abertamente o nome ou signos distintivos dos concorrentes, rende a qualquer um evidente a quem (ou aos quais) se refere(m) através de inequívocas alusões ou mesmo naquelas particulares situações de mercado, como nos casos de substancial duopólio ou de indiscutível posição dominante (*Le nuove regole...*, p.13).

⁴⁸⁵ Neste sentido, doutrina de MASSAGUER sobre a comparação implícita a um concorrente: “*los destinatarios deben estar en condiciones de identificar con facilidad al tercero o terceros afectados por la confrontación. Los tribunales, en efecto, non han dudado en negar que existiera un supuesto de publicidad comparativa cuando la manifestación examinada solo contenía una referencia genérica al resto de empresas del sector, ni cunado, atendido su contenido y las circunstancias del caso, la identificación del tercero no ha resultado incontrovertida*” (MASSAGUER, José. *La Publicidad Comparativa (I)*..., p.10).

⁴⁸⁶ Alguns parâmetros são colocados pela doutrina espanhola para o exame do caráter inequívoco da comparação implícita (ou direta “*per relationem*”), tais como: a similitude dos bens e serviços representados na publicidade em relação aos do concorrente; a notoriedade da empresa ou do bem e serviço a que se refere a comparação; a especialização dos destinatários ou o grau de conhecimento que detêm acerca do mercado, dos operadores que nele atuam ou dos bens e serviços ofertados; as coincidências locais ou temporais na difusão da publicidade, que permitem considerar que um contra-argumento publicitário (i.e., a contestação de certa publicidade anteriormente difundida através de slogans ou de alegações mais elaboradas) constitui publicidade comparativa quando se dirija aos mesmos destinatários e se realize ao mesmo tempo em que se difunde a publicidade contestada ou imediatamente depois. Os parâmetros citados estão baseados em jurisprudência espanhola, e assim sumarizados pelo espanhol MASSAGUER, Jose, *La Publicidad comparativa...*, p.10.

concorrente e esta circunstância é conhecida pelos consumidores, tornando a comparação realizada pelo primeiro, por mais genérica que seja, percebida pelo público destinatário como uma comparação com o único competidor existente. O mesmo cabe dizer, lembra o jurista, quando o empresário atua em um mercado oligopolizado, com apenas dois ou três concorrentes efetivos. Nestas situações, uma comparação genérica realizada pelo competidor em sua publicidade poderá ser compreendida pelo público destinatário como uma comparação implícita com os dois ou três rivais de mercado que detêm poder de mercado.⁴⁸⁷

Assim, conforme conceito exauriente desse jurista espanhol a publicidade comparativa poderia ser definida como “aquela publicidade em que o empresário anunciante compara sua oferta com a de um ou vários competidores, identificados ou inequivocamente identificáveis, com o resultado, direto ou indireto, de ressaltar as vantagens dos próprios produtos e serviços frente aos alheios”.⁴⁸⁸

Há ainda uma segunda modalidade de comparação implícita, que Fusi-Testa-Cottafavi denominam de *publicidade indireta* e que consiste justamente na publicidade comparativa genérica, isto é, naquela publicidade que confronta o produto anunciado com todos os outros da categoria, sem que, porém, de tal comparação se consiga identificá-los singularmente. Trata-se de publicidade que compara os produtos concorrentes apenas no gênero, sem conter elementos que possibilitem o reconhecimento específico dos concorrentes ou de seus produtos (seja de modo direto ou *per relationem*), como nas conhecidas publicidades “*side by side*” genéricas (ex: imagem do detergente do anunciante *versus* “outros detergentes”, sem nada especificar ou individualizar acerca dos concorrentes).⁴⁸⁹ Também podem ser compreendidas como modalidade de comparação

---

⁴⁸⁷ PLAZA, Anxo Tato. *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del jurado de la publicidad*, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria da Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, enero de 1999, p.26.

⁴⁸⁸ PLAZA, Anxo Tato. *Breves notas en torno a la Directiva Comunitaria...*, p.4 (rodapé n.21): “debe entenderse por publicidad comparativa aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos”.

⁴⁸⁹ FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *Le nuove regole...*, p.11 e p.117. “Comparazione c.d. “indiretta”. Siamo qui di fronte ad un espresso raffronto fra il prodotto pubblicizzato e i (o alcuni dei) prodotti concorrenti, di norma indicati solo nel genere e nessuno dei quali viene comunque nominato, altrimenti individuato o reso riconoscibile” (p.11).

indireta, ainda que por exclusão, as já estudadas publicidades superlativas, de tom excludente, por exprimirem a superioridade do anunciante no mercado consumidor frente a todos os outros (ex: “a melhor qualidade”, “o preço mais baixo”, “o único do mercado”).

Apesar de toda publicidade comparativa conter certa agressividade, na medida em que confrontar produtos, direta ou indiretamente, sempre enseja um mínimo de “descrédito” ao concorrente que vê destacada as vantagens do produto do empresário anunciante em relação aos seus próprios produtos, doutrina e jurisprudência majoritária, admitem o uso de tal técnica publicitária, a qual pode-se dizer, está nos usos e costumes dos mais diversos países.

Com efeito, do ponto de vista mercadológico, segundo os que exaltam as vantagens da publicidade comparativa, o confronto de produtos tornaria a concorrência mais dinâmica, estimularia a inovação tecnológica, favoreceria a contenção dos preços e ainda constrangeria as grandes empresas a não se acomodarem na posição de preeminência adquirida, exercendo, assim, a publicidade comparativa, indiretamente, também uma função anti-monopolística.⁴⁹⁰

Do ponto de vista do consumidor, esta publicidade também apresentaria vantagens, na medida em que seria um meio legítimo – sempre que correta, verdadeira e não enganosa – de informar os consumidores em seu próprio interesse a respeito dos diferentes produtos e serviços existentes no mercado.⁴⁹¹ Vale dizer, a publicidade

---

⁴⁹⁰ Neste sentido relato de FUSI, Maurizio, Paolina, TESTA e COTAFFAVI, Pierluigi, *Le nuove regole...*, p.25.

⁴⁹¹ Assim, por exemplo, *Statement of Policy regarding Comparative Advertising*, proferido pela *Federal Trade Commission* (August, 13, 1979): “(c) The Commission has supported the use of brand comparisons where the bases of comparison are clearly identified. Comparative advertising, when truthful and non-deceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions. Comparative advertising encourages product improvement and innovation, and can lead to lower prices in the marketplace. For these reasons, the Commission will continue to scrutinize carefully restraints upon its use”. E também disposição da Diretiva Européia 2006/114/CE, que regulamenta a Publicidade Enganosa e Comparativa, que em sua *Consideranda* n.(8) do seu preâmbulo ressalta a importância da publicidade comparativa também sob a ótica dos direitos dos consumidores: “(8) a publicidade comparativa, quando comporta características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas”. Enfatizam ainda FUSI-TESTA-COTAFFAVI o interesse difuso dos consumidores destinatários da publicidade de não apenas não serem prejudicados pela comunicação publicitária enganosa ou desleal, mas também de receberem ampla informação para efetuarem suas escolhas econômicas de modo consciente. E neste aspecto, aduzem os autores italianos, “porque, pela sua própria natureza, a publicidade comparativa possui indiscutivelmente um conteúdo informativo maior em relação à publicidade que se limita a enfatizar o

comparativa apresentaria uma maior contribuição informativa, pois – quando corretamente utilizada – forneceria maiores elementos sobre os quais orientar a decisão de compra e de qualquer modo a tornar o público melhor informado da realidade do mercado.⁴⁹²

De outro lado, há aqueles que apontam as desvantagens decorrentes do uso desta técnica de mercado. Observam que a publicidade comparativa poderia aumentar o custo para as empresas, especialmente pela necessidade de se realizar onerosos testes técnico-científicos para dar suporte à comparação realizada; também agravaria a concorrência publicitária contagiando com a própria agressividade outras formas de publicidade; e, sobretudo, em virtude da facilidade com que a comparação pode se traduzir em uma publicidade enganosa, geraria custosas controvérsias legais, posteriormente exasperando a relação entre as empresas e também gerando efeitos negativos sobre os consumidores.⁴⁹³

Apesar da discussão doutrinária acerca dos diversos efeitos, positivos e negativos, decorrentes dessa técnica de comunicação de empresa, o que se percebe é que os países são favoráveis à legalidade da publicidade comparativa, por ser um instrumento concorrencial importante e também um meio de informação ao consumidor, desde que, evidentemente, observados certos requisitos de licitude, em especial aqueles concernentes

---

produto anunciado, se impõe reconhecer no confronto publicitário, além de um instrumento de disputa concorrencial, também um meio para realizar a informação dos consumidores em seu próprio interesse” (*Le nuove regole...*, p.28/29).

⁴⁹² FUSI-TESTA-COTTAFABI: “Di qui nuovi argomenti a favore della comparazione, mettendosene in risalto il più ampio contributo informativo e quindi l’attitudine a fornire importanti elementi su cui orientare le decisioni d’acquisto e comunque a rendere il pubblico meglio edotto della realtà del mercato” (*Le nuove regole...*, p.29).

⁴⁹³ Neste sentido, observam FUSI-TESTA-COTTAFABI, *Le nuove regole...*, p.26. Relatam ainda estes autores (*ob. cit.*, p.29), que para essa vertente doutrinária uma eventual contribuição informativa aos consumidores por meio da publicidade comparativa seria apenas aparente, na medida em que, sendo a função da publicidade persuadir com fins promocionais, não haveria uma comparação que não fizesse referência apenas aos aspectos que a empresa entende conveniente comparar. Neste sentido, a publicidade comparativa ao invés de aportar transparência geraria ambigüidade, tato mais perigosa enquanto aparentemente racional, mas, em realidade, baseada sobre elementos incompletos e pouco significativos: “Infatti – si osserva – il ricordato contenuto informativo sarebbe solo apparente, in quanto funzione della pubblicità è persuadere per fine promozionale, onde non esisterebbe confronto che non riguardi esclusivamente gli aspetti che l’impresa ritiene conveniente comparare. La comunicazione d’impresa basata sul modo comparativo, insomma, anziché apportare trasparenza genererebbe ambiguità, tanto più pericolosa in quanto apparentemente razionale ma in realtà basata su elementi incompleti e poco significativi” (em referência à doutrina de Boddewyn, Cardini - Di Fraia, Baietati) .

à *veracidade* e *objetividade* da comparação de modo a representar utilidade ao público consumidor.

Proíbe-se, por conseguinte, eventual comparação enganosa ou que não seja passível de comprovação objetiva. Atualmente, por força da Diretiva Européia 97/55/CE, recentemente substituída pela vigente Diretiva 2006/114/CE⁴⁹⁴, que, inclusive, expressamente reconhece a licitude da publicidade comparativa e traça orientações aos Estados-membros quanto aos seus limites. Mesmo aqueles países que ainda não possuíam tradição legislativa na matéria ou que não admitiam esta prática passaram a contemplar no seu direito interno legislação acerca da publicidade comparativa por meio da transposição das referidas Diretivas.

Especificamente em relação ao Brasil, cumpre notar que o nosso Código de Defesa do Consumidor não proibiu a publicidade comparativa e, no âmbito da autorregulamentação, o CONAR optou em permitir expressamente o exercício dessa técnica publicitária, reconhecendo-a como parte dos usos e costumes de mercado. Neste sentido, o artigo 32 do CBARP traça os limites ao exercício da publicidade comparativa⁴⁹⁵ e pode ser considerado fonte subsidiária em matéria publicitária.⁴⁹⁶

---

⁴⁹⁴ A Diretiva 2006/114/CE substituiu a antiga e conhecida Diretiva 97/55/CE, de 06/10/1997, que versava apenas sobre publicidade comparativa. Pode-se dizer que desde 1997 a matéria sobre publicidade comparativa encontrava-se unificada pela Diretiva 97/55. A atual Diretiva 2006/114/CE veio a compilar as disposições sobre Publicidade Enganosa e Publicidade Comparativa em um único documento.

⁴⁹⁵ “Artigo 32. Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a.) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b.) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; c.) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d.) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e.) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f.) não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g.) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h.) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.

⁴⁹⁶ O CBARP é a consolidação dos usos e costumes do mercado publicitário e, embora não tenha força de lei, pode ser compreendido como fonte subsidiária no contexto da legislação publicitária, como expressamente dispõe o seu artigo 16: “Art.16. Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e tribunais como documentos de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetam ou sejam afetados pelo anúncio”.

Verifica-se ainda que, não obstante a pouca atenção conferida pela doutrina brasileira ao estudo da publicidade comparativa⁴⁹⁷ e a escassa casuística existente, a jurisprudência pátria vem caminhando favoravelmente à aceitação desse tipo de publicidade, tanto na forma explícita quanto implícita, observada a concorrência leal e a legislação consumerista.⁴⁹⁸ Haveria, por assim dizer, uma certa flexibilização do direito de exclusividade sobre a marca em favor da livre concorrência e do direito à informação, quando verificada uma publicidade comparativa *lícita* de atividades, bens ou serviços.

5.5.2. Requisitos positivos e negativos de licitude da publicidade comparativa

5.5.2.1. Requisitos positivos de licitude

Passando propriamente ao estudo dos requisitos de licitude da publicidade comparativa, que, como toda informação de caráter publicitário está sujeita ao controle legal e autorregulamentar, estes podem ser didaticamente agrupados em requisitos *positivos e negativos*.

---

⁴⁹⁷ Dentre os autores que apresentam alguma referência específica à publicidade comparativa, v. COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, Volume 1: direito de empresa*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.366-370.

⁴⁹⁸ “AÇÃO DE PRECEITO COMINATORIO C.C. INDENIZAÇÃO - ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA - Citação da marca Novatrex em encarte farmacêutico - Conduta da ré que não pode ser traduzida como uso indevido de marca ou prática de concorrência desleal - Inexistência de afronta ao artigo 132, IV, da Lei 9.279/96 - Propaganda comparativa que vem sendo utilizada em larga escala e que não traz prejuízos à concorrente - Instrumento a favor do consumidor e que, no caso dos autos, não denegriu a imagem da autora (mera comparação de preços de medicamento genérico fabricado pelas partes e outros laboratórios) - Prática reiteradamente aceita pelo CONAR e que não gera confusão perante os consumidores - Ausência de abuso ou conduta antiética - Improcedência da ação cominatória, afasta a indenização postulada pela demandante (e reiterada na apelação que interpôs) - Decisão reformada - Recurso da ré provido, improvido o da autora. Apelantes e reciprocamente Apelados NATURE'S PLUS FARMACÊUTICA LTDA, ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A”. (TJ/SP, 8ª C. D. Privado, Apelação com Revisão n.º 313.198-4/4-00, Des. Rel. Salles Rossi. j. 20.12.2006). Cf. também: “MARCAS E PATENTES – CONCORRÊNCIA DESLEAL – PROPAGANDA USANDO O NOME E MARCAS DA CONCORRENTE – COMPARAÇÃO DE MEDICAMENTOS TRADICIONAL COM GENERICOS. Não existe nas normas atuais vedação para a propaganda comparativa de preços e quantidade de doses. Comparação específica em revista especializada destinada a farmácias. Inexistência de influência na massa consumidora. Locupletamento indevido, prejuízo material e moral não comprovados. Votos majoritários reformando a sentença para julgar improcedente ação de indenização e abstenção de uso de nome e marca. Embargos infringentes cabíveis mas rejeitados” (TJ/SP, Embargos infringentes 313.198 4/6-01, 8ª C. D. Privado Des.Rel Silvio Marques Neto, j. 20.06.2007). E ainda: TJ/SP - Apelação Cível 514.978-4/0-00, 9ª C. D. Privado, Rel. Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, j. 26.06.2009; TJ/SP - Agravo de Instrumento 351.453.4/7, 7ª C.D.Privado, j. 27.10.04), dentre outros.

Os requisitos positivos dizem respeito ao *objeto da publicidade comparativa* e aos *parâmetros de comparação*.

Em relação ao seu *objeto*, impõe-se que a publicidade comparativa seja realizada apenas entre bens e serviços que satisfaçam as mesmas necessidades ou que tenham a mesma finalidade. Requer-se, ademais, que os bens comprados, de mesma finalidade, pertençam a um mesmo *gênero* ou *natureza*, ainda que não se exija uma identidade absoluta entre os produtos comparados (ex: uma comparação entre margarina e manteiga poderia ser compreendida dentro do mesmo gênero e finalidade). Produtos pertencentes a gêneros diferentes (ex: flores e bombons como objetos de presente) dificilmente possibilitam parâmetros de comparação comuns, tornando problemática uma valoração objetiva, imprescindível nessa modalidade de publicidade.⁴⁹⁹

No que concerne aos *parâmetros de comparação*, eles requerem que toda publicidade comparativa se realize de modo *objetivo* entre uma ou mais características *essenciais* e *comprováveis* acerca dos produtos ou serviços. Com efeito, requisito imprescindível de licitude desta modalidade de publicidade consiste na *objetividade da comparação*. Exige-se que a comparação se apóie em dados objetivos e suscetíveis de prova, o que significa dizer que o anunciante deve estar em condições de demonstrar imediatamente, e pelos meios adequados, a exatidão e veracidade do que afirma, vigorando a regra dos artigos 36, parágrafo único e 38 do CDC.⁵⁰⁰ Nesse passo, simples opiniões pessoais do anunciante não devem ser utilizadas na comunicação publicitária haja vista que

---

⁴⁹⁹ Neste sentido, segundo ressalta-nos PLAZA, Anxo Tato acerca da mesma finalidade e gênero dos objetos comparados: “se podría llegar a sostener también que el anunciante puede seleccionar como objeto de la comparación productos que, aún perteneciendo a géneros distintos, sirvan para satisfacer idénticas necesidades. Podría sostenerse, en definitiva, que sería lícita una comparación entre unos bombones y las flores (o entre las flores y el café) como objetos de regalo y agasajo. No obstante, debemos señalar que los productos pertenecientes a diversos géneros difícilmente ofrecerán parámetros de comparación comunes. Y aquellos parámetros de comparación comunes que se pudieran encontrar (como, por ejemplo, las cuestiones de gusto o elegancia) difícilmente serían susceptibles de una valoración objetiva” (*Breves notas en torno...*, p.7).

⁵⁰⁰ “Art. 36. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

“Art.38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

não são passíveis de comprovação ou demonstração.⁵⁰¹ Por vezes, a tarefa de distinguir fatos objetivos frente a simples opiniões pessoais pode não se revelar tão evidente. Por certo, há situações que se mostram mais complexas e que devem ser avaliadas a partir da convicção dos elementos fornecidos e demonstrados no caso concreto.⁵⁰²

De modo a possibilitar uma *comparação objetiva* parece ainda fundamental que os bens confrontados pertençam a uma a mesma faixa *qualitativa e econômica*.⁵⁰³ Uma comparação, por exemplo, entre um Cinquecento e uma Ferrari, embora apresentem a mesma finalidade, não se mostra correta, pois tais veículos pertencem a diferentes categorias de preço, qualidade e tecnologia, prescindindo de quaisquer parâmetros comuns de comparação (diferentes preços, motor, velocidade, etc.). Nestas situações, a comparação não se mostra objetiva ou adequada para levar informação ao consumidor, adquirindo potencial de indução em erro.

No exame de publicidade comparativa realizada pela Hyundai, cujo *slogan* principal do anúncio exaltava o veículo Hyundai Azera como “*Mais potente que um Mercedes Classe C. Mais admirado que um Lexus 350. Mais espaço interno que uma BMW série 7. E o mais importante: o preço*”, o CONAR, a partir de Representação oferecida pela Toyota em relação à comparação “*mais admirado que um Lexus 350*”, determinou a sustação da peça, pois envolvia produtos pertencentes a categorias diversas,

---

⁵⁰¹ Assim, doutrina espanhola de PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria...*, p.19: “Bajo este punto de vista, es claro que la comparación debe apoyarse, fundamentalmente, en datos objetivos susceptibles de prueba. Del mismo modo, no deben recogerse en la comparación simples opiniones personales que, por su carácter subjetivo, no sean susceptibles de prueba. La comparación apoyada en simples opiniones, por lo tanto, es una comparación ilícita”.

⁵⁰² Um anúncio que compare, por exemplo, o sabor de duas bebidas pode gerar discussão acerca de sua adequação, tendo em vista que não consiste em uma comparação, em princípio, suscetível de uma valoração ou ponderação objetiva. Com efeito, os juízos acerca do sabor de uma bebida pode variar em função das pessoas que os emitem, pelo que estes juízos podem configurar simples opiniões pessoais e não devem ser utilizadas no âmbito das comparações publicitárias. Há ainda situações em que a publicidade exalta que certa marca é a preferida pelos consumidores. Este tipo de alegação precisa estar fundada em dados mais objetivos, e não meramente no sabor, que como dissemos, é um critério de difícil valoração objetiva. Assim, para o uso de uma mensagem desta natureza é importante que se verifique se a pesquisa de mercado considerou outros elementos, que não meramente o sabor, como, por exemplo, a aparência externa, embalagem, textura, e que tornam o produto comparado em relação aos seus destinatários passível de uma mediação objetiva. Neste sentido, encontramos Resolucion del Jurado de Autocontrol da Espanha, de 15 julio de 2002, para a publicidade de ração a marca Hill’s, na qual se exaltava que “*a marca do anunciante era a preferida pelos cachorros*”, levando-se em conta, para tanto, outros fatores na comparação.

⁵⁰³ Assim, FUSI-TESTA-COTTAFIVI, *Le nuove regole...*, p.213.

dificultando a comparação ao consumidor. O relator também observou que o uso da expressão “*mais admirado que*”, sem a devida sustentação fática, evidenciava a estratégia da anunciante de se aproveitar indevidamente da marca concorrente (Toyota) e da qualidade de seus produtos para alavancar ou “fazer escada” à sua própria imagem (Representação n.73/08).

De modo bastante similar, julgou o CONAR na Representação n.318/08, a partir de denúncia da montadora Mercedes-Benz envolvendo a mesma campanha publicitária da Hyundai mencionada acima. Consignou o CONAR nesta oportunidade que o critério de um terceiro (no caso, a revista Quatro Rodas) não era suficiente para sustentar uma comparação em um espectro tão grande de modelos, produtos e marcas. A comparação, nas bases realizadas, não teria sido a maneira correta e precisa de levar a informação ao consumidor, como exige o artigo 32 do seu CBARB.⁵⁰⁴ Ou seja, ao anunciante não é facultado, a despeito de uma comparação feita por um terceiro, eximir-se da objetividade e exatidão de suas alegações publicitárias.

A falta de objetividade das informações comparadas também pode ser verificada quando a publicidade, embora versando sobre produtos de mesma categoria, se utiliza de dados de mercados geográficos distintos. Neste sentido, reprovada a campanha da Renault que declarava “*Renault vend deux fois de voitures en Allemagne que Volkswagen en France*”. Tal publicidade foi censurada pela autoridade judiciária francesa devido à sua falta de objetividade, que a despeito de a Renault querer promover a superioridade dos seus carros e de sua rede de distribuição, assim o fazia sobre bases incomparáveis, tendo em vista que os dados mencionados em publicidade versavam sobre mercados geográficos diversos.⁵⁰⁵

---

⁵⁰⁴ Em outro caso, envolvendo também a publicidade comparativa do veículo Hyundai (“*o mais vendido e desejado do país*”), o CONAR ressaltou que a publicidade não apresentava o requisito da objetividade tendo em vista que, novamente, a publicidade agrupava produtos de preços e características não similares, bem como mostrava dados de produtos agrupados em comparação com dados individuais de produtos concorrentes, gerando imprecisão e falta de objetividade, que poderiam resultar em prejuízos ao concorrente e má informação para os consumidores (Representação 116/08).

⁵⁰⁵ Casuística trazida por FUSI-TESTA-COTTAFVI, *Le nuove regole...*, p.214.

A publicidade comparativa, além de objetiva e passível de comprovação⁵⁰⁶, deve ainda recair sobre *elementos essenciais* dos produtos ou serviços. A relevância das características dos produtos e serviços confrontados consiste em outro importante requisito específico de licitude desta publicidade.⁵⁰⁷ São essenciais todas aquelas características que normalmente influem na escolha econômica do consumidor.

Na Espanha, por exemplo, foi considerada essencial, para fins de comparação, o conteúdo de suco natural existente em duas bebidas refrescantes.⁵⁰⁸ Também poderia ser considerada objetiva e essencial, a comparação da distância dos assentos existente nos respectivos aviões e destacada em publicidade comparativa de companhias aéreas.⁵⁰⁹ Outro exemplo de característica essencial, encontramos na publicidade da empresa de telefonia “Oi” quando iniciou campanha publicitária informando o desbloqueio dos seus aparelhos celulares e ressaltando a liberdade de escolha do consumidor, em comparação com a prática até então adotada pelas outras empresas do mercado (i.e., de bloqueio de celulares).⁵¹⁰

---

⁵⁰⁶ Neste particular, vale ressaltar orientação do CBarP, cujo artigo 32 (alíneas b e c), dispõe que a publicidade comparativa será aceita, contanto que: “(b). *tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor*; (c). *a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação*”.

⁵⁰⁷ Para DEvesa, Carlos Lema. *Problemas jurídicos...*, p.450: “será ilícita la publicidad comparativa que contraponga características accidentales o irrelevantes”.

⁵⁰⁸ Decisão proferida pelo órgão autorregulamentar espanhol. Resolución del Jurado de autocontrol de 14 de agosto de 2002 (Simon Life limón), citado por PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la...*, p.20.

⁵⁰⁹ Na Itália, FUSI-TESTA-COTTAFARI (*Le nuove regole...*, p.226), de modo a retratarem situações de *irrelevância* da característica comparada, mencionam publicidade comparativa realizada pela Polenghi Lombardo, de 1986, e que vangloriava seu Yogurt por apresentar “50% a mais de bacilos vivos” em relação a outros do mercado. A vantagem apreçada foi considerada ilusória e inconsistente, já que a extrema brevidade do ciclo de vida dos lactobacilos fazia com que a maior parte deles não permanecesse já no primeiro dia de vida do produto. No mesmo sentido publicidade da Illy na qual se exaltava ser o único café a ter superado a “severa prova pública” do laboratório químico-mercadológico de Trieste e obter uma certificação atestando a sua qualidade excepcional. Em realidade, se tratava de uma certificação obtida por qualquer bom café, julgando o órgão de autorregulamentação italiano que se tratava de uma publicidade que procedia a uma comparação desleal e que exaltava uma qualidade ilusória aos consumidores. Como se nota, a depender do exame do caso concreto, poderá haver publicidade comparativa ilícita quando baseada em características acidentais ou irrelevantes acerca dos produtos ou serviços ou quando baseada em características existentes em todos os produtos da mesma categoria, mas que, da análise do seu contexto, se torna apta a induzir os consumidores em erro acerca da realidade de mercado e/ou lesar os concorrentes.

⁵¹⁰ Na Representação 169/07, o CONAR ressaltou a licitude da publicidade comparativa realizada pela “Oi”, em comunicar informação muito relevante aos consumidores (desbloqueio dos seus aparelhos celulares) e, com isso, esclarecer as vantagens aos consumidores dos produtos Oi em relação aos demais concorrentes do mercado.

A respeito da matéria, Anxo Tato Plaza observa que naquelas situações em que o anunciante opte por comparar apenas uma única característica dos correspondentes produtos e serviços – uma vez que não se exige uma comparação exaustiva de todas as características – é importante que se adote certas cautelas para impedir que a imagem do conjunto que se provoca com aquela comparação se torne falsa ou incorreta aos destinatários. A título de exemplo quanto a tais cautelas, o autor menciona a importância do anunciante fazer referência comparativa apenas às características *essenciais* dos bens e serviços e que possam resultar desconhecidas aos consumidores.⁵¹¹

5.5.2.2. Requisitos negativos de licitude

Ao lado dos mencionados requisitos *positivos* e *específicos* de licitude, a publicidade comparativa também está sujeita a limites gerais aplicáveis a qualquer atividade publicitária. De modo que também para esta publicidade aplicam-se as *proibições*: do *engano*; do *denigramento*; da *exploração indevida da reputação alheia* e; *dos atos de confusão*.

A observância dos requisitos específicos não garante a licitude da publicidade comparativa, tendo em vista que esta mensagem também não poderá se mostrar enganosa, denigratória e nem mesmo dar causa a atos de concorrência desleal. Tais requisitos *negativos* determinam, pois, um *não fazer* ao anunciante e também envolvem limites ao conteúdo dessa modalidade de publicidade.

No que tange ao primeiro deles, i.e., à *ausência de caráter enganoso*, trata-se de proibição que alcança toda comparação na qual se divulguem dados falsos ou inexatos

---

⁵¹¹ Para PLAZA, Anxo Tato Plaza, *Breves notas...*, p.9: “... el anunciante podrá seleccionar un único parámetro para su comparación. Ahora bien, no cabe entender que la elección de los parámetros de la comparación sea completamente libre para el empresario anunciante. (...) En primer término, deberá procurar que la selección de aquellos parámetros no provoque que la comparación resultante pueda ser considerada como engañosa. Y a este respecto ya hemos tenido ocasión de señalar que en aquellos casos en los que se opte por comparar una única característica de los correspondientes productos o servicios se deberán adoptar también todas las precauciones necesarias para impedir que la imagen de conjunto que se genere con aquella comparación sea falsa o incorrecta. A título de ejemplo, podría afirmarse que el anunciante deberá hacer referencia a aquellas características esenciales indisolublemente unidas al parámetro o parámetros seleccionados para la comparación y que resulten desconocidas para un consumidor medio”.

acerca das características dos bens comparados ou que possam de algum modo, ainda que baseada em dado verdadeiro, suscitar falsas expectativas nos destinatários quando da análise do contexto global do material publicitário. Imagine-se, por exemplo, uma publicidade de tinturaria em que se exalte a maior rapidez de seu sistema de limpeza em relação aos concorrentes, omitindo-se, porém, que para se alcançar tal celeridade é preciso empregar substâncias especialmente prejudiciais aos tecidos.⁵¹²

Tal requisito negativo é de suma importância para a tutela consumerista, pois a publicidade comparativa enganosa afeta diretamente o comportamento econômico dos consumidores e os induz em erro acerca das supostas vantagens na contratação de um produto ou serviço em relação a outros existentes no mercado, o que num certo sentido a torna mais perniciosa e diretamente ofensiva no que tange às relações de consumo.

Nesse sentido, o dever de veracidade nas mensagens publicitárias, evidentemente, também alcança a publicidade comparativa, proibindo-se a comparação falsa, inexata, ambígua, omissiva ou que, por qualquer meio, possa induzir os consumidores em erro quanto as reais características e vantagens dos bens e serviços comparados. O ônus da prova de demonstrar a veracidade e exatidão de suas alegações cabe ao anunciante que efetua as comparações (artigos 36 e 38 CDC). A esse respeito, vale notar decisão do CONAR exarada na Representação nº269/07, na qual se recomendou a exclusão de dois *claims* comparativos veiculados pela Johnson & Johnson em publicidade impressa relativa ao seu produto Listerine. Nesta publicidade, a anunciante alegava, sem a devida comprovação científica, que o Listerine era “8 vezes mais eficaz que Oral-B” e “2 vezes mais eficaz que o Colgate Plax”, entendendo o CONAR que a insuficiência probatória das respectivas alegações consistia em abuso da confiança do consumidor.

Quando a comparação versar sobre preços é importante que seja realizada sobre produtos idênticos ou muito similares e que o período de duração da promoção, bem como as condições de pagamento venham especificados no material publicitário para evitar a indução em erro dos consumidores em relação às vantagens das oferta anunciada. Trata-

---

⁵¹² O exemplo é trazido pelo alemão HASELMANN segundo citado por PLAZA, Anxo Tato. *Breves notas...*, p.9.

se de dados essenciais à escolha econômica dos consumidores e que devem ser informados para servirem de base de comparação com a concorrência.

Assim, por força da cláusula geral de não enganabilidade prevista nos artigos 6º, IV e 37 do CDC, a publicidade comparativa está igualmente sujeita ao controle estatal, individual ou recíproco entre empresas, podendo ter a sua divulgação sustada, além de responder o anunciante pelos eventuais danos materiais e morais causados à coletividade ou ao concorrente que os sofreu diretamente.

No âmbito do controle difuso, basta a potencialidade de engano na comparação para que surjam os efeitos civis previstos. A legitimidade para contestar e sustar uma publicidade comparativa ilícita é daqueles que sofrem os seus efeitos, ou seja, o consumidor individual, os órgãos legitimados à sua tutela difusa e, sobretudo, os concorrentes afetados potencial ou efetivamente com o desvio de clientela.

Não seria necessário enfatizar que na publicidade comparativa (i)lícita todos os elementos estudados para aferição da enganabilidade, as modalidades de indução em erro e os critérios de interpretação acerca do potencial enganoso, devem ser igualmente examinados.

Como se nota, o estudo da publicidade comparativa, e de suas patologias, quando ela se manifesta de modo enganoso ou confusional (i.e, que gera confusão entre os diferentes produtos existentes no mercado, induzindo os consumidores em erro acerca de sua proveniência), não guarda relação e importância apenas no âmbito da concorrência, mas gera igualmente danos à coletividade.

A publicidade comparativa configura-se como prática de concorrência desleal em prejuízo também dos consumidores, encontrando previsão e proibição específica no CDC. Com efeito, dentre os princípios que norteiam a Política Nacional de relações de consumo encontra-se justamente a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”(artigo 4º, VI). E, mais adiante, determina o

CDC ser direito básico dos consumidores a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva ou quaisquer “métodos comerciais desleais” (artigo 6º, IV).

Passando ao exame do segundo critério negativo de licitude da publicidade comparativa, qual seja, *ausência de caráter denigratório*, importante esclarecer que este requisito apenas proíbe a denigração *desnecessária* ou gratuita ao concorrente, isto é, aquela que ultrapassa a “ofensa” implícita existente em regra nas comparações.

Com efeito, como já mencionado, em toda comparação a empresa concorrente é levada a um certo nível de descrédito ao ver destacada a inferioridade de seus produtos em relação às vantagens dos produtos anunciante. À luz deste requisito negativo, no entanto, não se pretende coibir este nível de “denigração” que é implícito às confrontações publicitárias. Ao contrário, apenas se pretende impedir o denegrimento *desnecessário ou desleal* ao concorrente⁵¹³; isto é, aquele que viola a sua reputação ou integridade material (artigo 130, III da LPI).⁵¹⁴

Adotando definição de Anxo Tato Plaza⁵¹⁵, a publicidade denigratória *desnecessária e ilícita* poderia ser verificada em três situações diversas:

- (i) quando, no âmbito de uma comparação de produtos ou serviços, também se faz alusão a circunstâncias estritamente pessoais do concorrente que não guardam relação nenhuma com os produtos e serviços comparados ou a elementos que em nada influem nas características ou qualidade dos mesmos⁵¹⁶;

---

⁵¹³ Neste sentido, considerações da doutrina espanhola, cf. PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución...*, p.22: “toda comparación, por definición, implica un cierto grado de descrédito o denigración para el competidor afectado. Al fin y al cabo, el anunciante pretende comunicar al público de los consumidores las ventajas de su oferta frente a los desventajas de la oferta del competidor aludido. Este descrédito, sin embargo, debe ser admitido en la medida en que es inherente a una modalidad publicitaria esencialmente lícita. De donde se desprende que, en el ámbito de la publicidad comparativa, sólo se prohíbe, en definitiva, la denigración o el descrédito innecesarios; sólo se prohíbe, en definitiva, la denigración o el descrédito que vayan más allá de los implícitos en toda comparación publicitaria”.

⁵¹⁴ O artigo 130, inciso III da Lei de Propriedade Industrial (9.279/96), assegura ao titular da marca o direito de: “III- zelar pela sua integridade material e reputação”, do que decorre o direito de se insurgir contra a publicidade denigratória à sua marca.

⁵¹⁵ PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución...*p.22.

⁵¹⁶ Na Espanha, considerada desnecessária a exaltação em uma publicidade de cerveja a característica de que a cerveja concorrente era produzida fora da comunidade espanhola, fato este, porém, que em nada afetava a

- (ii) quando na comparação se empregam expressões ou imagens, que apesar de se referirem ao produto ou serviço, podem ser consideradas desnecessariamente agressivas ou ofensivas ao concorrente ou aos seus produtos⁵¹⁷, e ainda;
- (iii) quando na comparação se exalta mais as críticas em relação ao produto da concorrência do que as próprias vantagens do produto ou da oferta da empresa anunciante. A título de exemplo, mencionamos a publicidade comparativa dos medicamentos Palmet e Prepulsid, e que foi sustada pelo CONAR, tendo em vista que a peça publicitária não era usada para informar as propriedades eficazes do remédio Palmet, mas apenas para indicar, com agressividade, as falhas e defeitos do produto concorrente.⁵¹⁸

---

qualidade do produto e tinha o objetivo apenas denigratório. A casuística é trazida por PLAZA, Anxo Tato. *En torno a la reciente evolución...*, p.22, conforme Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 30 de Julio de 2002. Nesta decisão “se analizaba una comparación entre el origen geográfico de dos cervezas; y mientras se destacaba que una cerveza se fabricaba en Andalucía, se subrayaba también que la otra cerveza competidora, pese a haber sido fundada en Sevilla, se fabricaba fuera de aquella Comunidad Autónoma. Pues bien, el Jurado consideró que la comparación implicaba una denigración impertinente del competidor afectado, en la medida en que aludía a circunstancias – el origen geográfico de la cerveza – que para nada influían en las características o en la calidad de los productos confrontados”.

⁵¹⁷ No Brasil, considerada denigratória publicidade comparativa da Amanco que exaltava a superioridade dos tubos e conexões PPR em relação aos canos de cobre, ressaltando que estes últimos eram ultrapassados para o consumidor, cujo *slogan* era o seguinte: “*Primeiro acabou a idade da pedra. Depois, a do bronze. Agora vai acabar a do cobre*” (Representações nº 78/06 e 102/06). Na Espanha, considerada denigratória comparação publicitária entre dois serviços diferentes de conexão de Internet. Para ilustrar a comparação, se utilizava uma fotografia de duas irmãs gêmeas, com diferentes significados. A do anunciante desfrutava de uma perfeita dentadura, enquanto que a outra, que representava a conexão dos concorrentes, ao contrário, lhe faltava um dente. O órgão de autorregulamentação publicitária espanhol entendeu que o caráter ofensivo destas imagens era desnecessário para ilustrar os resultados na comparação.

⁵¹⁸ Na publicidade impressa dirigida à classe médica o anunciante mencionava que o remédio Palmet era mais seguro que o Prepulsid e que poderia ser administrado em crianças e gestantes, ao contrário do Prepulsid, que era totalmente contra-indicado em crianças. A mídia impressa trazia ainda, em nota de rodapé, referências bibliográficas que embasavam as alegações e que desaconselhavam o Prepulsid. A publicidade foi sustada pelo CONAR, manifestando-se o relator nos seguintes termos: “não é possível aceitar a citação da marca e produtos alheios com características tão pejorativas. A peça não é usada para informar as propriedades eficazes do Palmet, mas para indicar com agressividade falhas ou defeitos do produto concorrente” (Representação nº273/99). Também considerado ataque direto ao concorrente, a publicidade do produto Vanish Poder O2, na qual alegava-se que “a água sanitária pode danificar suas roupas” e que “após várias lavagens, a água sanitária amarela e pode esgarçar as roupas”. Estas frases foram consideradas ofensivas à imagem das águas sanitárias, em particular, da marca Super Cândida, tendo em vista que o frasco e tampa usados na publicidade remetiam à embalagem daquela marca de água sanitária (Representação 45/06).

A publicidade comparativa também não deve, *explorar indevidamente a reputação da marca alheia*.

Aqui duas situações se colocam. Em primeiro lugar, cumpre notar que, com o reconhecimento da publicidade comparativa enquanto comunicação de mercado, não mais se pode atribuir àquele anunciante que faz referência ao produto ou marca alheia para possibilitar uma comparação de suas diferentes vantagens (inclusive de preço), uma violação *per se* ao direito de exclusividade do titular da marca.⁵¹⁹

A discussão doutrinária, em verdade, surge em torno na chamada publicidade comparativa *direta*, a qual faz menção explícita à marca ou ao produto concorrente, não havendo, de outro lado, grandes controvérsias quando a comparação se dá de modo *implícito* (i.e., embora seja possível identificar os concorrentes não há menção à marca), *indireto* (quando a comparação é totalmente genérica sem a identificação de um ou outro concorrente em particular) ou ainda na forma *superlativa* (publicidade de tom excludente).

A doutrina de direito marcário tende a aceitar apenas a publicidade comparativa implícita ou genérica, compreendendo que haveria proibição à comparação direta, tendo em vista o direito de propriedade do titular da marca.⁵²⁰ A questão, no

---

⁵¹⁹ A respeito da matéria, PLAZA, Anxo Tato, assim coloca: “*también se puede considerar justificada la referencia a la marca ajena en la publicidad comparativa lícita*” (*La publicidad ilícita en la jurisprudencia...*, p.23). Ainda DEVESA, Carlos Lema: “el derecho de exclusiva conferido por la marca tiene algunas limitaciones. Tanto el derecho español como en el Derecho comunitario se recoge la posibilidad de que un empresario mencione – en su publicidad – la marca de un tercero para indicar el destino de un producto o de un servicio. Y, lo tampoco debe olvidarse, también se puede mencionar la marca de un competidor en la publicidad comparativa. Para llevar a cabo esta modalidad publicitaria puede ser indispensable identificar los productos o servicios de un competidor, haciendo referencia a una marca o a un nombre comercial de los que éste sea titular”. (*Problemas jurídicos...*, p.305).

⁵²⁰ Dentre aqueles que se posicionaram *contrariamente* à publicidade comparativa direta, por entender haver violação ao direito de marca: SIQUEIRA, Ricardo Lagreca e DAL BIANCO, Dânae. A publicidade comparativa no Brasil e no Direito Comparado, RDC n.28, out-dez 1998, RT, p.115: “Segundo inciso V do art.195, comete crime de concorrência desleal quem usa indevidamente nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios. Em face disso, a menção explícita ao produto de concorrente em publicidade comparativa, sob a forma oral ou visual, é suscetível de ferir os direitos de seu respectivo titular”. Note-se, porém, que o próprio inciso V do artigo 195 da referida Lei adjetiva o uso da marca alheia como “injustamente”, de modo que, em nosso ver, restaria justificada a menção à marca alheia em se tratando de publicidade comparativa lícita, não se verificando aquela hipótese legal. Também de forma contrária: SCHIMIDT, Lélío Denicoli. *A publicidade comparativa à luz da lei de propriedade industrial*, Revista da ABPI nº52, mai-jun 2001, p.8. Para este autor a vedação à publicidade comparativa direta estaria no inciso IV do art.132 da Lei de Propriedade Industrial. Jurisprudência brasileira, porém, já se manifestou sobre a matéria e entendeu não haver violação em se tratando de publicidade comparativa lícita, tendo em

entanto, não é pacífica nem mesmo nesta seara, verificando-se opiniões pela ausência de violação ao direito marcário em virtude da simples comparação publicitária.⁵²¹

Parece-nos que naquelas situações em que a publicidade comparativa cumpre com os requisitos de licitude, vale dizer, efetua comparação objetiva, de características essenciais e comprováveis e não é enganosa nem denigratória, a referência ou identificação ao produto ou à marca distintiva do concorrente não deve configurar violação ao direito exclusivo do titular da marca (artigos 129 e 132, IV da Lei 9.279/96), nem mesmo ato de concorrência desleal pelo uso indevido da marca alheia (artigo 195, V Lei 9.279/96). Observe-se que em tais situações, de efetiva e lícita comparação entre empresas, ofertas ou preços de bens e serviços, a referência ao produto ou à marca alheia na publicidade não almeja (e nem deve almejar) a exploração indevida da reputação, nome ou prestígio do concorrente, mas, ao contrário, é realizada com o objetivo de distanciar-se dele e mostrar a maior conveniência dos produtos do anunciante.

---

vista o direito constitucional à livre concorrência e à liberdade de expressão e informação (cf. TJ/SP Apelação Cível nº313.198-4/4-00 de 26.10.06 e Apelação Cível nº313.198-4/6-01 de 20.06.07 já citadas).

⁵²¹ Em sentido *favorável à publicidade comparativa, direta ou indireta*, observados apenas os requisitos de licitude e concorrência leal: CAMELIER, Alberto. *Propaganda Comparativa e a Lei de Propriedade Industrial 9.279/96*, Revista ABPI, maio-abr 2000, p.48-49: “Passados mais de 20 anos de sua existência, a plêiade de noções contidas no artigo 32 do Código brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR tornou-se uma importante fonte do direito, equivalente aos usos e costumes: ‘Art.32. Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971) – a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: (...)’. Este regramento não concorreu ou não se incompatibilizou com as demais leis, especialmente a Lei 5.772/71 (antigo código de propriedade industrial), e as práticas leais de concorrência utilizadas até então. (...) Através da leitura do citado artigo 131, pode-se afirmar que a marca tem a proteção estendida aos papéis e propaganda relativos à atividade do titular, *mas não afirmar peremptoriamente que esta proteção tem o condão de embaraçar a citação ou o uso da marca alheia em propaganda*. (...) O que não se admite, frise-se, é a concorrência parasitária, ou uso indiscriminado de marca alheia para criar um *leverage*, alavancando as vendas do produto comparando, pois ‘nobody can to reap he was not sown’ ou ninguém tem o poder de colher onde não plantou. Afora isso, seguindo a boa e firme orientação costumeira da fonte de direito já mencionada, a propaganda comparativa é salutar e uma via de mão dupla, permitindo que a marca comparanda um dia venha a ser comparada”.

E ainda doutrina de COELHO, Fabio Ulhoa (*Curso de Direito Comercial...*, p.369), para quem a publicidade comparativa direta não viola o direito marcário: “A comparação na publicidade, em si mesma considerada, não é, portanto, irregular. (...) Em outros termos, o ilícito reside na concorrência desleal ou na usurpação da marca e nunca na comparação”. Para este autor, apenas haverá violação ao direito industrial do concorrente se a comparação “veicular informação falsa em detrimento do concorrente”, o que “caracteriza concorrência desleal; se não distinguir de modo claro as marcas exibidas, dando ensejo à confusão entre os destinatários da mensagem, ou contribuir para a degenerescência da marca notória”. E conclui que “não se verificando nenhuma destas três hipóteses, no entanto, a publicidade que compara produtos ou serviços do anunciante e da concorrência será absolutamente legal, jurídica”, pautando-se sempre em “critérios de objetividade”. No mesmo sentido LOPES, Maria Elizabete Vilaça para quem “não temos dúvidas em afirmar que a publicidade comparativa não configura prática de concorrência desleal, exceto quando seja falsa ou enganosa, hipótese em que é duplamente condenada pelo direito” (*O consumidor e a publicidade...*, p.176).

Como mencionamos, a jurisprudência brasileira, embora ainda recente, tem se manifestado favoravelmente à permissão da publicidade comparativa, seja ela direta ou indireta, tendo em vista a compatibilização dos diversos interesses e valores envolvidos, isto é: do titular da marca, das empresas à livre concorrência e dos consumidores à informação. Ao compatibilizar estes interesses, a simples referência à marca alheia para fins de comparação de preços ou de produtos não poderia dar causa a uma violação *per se* ao direito exclusivo sobre a marca.⁵²²

Assim, o que se verifica é que mesmo nos casos em que a comparação foi declarada ilícita, o fundamento da proibição não recaiu propriamente no fato de ter havido uma simples referência ou identificação ao concorrente, mas em virtude do uso denigratório da marca ou do produto alheio, ou ainda em razão de possível confusão entre a origem dos produtos referenciados na publicidade.⁵²³ Ou seja, em situações nas quais os

---

⁵²² Assim: “Agravo de Instrumento – Tutela antecipada – Pedido no sentido de que empresa concorrente seja impedida de veicular toda e qualquer propaganda que faça alusão às marcas, nomes comerciais, títulos de estabelecimento, insígnias, expressões ou sinais de propaganda de titularidade da requerente – Inadmissibilidade – Proibição que, em termos genéricos, voltada para um futuro incerto, atentaria contra o princípio da livre concorrência comercial, e implicaria em indevida vedação da chamada publicidade comparativa – indeferimento mantido – recurso não provido” Consignou o Relator que “a publicidade comparativa é, na realidade, um instrumento do consumidor, que através dela terá a opção de decisão” (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº351.453.4/7, 7ª C. de Direito Privado, j. 27.10.04). No mesmo sentido, Apelação Cível nº313.198-4/4-00 do TJ/SP (8ª C. Direito Privado, j.26.10.06) na qual observou-se que: “(...) a publicidade comparativa (que é o cerne da questão nestes autos posta) constitui-se em técnica bastante difundida na atualidade e utilizada em larga escala, tanto no Brasil quanto no exterior. Traz inequívocas vantagens ao consumidor, que pode comparar, no caso em exame, preços de medicamentos idênticos, traduzindo-se como verdadeiro instrumento para através dele ter maiores opções sobre um mesmo produto. A evidência, deve ser coibido o abuso do direito, que se consubstanciaria em casos tais como normas éticas da propaganda (denegrir o concorrente). Para que se afigure apenas a propaganda comparativa, deve o texto possuir caráter meramente informativo e ser dotado de exatidão (o que é o caso destes autos). Na hipótese em exame, como já adiantado, a conduta da Ré não reúne o condão de acarretar confusão perante os consumidores, tampouco denigre a imagem das concorrentes (dentre os quais, a autora), de sorte que não se pode concluir pelo uso indevido da marca ou mesmo de concorrência desleal”. Quanto à licitude desta técnica, v. também: TJ/SP - Apelação Cível 514.978-4/0-00 (9ª C. Direito Privado, j. 26.06.2009); Apelação Cível 313.198-4/6-01 (8ª C. Direito Privado, j. 20.06.07), Apelação Cível 393.255-4/0-00 (7ª C. Direito Privado, j. 28.01.09); Agravo de Instrumento 470.118-4/7-00 (5ª C. Direito Privado, j. 22.11.06).

⁵²³ Neste sentido, cf., por exemplo, Agravo de Instrumento nº490.413-4/0 do TJ/SP (5ª C. Direito Privado, j.14.02.07), cujo Voto-Relator assim consignou: “a publicidade comparativa, plenamente admitida, não bastasse alimentar a livre concorrência, sempre salutar e benéfica ao consumidor, seu alvo número um, conta com garantia constitucional (art.170, IV) e previsão no código brasileiro de auto-regulamentação publicitária (art.32), ostentando, portanto, manto de legalidade. Destarte, enquanto não sugerir ou insinuar ofensa, não denegrir a marca ou produto comparado e observar a ética, não pode ser coarctada em respeito à liberdade publicitária. Gerar experimentação e conhecimento através de divulgação comparativa não impõe afronta ao disposto no artigo 32 do código de auto-regulamentação publicitária, cujo objetivo maior é esclarecer o consumidor, sem utilizar injustificadamente a imagem corporativa. Prematuro e inoportuno afirmar desde logo prática de concorrência desleal ou desprestígio e ataque à imagem do produto utilizado para comparação

requisitos de licitude não se mostraram presentes, motivando a reprovação da publicidade comparativa.

Desta feita, observados os requisitos de licitude, uma comparação entre produtos que informe os consumidores e fomenta a concorrência não se mostra, em princípio, contrária ao direito de propriedade sobre a marca (artigos 129 e 132, IV da LPI), devendo com ele ser compatibilizado.

A mesma interpretação é cabível em relação ao artigo 18 do CC/2002⁵²⁴, aplicável, por extensão às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 52 do mesmo diploma legal⁵²⁵ e cuja redação muito se assemelha ao artigo 132, IV da LPI. Em outras palavras, havendo publicidade comparativa lícita, cumprido os requisitos de objetividade, veracidade e concorrência leal, a *mera* referência ao nome do concorrente para fins de comparação de produtos ou serviços não deverá configurar violação *per se* ao artigo 18 do CC/2002. Aqui também deverão ser compatibilizados os diversos interesses e direitos envolvidos.

A propósito, esta interpretação está em consonância com a orientação verificada nos Estados Unidos, onde se permite a comparação publicitária sempre que baseada em elementos *claros, verdadeiros e comprováveis*⁵²⁶ e, mais recentemente, da Comunidade Européia, onde a matéria sobre publicidade comparativa também já se encontra bastante debatida e estudada.

---

da marca. Contudo, presença dos requisitos legais autorizavam a antecipação de tutela deferida, diante da dinâmica da publicidade ilustrada nos autos”. E ainda, TJ/SP - Apelação Cível nº439.243-4/0-00 (8ª C. Direito Privado, j. 27.10.07), reprovando a publicidade comparativa por entender haver comparação depreciativa ao concorrente e confusão de embalagens.

⁵²⁴ “Art.18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

⁵²⁵ “Art.52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

⁵²⁶ Segundo o já mencionado *Statement of Policy regarding Comparative Advertising*, proferido pela *Federal Trade Commission* (1979): “(b) ... Commission policy in the area of comparative advertising encourages the naming of, or reference to competitors, but requires clarity, and, if necessary, disclosure to avoid deception of the consumer”. Este documento define a publicidade comparativa: “as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information”. Vale dizer, prevê a comparação direta à marca concorrente, baseada em parâmetros objetivos de atributos ou preço.

Com efeito, a Diretiva Européia 2006/114/CE consignou em seus *consideranda* que sempre que se torne “indispensável, para efetuar uma publicidade comparativa eficaz, identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular”, nesta hipótese, “a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem não infringe o direito exclusivo do titular, na medida em que se dê cumprimento às regras [de licitude] da presente diretiva, já que consiste apenas em acentuar objetivamente as respectivas diferenças” (*Consideranda* 14 e 15).

Há outras hipóteses nas quais a menção à marca ou signo distintivo de um terceiro também podem estar justificadas. Isto ocorre, por exemplo, quando o anunciante ostenta algum direito sobre o mesmo em virtude de um contrato de licenciamento previamente assinado com o seu titular (artigo 130, II Lei 9279/96), ou ainda, quando tal identificação seja necessária para indicar a finalidade de um produto ou serviço, em particular, em casos de acessórios ou peças de reposição dos produtos principais, verificando-se autêntica relação de acessoriedade entre os produtos anunciados e o produto principal ao qual aqueles se destinam.⁵²⁷⁻⁵²⁸

Também não poderá configurar violação ao direito exclusivo sobre a marca a hipótese de divulgação de testes comparativos entre produtos realizados por associações de consumidores, revistas especializadas, institutos de pesquisa ou outras entidades autônomas e com os quais as empresas não guardam qualquer relação comercial ou contratual. Tais pesquisas não são normalmente realizadas com finalidade comercial e adquirem uma importante função informativa aos consumidores.

Todavia, cumpre advertir, novamente, que a utilização pelo empresário anunciante do resultado de referidas pesquisas comparativas em sua publicidade não pode ser feita de modo descontextualizado ou enganoso. Se da leitura da íntegra da pesquisa se chegar a uma interpretação diversa daquela “pinçada” estrategicamente para fins de

---

⁵²⁷ PLAZA, Anxo Tato. *La publicidad ilícita...*, p.23.

⁵²⁸ Assim também prescreve o artigo 132, II da Lei 9279/96 (Propriedade Industrial): “Art.132. O titular da marca não poderá: (...) II- impedir que fabricantes de acessórios utilizem da marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as praticas leais de concorrência”.

anúncio publicitário de natureza comparativa, haverá comportamento ilícito por força artigos 36, parágrafo único e 37 do CDC, sendo certo que o anunciante assume, de qualquer modo, a responsabilidade pela exatidão das informações exaltadas em sua publicidade (38 CDC).

Uma outra hipótese fática envolvendo a utilização do nome e da reputação de terceiro também merece destaque. Há casos em que a publicidade faz referência ao produto ou à marca alheia sem, contudo, realizar uma efetiva comparação. Aí, a bem da verdade, a mensagem não consiste em uma publicidade comparativa, na medida em que nenhuma confrontação entre empresas ou entre seus produtos é apresentada, podendo, porém, resultar, desta referência direta ao concorrente, situações de concorrência desleal pelo uso indevido do nome, da marca ou signos distintivos alheios.

Com efeito, a *exploração injustificada da reputação da marca alheia* pode ser verificada quando o anunciante coloca-se no mercado como concessionário oficial de uma marca sem sê-lo, ou ainda, quando anuncia serviço técnico especializado de certas marcas com cujos titulares não possui qualquer relação comercial ou contratual, induzindo os consumidores a acreditarem que se trata de um revendedor autorizado ou especializado e que goza da mesma qualidade. Confunde-se o consumidor acerca do próprio fornecedor. O anunciante também incorre em ato de concorrência desleal quando, para promover o seu produto, declara ser o mesmo igual ao de outra marca registrada, porém, mais barato. Aqui resta claro que a comparação aproveita-se indevidamente do prestígio e reputação da marca alheia, promovendo o anunciante, de forma desleal, seus produtos no mercado.

Nessa mesma linha, José Massaguer, ao discorrer sobre a publicidade comparativa, faz uma interessante distinção entre a *publicidade comparativa em sentido estrito*, que tem por finalidade ressaltar a maior conveniência ou vantagens da própria oferta em relação a de terceiros, daquelas outras publicidades que também fazem alusão a terceiros, porém, sem efetuar uma comparação entre suas atividades ou entre seus produtos e serviços ao que se denomina tradicionalmente pela doutrina espanhola de *publicidade alusiva*. Esta última (“*publicidade comparativa sem comparação*”), comportaria os casos em que a comparação serve apenas para *equiparar* o anunciante ou os seus bens aos bens do concorrente, estes últimos particularmente conhecidos pela sua destacada qualidade,

exclusividade, singularidade ou fama entre o círculo de destinatários das mensagens realizadas.

Para o jurista espanhol, e, por certo, para grande parte da doutrina, tais situações comportariam um aproveitamento indevido da reputação alheia, pois serviriam ao empresário anunciante para obter de antemão (sem previa experiência de consumo e sem previa introdução no mercado), em benefício da própria oferta, a impressão que no mercado se tem destes terceiros e de sua oferta e, especialmente, para transferir diretamente ao anunciante ou aos seus bens ou serviços as representações positivas de toda ordem que o público associa à pessoa a quem se refere a publicidade, com a conseqüente economia (efetiva ou potencial) dos custos que teriam sido necessários incorrer para que no mercado se fixasse essa mesma imagem positiva do anunciante. Conclui o autor que tal prática (parasitária) ensejaria o aproveitamento indevido dos esforços desempenhados pelo terceiro que suporta a equiparação pública da qualidade de sua marca ou de seus produtos com os produtos da empresa anunciante.⁵²⁹

Parece-nos correta a posição de Massaguer, pois a marca é o elemento fundamental que viabiliza o reconhecimento pelos consumidores da qualidade dos produtos e serviços adquiridos e já consolidados no mercado, não sendo correto que um

---

⁵²⁹ MASSAGUER, Jose. *La publicidad Comparativa (I)*..., p.12. Nas palavras do autor: “La finalidad de resaltar la mayor conveniencia o ventajas de la propia oferta desempeña un papel fundamental en la delimitación de la publicidad comparativa en sentido estricto respecto de otras modalidades de publicidad comprendidas en la definición legal de publicidad comparativa, o si se prefiere, en la definición entre “publicidad comparativa con comparación (en las que la alusión a tercero consiste en una comparación) y algunas de las modalidades de “publicidad comparativa sin comparación” (en las que la alusión a tercero no consiste en una comparación). En particular, esta finalidad permite diferenciar la publicidad comparativa de la publicidad que comporta el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, que igualmente consiste en una confrontación publica con un competidor o con sus bienes o servicios reconocibles por sus destinatarios. En estos otros casos, en efecto y a diferencia de lo que sucede en la publicidad comparativa, la confrontación sirve para equiparar al anunciante o sus bienes o servicios con su competidor o con sus bienes o servicios, especialmente conocidos por su destacada calidad, exclusividad, singularidad o fama entre el círculo de destinatarios de las manifestaciones realizadas (...). Y, sirve, de este modo, para ganar de antemano (sin previa experiencia de consumo y sin previa implantación en el mercado) para la propia oferta la impresión que en el mercado se tiene de esos terceros y de su oferta, y, especialmente para trasladar directamente al anunciante o a sus bienes o servicios las representaciones positivas de todo orden que el publico asocia a la persona a la que se refiere la confrontación publica hecha a través de la publicidad o a sus bienes o servicios, y ello con el evidente ahorro (efectivo o potencial) de los costes que habría sido necesario afrontar para que en el mercado se arraigara esa consideración positiva del anunciante o de su oferta y al mismo tiempo, y por esto mismo, con el aprovechamiento de los esfuerzos realizados por el tercero que padece la confrontación realizada por su competidor. Estas prácticas publicitarias (consistentes, como queda dicho, en la confrontación encaminada a la equiparación, y, no a la comunicación de la superioridad de la propia oferta) habrán de enjuiciarse, desde un punto de vista sistemático y sustantivo, como supuestos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art.6 b) LGP)”.

terceiro, para introduzir o seu produto no mercado, utilize-se do nome e da reputação obtida pelos esforços do concorrente, “simulando”, por assim dizer, uma comparação que, em verdade, apresenta-se tão somente com um efeito parasitário.⁵³⁰

Assim, *a priori*, não nos prece correto afirmar que, a despeito de uma informação aos consumidores, possa o concorrente valer-se dos esforços e investimentos alheios para justificar a sua entrada ou consolidação mais rápida do mercado. Podem surgir situações em que, do exame do caso concreto e tendo em vista as peculiaridades do mercado e do produto envolvido (somente mensuráveis e avaliáveis caso a caso), uma eventual referência aos produtos da concorrência, ainda que sem efetuar uma efetiva comparação, possa se mostrar justificada. Esta hipótese, porém, será sempre a exceção, e deverá ser avaliada com muita cautela pelo julgador, sob pena de se abrir perigosas condutas oportunísticas e parasitárias.

Finalmente, cumpre ressaltar que, dentre as obrigações gerais a toda comunicação publicitária, a publicidade comparativa também *não poderá gerar confusão* acerca da origem e qualidade dos produtos e serviços anunciados. Este último requisito negativo parece, à primeira vista, ser quase uma *contraditio in terminis* considerando que a comparação entre produtos e serviços, pela sua própria natureza, tende a realizar uma confrontação entre eles, característica que, como ressaltam Fusi-Testa-Cottafavi, é a própria antítese da confusão.⁵³¹

---

⁵³⁰ Embora pareça evidente a situação de concorrência desleal, a questão não é totalmente pacífica, verificando-se entendimento no sentido de que restaria justificada a equiparação ou a referência a produtos concorrentes para possibilitar o conhecimento, pelos consumidores, da existência de novos produtos, e ainda, proporcionar a introdução de outros concorrentes no mercado. A matéria acerca do uso do nome alheio para fazer referência a produtos similares foi discutida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia no caso envolvendo as empresas Toshiba e Katun. A Katun comercializa peças de reposição que podem ser utilizadas nas fotocopiadoras da marca Toshiba. Para fazer referência às peças que podem substituir peças Toshiba, utilizou-se a Katun de um folder publicitário no qual fazia expressa referência aos signos distintivos da marca Toshiba, equiparando suas peças de reposição aos da Toshiba. (ex: “*produtos Katun para fotocopiadoras Toshiba 1340/1350*”). O Tribunal Supremo entendeu que somente haveria uso indevido da marca alheia se os destinatários (público-alvo) pudessem associar a reputação e qualidade dos produtos do concorrente aos produtos do anunciante, o que, segundo aquela decisão, não ocorria no caso concreto. Isto é, caso houvesse um risco de associação entre o anunciante e o concorrente aludido e não apenas em razão do fato de que o anunciante destaque a equiparação entre os seus produtos. (Sala Quinta do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, de 25 de outubro de 2001, C-112/99, língua de procedência alemã, Toshiba Europe GmbH e Katun Germany GmbH).

⁵³¹ FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *Le nueve regole...*, p.259: “...i casi di una pubblicità comparativa confusoria è quasi una contraddizione in terminis, perché qualsiasi confronto tende, per sua stessa natura, ad attuare una contrapposizione, la quale, a sua volta, è l’antitesi della confusione”.

Trata-se, no entanto, de requisito que especifica um dos deveres gerais de não enganabilidade, proibindo-se as *mensagens comparativas confusas*, assim entendidas aquelas que impedem os consumidores de bem distinguir a identidade das empresas e a proveniência dos produtos e serviços anunciados. Uma publicidade comparativa confusional é uma publicidade que não foi redigida de modo suficientemente claro e que devido à essa falha de comunicação suscita um engano ou falsa impressão nos consumidores atingidos.

Os italianos explicam que na comparação confusional existe um “perigo de confusão”, isto é, um risco razoável de que a mensagem cause em seus destinatários a errônea convicção de que a atividade do anunciante ou os seus produtos se refiram ao concorrente comparado ou vice-versa, tanto por meio do uso de *claims* ou representações que assim o fazem subentender, quanto pelo efeito da material semelhança e confundibilidade de signos ou outros elementos distintivos, ou por qualquer outro modo.⁵³²

Trata-se, assim, da mensagem que tem o potencial de induzir o público consumidor a um falso convencimento acerca da identidade das empresas ou da origem de seus produtos e serviços, podendo-se verificar ainda um “risco de associação” pelos consumidores de uma suposta existência de ligação comercial ou contratual entre as duas empresas confrontadas, o que não é verdade.⁵³³

Embora os exemplos de publicidades comparativas que geram confusão sejam mais raros, devido à própria finalidade desta modalidade (i.e. distinguir-se do concorrente)⁵³⁴ com frequência verificam-se casos de publicidades que se utilizam de

---

⁵³² Neste sentido, doutrina de FUSI-TESTA-COTTAFI, *Le nuove regole...*, p.261, segundos os quais: “Pericolo di confusione è il ragionevole rischio che il messaggio determini nei suoi destinatari l’errata convinzione che l’attività dell’operatore pubblicitario o i suoi prodotti siano da riferirsi al concorrente comparato o viceversa, tanto se ciò sia ottenuto con l’uso di claims o rappresentazioni che lo dichiarino o lo sottintendano, quanto se si verifichi per effetto della materiale somiglianza o confondibilità di segni o altri elementi distintivi, o ancor in qualsiasi altro modo”.

⁵³³ Neste sentido FUSI-TESTA-COTTAFI (*ob cit.*, p.262), sobre a publicidade comparativa que confunde por meio de um “*rischio di associazione*”.

⁵³⁴ Exemplo de publicidade comparativa confusionista relatada pela doutrina consiste na publicidade realizada na Inglaterra, em 1986, pelo Burger King envolvendo o McDonalds. O produto líder do Burger King era o hambúrguer “Whopper”, enquanto que o da concorrência vinha apresentado como “Big Mac”. Para anunciar o “Whopper” o Burger King utilizava-se de um jogo de palavras com a expressão publicitária

slogans ou elementos de campanhas publicitárias de outros concorrentes ou que adotam embalagens e marcas semelhantes àsquelas da concorrência, confundindo os consumidores sobre a verdadeira identidade do anunciante e origem dos produtos, aos quais a doutrina denomina de “*ato confusórios de concorrência desleal*”.

Com efeito, os “atos de confusão” são todos aqueles atos, comissivos ou omissivos, que visam confundir os produtos, serviços e estabelecimentos alheios, por meio do uso fraudulento de marcas, cores, expressões de propaganda, embalagens, logotipos, desenhos industriais ou quaisquer outros signos distintivos do concorrente. Tais atos configuram atos de concorrência desleal (artigo 195, III e IV da LPI), que lesam tanto os direitos dos concorrentes, quanto os dos consumidores, estes últimos induzidos em erro acerca da verdadeira origem e qualidade dos produtos e serviços adquiridos.

Os atos de confusão, que se manifestam tanto na oferta e apresentação de produtos quanto na publicidade, são conhecidos na doutrina inglesa por “*passing off*” e se traduz no ato fraudulento de passar mercadoria própria como alheia.⁵³⁵ Quer significar, segundo brocardo inglês, que “*ninguém tem o poder de colher onde não plantou*”. Ou seja, ninguém pode se aproveitar da reputação, do nome ou prestígio de terceiros.

“*It’s not just Big, Mac!*”, objetivando referir-se ao McDonalds. O órgão de autorregulamentação britânico julgou que se tratava de publicidade capaz de confundir o público consumidor, quanto ao produto “Big Mac” ser ofertado pelo Burger King. (PETTY, *Advertising law*, citado por FUSI-TESTA-COTTAFÁVI, *Le nuove regole...*, p.259). No Brasil, na Representação n.064/89, o CONAR entendeu que a expressão publicitária “*Pronto II. O único com um TCHAM a mais*” da empresa Cia. Fiat Lux poderia ser confundida com a tradicional publicidade da empresa Gillette, conhecida pelo slogan “*a primeira faz TCHAM e a segunda faz THUM e TCHAM, TCHAM, TCHAM, TCHAM!*”. O CONAR, em sede de recurso, entendeu que a expressão isolada “*um tcham a mais*” não infringiria a ética publicitária, mas quando acompanhada por acordes musicais que lembram a V Sinfonia de Beethoven e sua popularização melódica “*tchan, tchan, tchan, tchan*” configura concorrência desleal por estar atrelada ao produto da empresa concorrente Gillette. Neste caso, poderia haver uma confusão por parte dos consumidores, com risco de associação e vantagem indevida, acerca do verdadeiro fornecedor do produto anunciado.

⁵³⁵ Segundo informa DUVAL, Hermano, este conceito foi definido em decisão de 1833, na Inglaterra, no caso *Blofield v Payne*, no qual, pela primeira vez, o julgador referiu-se à expressão “*passing off*” como ato fraudulento de passar mercadoria própria como alheia, através de embalagem sub-reptícia de pedras de amolar (*Concorrência desleal*, São Paulo: Saraiva, 1976, p.1 *apud* SILVA, Alberto Luis Camelier da. *Concorrência desleal: atos de confusão*, dissertação de mestrado, USP, 2007, p.111).

Nos Estados Unidos, esta prática desleal ficou mais conhecida como “*trade dress*”, expressão que significa que a empresa concorrente não pode “*vestir o seu produto com as roupas do outro*”.⁵³⁶

A “forma ou conformação de uma embalagem, a disposição de linhas, grafismos, traços e cores do rótulo de um determinado produto; o interior e exterior de um estabelecimento comercial ou prestador de serviços, podem conter elementos de identificação visual de tal sorte peculiares que, combinados, formam um conjunto individualizador dos demais existentes na concorrência. Esses elementos, pelo uso e tempo, tornam-se sinais distintivos no seu conjunto e associados a um determinado produto ou serviço perante os consumidores”.⁵³⁷ Tais elementos compõem justamente o que se convencionou chamar de *Trade Dress* e que, no Brasil, foi traduzido pelo jurista José Carlos Tinoco Soares, como “*conjunto-imagem*”⁵³⁸, isto é, a maneira peculiar pela qual se apresenta e se torna conhecido um produto ou a sua embalagem perante os consumidores.⁵³⁹

---

⁵³⁶ Assim informa SILVA, Alberto Luis Camelier. *Concorrência desleal...*, p.116.

⁵³⁷ SILVA, Alberto Luis Camelier. *Concorrência desleal: atos de confusão...*, p.119.

⁵³⁸ SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência desleal: trade dress e/ou conjunto-imagem (visual do objeto, do produto, de sua exteriorização e do estabelecimento)*. São Paulo: Editora Tinoco Soares, 2004, p.213. Segundo ainda este autor *trade-dress* “é pura e simplesmente a ‘*vestimenta*’ e/ou o ‘*uniforme*’, isto é, um traço peculiar, uma roupagem ou a maneira particular de alguma coisa se apresentar ao mercado consumidor ou diante dos usuários com habitualidade”.

⁵³⁹ Vale transcrever interessante acórdão do TJ/SP acerca do conceito e da proteção do “trade dress”: “(...) Em que pesem os argumentos da agravante, de fato, o conjunto de caracteres por ela utilizado nas embalagens (cores, figuras e disposições) é consideravelmente similar aos caracteres utilizados pelas recorridas. Embora o público consumidor esteja mais atento a fatos dessa ordem, a roupagem adotada pela agravante faz apenas confundir e, de certo modo, causar ilusão, captando indevidamente eventuais clientes das recorridas. A combinação de caracteres que identificam um determinado produto forma o que se convencionou denominar *trade dress* (conjunto-imagem). Trata-se de um conjunto de elementos que fazem parte da aparência geral de um produto ou das características dos estabelecimentos nos quais um serviço é oferecido. Essa combinação de elementos acaba por individualizar um produto, permitindo sua imediata identificação pelo consumidor, distinguindo-o dos de seus concorrentes. Todavia, se o conjunto-imagem do produto não é capaz de permitir essa individualização, tal a semelhança com o produto concorrente, há a possibilidade de confundir o consumidor quando da escolha do bem que deseja consumir, seja por não reparar nos detalhes das embalagens, por estar com pressa, por problemas de visão ou por mera desatenção. Pelas imagens trazidas nos autos, verifica-se que as embalagens dos produtos são extremamente similares, capazes, portanto, de gerar confusão no público consumidor. Conforme descrito pelo magistrado singular, ‘As cores são iguais (prateado, azul e vermelho) e com tonalidades que, senão idênticas, guardam indubitável proximidade As latas têm o mesmo formato As coincidências seguem, pois a divisão das cores se faz com traço ligeiramente diagonal e na embalagem da parte autora está escrito Red Buli Energy Drink e na da Ré Red Night Energy Drink. A propaganda do produto da parte autora na televisão diz que ‘Red Bull te dá asas’ aparecendo as pequenas asas após a ingestão da bebida. Por outra suposta coincidência há um símbolo com pequenas asas na embalagem confeccionada pela ré’. (TJ/SP, Agravo de Instrumento n.º 561.197.4/4-São Paulo, Des. Rel. Neves Amorim, 2ª C.D.Privado, j. 23/09/2008).

As empresas, portanto, não podem se apropriar do “*trade dress*” ou conjunto-imagem de um terceiro, pois tal situação gera confusão no público consumidor com conseqüente desvio de clientela. Trata-se de ato de concorrência desleal, reprimido pela Lei de Propriedade Industrial (artigo 195 III e IV), mas que também gera efeitos negativos sobre os consumidores, tendo em vista a indução em erro a que são levados quanto à verdadeira origem e qualidade dos produtos ou serviços adquiridos.⁵⁴⁰

Tal confusão entre os produtos concorrentes, por meio da imitação ou semelhança da aparência extrínseca de embalagens, cores, marca, publicidade ou quaisquer outros signos distintivos de terceiro, é atentatória ao princípio da veracidade e pode ensejar atos de enganosidade consoante também as normas consumeristas (36 e 37 CDC).

---

⁵⁴⁰ Vale notar interessante decisão proferida pelo TJ/SP acerca da matéria, envolvendo confusão com a embalagem do tradicional “Leite de Rosas”: “Propriedade industrial Devido processo legal observado. Feito apto ao julgamento no estado. Embalagens similares. Produtos da mesma classe. Invólucro apresentado pela autora está compatível com a nomenclatura da mercadoria. Frasco do produto da ré não está vinculado ao nome do conteúdo, além do que, apresenta cores e figura que coincidem com o nome do produto do pólo ativo. Confusão ao consumidor está caracterizada. Concorrência desleal se faz presente. Marca tem por aspecto teleológico proporcionar as distinções, ou seja, dar destaque à mercadoria do titular, e não extravasar similitude com produto e embalagem já existentes. Apelo desprovido”. O Voto-Relator assim manifestou: “A autora tem como denominação de seu produto a expressão ‘*Leite de Rosas*’, utilizando frasco na cor rosa, com tampa na cor branca, portanto, o leite é branco e as rosas, apesar de possuírem várias cores como flores, predomina o rosa, conseqüentemente, tanto o produto quanto a embalagem e a respectiva nomenclatura têm conotações com o recipiente. Por outro lado, o produto da ré com a denominação ‘*Leite Muriel*’ - trazendo a figura de uma flor no rótulo e a embalagem na cor rosa com a tampa branca, além do contorno do rótulo na cor branca e o interior com letras nas cores branca, rosa e azul - se contrapõe com as peculiaridades da embalagem, ocasionando, sim, confusão ao consumidor que, ao efetuar as compras, muitas vezes em circunstâncias apressadas, adquirirá um produto, imaginando ser o outro. (...) Ademais, deve ser observado que os produtos em referência abrangem a mesma especificidade, ou seja, a mesma classe, levando o consumidor a erro, uma vez que, em análise superficial, por ocasião da aquisição por parte do consumidor, a ausência de elemento característico ou diferenciador contribui efetivamente para a confusão. (TJ/SP, Apelação Cível n.º 401.847-4/3-São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Natan Zelinski de Arruda, j. em 18/06/2009).

CAPÍTULO 6º

RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE

6.1. Publicidade ilícita e responsabilidade civil. O dever de indenizar e seus pressupostos

A configuração da publicidade ilícita, nas suas diferentes modalidades, enganosa ou abusiva, enseja o dever de reparação dos eventuais danos causados. Estes danos podem ser, em relação aos sujeitos que sofrem a lesão, individuais ou coletivos, e no que tange à natureza da lesão, materiais e/ou morais. O direito à indenização, bem como a possibilidade de cumulatividade de danos materiais e morais, decorre de previsão expressa do artigo 6º inciso VI do CDC, que disciplina ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos”, de modo que o veto ao § 4º do artigo 37 do CDC em nada modificou esse direito básico dos consumidores em relação à publicidade ilícita.⁵⁴¹

Este dispositivo, inserido dentre os direitos básicos do consumidor, introduz às relações de consumo o sistema da responsabilidade civil objetiva na reparação de danos, sejam eles individuais ou coletivos. Com efeito, como explica Nelson Nery “o caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor ressalta do texto do artigo 6º VI, quando não se exige, para que haja o dever de indenizar, a ocorrência de dolo ou culpa do fornecedor. (...) Como consequência da locução ampla do art.6º, VI, do Código, vê-se que qualquer que seja a natureza e origem dos danos causados ao consumidor, serão indenizáveis a título objetivo. Tanto a responsabilidade contratual quanto a aquiliana são de natureza objetiva, seja por inadimplemento contratual, acidente de consumo (fato do produto ou serviço –

---

⁵⁴¹ O teor da norma vetada era o seguinte: “§4º. Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear a indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo de sanção pecuniária cabível e de contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente”. O referido veto em nada altera o direito dos consumidores à reparação integral pelos danos decorrentes da publicidade (art.6º VI CDC). O Código de Defesa do Consumidor, segundo informa NERY é norma principiológica cujos princípios fundamentais encontram-se dispostos nos artigos 1º ao 7º do CDC. “Tudo mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los” (NERY JUNIOR, Nelson. “*Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor*”, RDC, vol.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez 1992, p.51).

art.12), vício do produto ou serviço por inadequação (art.18), derivada da publicidade enganosa ou abusiva (art.37) etc.”.⁵⁴²

O sistema que informa a responsabilidade civil decorrente de publicidade ilícita, portanto, é o mesmo para toda relação de consumo, ou seja, objetivo⁵⁴³. Trata-se de sistemática fundada na teoria do risco do empreendimento⁵⁴⁴ e que requer apenas a comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente (veiculação de comunicação publicitária ilícita) e o dano gerado, ainda que em sua potencialidade.⁵⁴⁵ Não se torna necessário aqui investigar, portanto, a boa ou má-fé do anunciante; sua intenção em querer enganar os consumidores ou desrespeitar valores fundamentais do ordenamento jurídico. A verificação de dolo ou culpa do fornecedor se mostra útil apenas como parâmetro para o arbitramento do *quantum* indenizatório, mas não para fins de sua responsabilização civil, sempre existente quando demonstrada a relação de causalidade entre a publicidade e o dano.⁵⁴⁶

Com efeito, o que importa verificar no caso concreto é se a *fattispecie* resta ou não configurada, isto é, a ocorrência do resultado (ou da sua efetiva potencialidade de) previsto em lei, ainda que esse resultado não tenha sido desejado pelo agente. Isso porque, como bem explica Benjamin, o que a lei visa é a proteção do consumidor e não a repressão

---

⁵⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.212.

⁵⁴³ A única exceção prevista no CDC quanto à responsabilidade objetiva refere-se à responsabilidade civil dos profissionais liberais apurada mediante a verificação de culpa (art.14, §4º, CDC).

⁵⁴⁴ Consoante CAVALIERI FILHO o Código de Defesa do Consumidor “esposou a teoria do risco do empreendimento (ou empresarial)”. Por esta teoria “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passar a ser garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.497).

⁵⁴⁵ Neste sentido, cf. doutrina especializada: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado...*, p.329; NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p.58; GUIMARES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita...*, p.202, dentre outros.

⁵⁴⁶ Cumpre observar, porém, que a apuração do dolo ou culpa do anunciante terá importância fundamental para a análise da responsabilidade penal da publicidade, nas hipóteses dos artigos 67 e 68 do CDC. O presente estudo restringe-se, todavia, aos efeitos civis da publicidade.

do comportamento enganoso do fornecedor. E para fins dessa proteção, o que importa é a análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado.⁵⁴⁷

Destarte, o que interessa efetivamente à subsunção do caso concreto ao artigo 37 do CDC e seus parágrafos não é a vontade do agente (dolo ou culpa), mas os *efeitos* gerados (ou que potencialmente poderão efetivamente advir) de sua conduta, proibindo-se o dispositivo legal em questão o resultado⁵⁴⁸ (ou seja, a indução dos consumidores em erro acerca das características do produto ou serviço, a publicidade de conteúdo discriminatório, etc.).

Nesse contexto, torna-se fundamental observar, no entanto, que o dever de reparar do fornecedor *não é automático*. Ele surge se, e somente se, verificados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, ou seja, apenas quando demonstrada a ação ou omissão do agente, o dano (individual ou coletivo) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo. Prescinde-se, apenas e tão somente, da aferição de culpa do anunciante, exigindo-se, por outro lado, a constatação ao menos do efetivo potencial enganoso ou abusivo da mensagem publicitária (relação de causalidade entre a publicidade e o dano).

Note-se, neste particular, como pudemos pontuar ao longo deste estudo, que a publicidade poderá, por exemplo, ser mentirosa e nem por isso tornar-se enganosa, como no caso das manifestas hipérboles publicitárias. Assim, se a mensagem não apresentar efetiva capacidade de induzir os consumidores em erro, não haverá que se falar em publicidade ilícita, ausente o pressuposto do dano, ainda que potencial. O mesmo se pode dizer da abusividade. Uma certa publicidade, como estudamos, pode suscitar sentimento de mau gosto em certos consumidores, mas nem por isso configurar ilícito no sentido de violação aos bons costumes, aos valores sociais fundamentais que informam o nosso ordenamento jurídico. Simples mal estar e dissabores, como sabemos, não são causas de automático dano moral, sobretudo, no que tange à configuração do chamado dano moral difuso, que deve ter como parâmetro a coletividade de consumidores e não um ou outro consumidor específico e tomado isoladamente. O potencial abusivo deve igualmente restar

---

⁵⁴⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *CBDC comentado...*, p.329.

⁵⁴⁸ Neste sentido, v. também MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p.677.

claramente caracterizado, pois, afastado o elemento volitivo da responsabilização (dolo ou culpa), é necessário que se demonstre que a possibilidade de ocorrência do dano existia, mesmo que eventualmente os resultados não tenham sido alcançados concretamente.

Em regra, decorrem da publicidade enganosa danos de ordem patrimonial, haja vista que esse ilícito está relacionado à escolha econômica do consumidor por produtos e serviços, embora também possa haver, a depender do caso concreto, danos morais. Importante observar, no entanto, que não se vislumbra a possibilidade de um dano moral individual decorrente da simples veiculação da publicidade. Com efeito, como observa a doutrina, a falsidade ou o carácter de engano que induz ou pode induzir o consumidor em erro apenas se releva em termos individuais se produzir algum efeito ou dano concreto.⁵⁴⁹ Dito doutro modo, em termos individuais, o dano não pode ser simplesmente presumido por conta da eventual potencialidade enganosa da peça publicitária, mas deve efetivamente ter sido experimentado pelo consumidor para implicar o ressarcimento patrimonial. Assim, poder-se-ia pensar em uma cumulatividade de danos (patrimonial e moral), caso restasse demonstrado que a aquisição de produto ou a contratação de serviço foi realizada pelo consumidor em razão e como resultado direto da publicidade enganosa, podendo ainda gerar, a ser avaliado do exame do caso concreto, uma agressão ou sofrimento profundo passível de reparação moral.

Mais difícil imaginar, de outro lado, são os danos individuais em razão de publicidade abusiva, pois como ressalta Fabio Ulhoa Coelho, considerando que o § 2º do artigo 37 do CDC visa tutelar valores fundamentais da sociedade e resguardados em nosso ordenamento jurídico “por certo não existe hipótese de abusividade lesiva a interesse individual, simples ou homogêneo, pois essa ideia contradiz o próprio conceito de publicidade abusiva, que se caracteriza apenas como ofensa a valor social”.⁵⁵⁰

---

⁵⁴⁹ Neste sentido, doutrina portuguesa segundo CHAVES, Rui Moreira. *Código da Publicidade Anotado*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, p.162: “No caso da publicidade enganosa, não se vislumbra a possibilidade de existir um dano moral individual causado pela simples transmissão da mensagem, porque a falsidade ou o carácter enganador que induza ou possa induzir em erro o consumidor, só revela em termos individuais se produzir algum efeito concreto. Por isso, se em resultado da publicidade enganosa, o consumidor adquirir, de facto, o produto ou o serviço publicitados, poderá ocorrer quer um dano patrimonial quer um dano moral, susceptíveis de reparação a ser efectuada pelo agente causador dos danos (...)”. Ainda GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezini. *Publicidade ilícita...*, p.182.

⁵⁵⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial...*, p.354.

Não podemos de qualquer modo afastar *a priori*, o teor do artigo 6º VI do CDC para o caso de eventuais danos individuais por publicidade abusiva, embora devamos concordar que não parece fácil demonstrar que certa publicidade violou algum valor da sociedade como um todo, sendo atingido, também e diretamente, o consumidor individual.⁵⁵¹ Poder-se-ia imaginar ainda danos individuais (patrimoniais e/ou morais) em decorrência de publicidade abusiva que incita à adoção de comportamento perigoso ou prejudicial à saúde e segurança e que venha a ser reproduzido pelo consumidor, provocando danos à sua integridade física.

Observe-se, de outro lado, que quando estamos a tratar de tutela coletiva a constatação da potencialidade de indução em erro dos destinatários da publicidade ou a demonstração de seu efetivo conteúdo abusivo já se mostra suficiente para ensejar o dano moral difuso. Isto ocorre ainda que não se demonstre ou comprove o exaurimento dos danos sofridos pelos consumidores. São situações em que a verificação de violação da norma proibitiva faz surgir o dano. Neste sentido, novamente as oportunas considerações de Rui Moreira Chaves que adverte que “a simples divulgação de uma mensagem ilícita, discriminando os judeus, os católicos, os negros ou os ciganos, ou uma publicidade enganosa que indique características falsas dos produtos, causará de forma geral e abstracta um dano não patrimonial a todos os expostos à mensagem, que poderá ser reparado através de compensação em dinheiro ou através da publicidade correctora”.⁵⁵²

Ao fornecedor incumbe, pois, o ônus de demonstrar a veracidade ou suficiência de suas informações, no caso da publicidade enganosa (comissiva ou omissiva), ou, que fatos alegados não violam os valores sociais juridicamente protegidos, em se tratando de publicidade abusiva (artigo 38 CDC). Em outras palavras, incumbe ao anunciante

---

⁵⁵¹ Como coloca GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Publicidade ilícita...*, p.183: “nesse caso [de dano moral individual] deverá o consumidor caracterizar a publicidade como abusiva, demonstrando que a violação da ordem publica, valores éticos, morais, etc. não está apenas em sua opinião isolada, mas na da maioria da comunidade”. Ressalta ainda o autor a dificuldade de se vislumbrar a ocorrência de um dano patrimonial, pois nessa publicidade os valores em jogo são extrapatrimoniais. Como exceção imagina uma publicidade discriminatória e que, em decorrência dessa discriminação, o consumidor venha a sofrer uma diminuição em sua atividade profissional.

⁵⁵² CHAVES, Rui Moreira. *Código da Publicidade...*, p.162. Neste particular, aplicáveis à espécie as pertinentes palavras de SCHREIBER, Anderson, que, ao tratar do dano moral *in re ipsa*, acentua que “o dano extrapatrimonial [é] nada além da lesão a um interesse extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela. A lesão se dá de forma inteiramente desvinculada da repercussão no estado de espírito da vítima.” (*Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p.199).

demonstrar a inexistência dos efeitos nocivos decorrentes da veiculação da publicidade ou que o fatos trazidos não dão causa aos danos alegados.

Considerando a importância do dano na reparação civil, cumpre-nos estudar a seguir, de modo particular, o chamado *dano moral difuso* que apresenta importância fulcral ao estudo da publicidade ilícita enganosa ou abusiva.

6.2. Considerações sobre o dano moral difuso e sua reparação na publicidade

Como dissemos, a caracterização da publicidade enganosa ou abusiva enseja o dever de reparar os danos causados, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. Tais danos podem repercutir tanto na esfera individual do consumidor quanto no âmbito da coletividade, nesta última hipótese, em ofensa aos chamados interesses difusos e coletivos ou somente transindividuais. O mencionado artigo 6º inciso VI do CDC não deixa dúvidas a respeito da possível cumulatividade das indenizações tampouco sobre a reparação de danos não-patrimoniais gerados à coletividade.

Não obstante a clareza da norma consumerista, e devido à indiscutível relevância do *dano moral coletivo* no estudo da publicidade enganosa e abusiva, haja vista que da veiculação de publicidade ilícita também podem resultar danos aos direitos difusos, parece-nos oportuno tecer algumas considerações mais aprofundadas acerca da reparação do dano moral em sua esfera transindividual.

Lembramos, neste particular, a vívida discussão – e até mesmo resistência – havida no meio jurídico acerca do cabimento de um dano não-patrimonial extensivo à coletividade, verificando-se, ainda na atualidade, decisões que aqui e acolá reascendem uma controvérsia que, em verdade, já deveria estar mais do que superada à luz das normas vigentes no nosso ordenamento jurídico.⁵⁵³

---

⁵⁵³ Neste sentido, a controversa decisão do STJ em caso envolvendo reparação coletiva por dano ambiental “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA

Como todos sabem, o dano moral consiste na lesão a interesse não suscetível de aferição econômica ou pecuniária. Sua reparação encontra previsão expressa na Constituição Federal (artigo 5º incisos V e X) e em diversas leis esparsas, valendo notar as mencionadas disposições do Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º VI) e, mais recentemente, do Código Civil de 2002 (artigo 186).

Muito se discutiu se a coletividade também poderia ser sujeito de danos não-patrimoniais, já que, em sua origem, o dano moral estava associado à dor, à perda, ao sofrimento da pessoa humana, ressaltando sempre os acórdãos de nossos tribunais o chamado *pretium doloris*. A moderna teoria do dano moral, no entanto, admite a *concepção objetiva* desse dano e reconhece que a violação a interesses juridicamente tutelados são passíveis de reparação extrapatrimonial.

Com efeito, remetendo ao conceito de dano, compreendido consoante a melhor doutrina⁵⁵⁴ como qualquer *lesão a interesse juridicamente protegido*, não podemos olvidar que a violação aos interesses difusos, tutelados pelo nosso ordenamento, pode ensejar conseqüências de ordem tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, e na maioria das vezes, resulta apenas em uma lesão extrapatrimonial, que decorre da simples violação de direito. Neste particular, oportuna lição de Aguiar Dias para quem o dano moral é mesmo “o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito”.⁵⁵⁵

REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO” (Recurso Especial nº 598.281 – MG, Relator Ministro Luiz Fux, j. 2.5.2006, DJU 1.6.2006).

⁵⁵⁴ Nas palavras de Mario Julio de Almeida Costa “*dano ou prejuízo é toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica*” (COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 6º edição, Coimbra: Almedina, 1994, p.496). Ainda para Agostinho Alvim, dano, “em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 1972, p.172).

⁵⁵⁵ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1.002. Aqui menciona-se importante observação de SCHREIBER, Anderson, no sentido de que: “A verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. Como já demonstrado, trata-se de uma mera conseqüência, eventual, da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração. A prova da dor deve, sim, ser dispensada, não porque seja inerente à ofensa sofrida pela vítima – pode não sê-lo, como no uso indevido da imagem –, mas porque o dano moral independe da dor, consistindo, antes, na própria lesão, e não nas conseqüências negativas (ou positivas,

Sobreleva notar, ademais, que a jurisprudência já havia reconhecido ser a pessoa jurídica passível de reparação por danos morais, nas situações de lesão à sua imagem e reputação, afastando, por conseguinte, o pressuposto da dor ou sofrimento da vítima para a configuração desse dano. Em outras palavras, a *objetivação* do dano moral enquanto ofensa a interesses jurídicos tutelados já apresentava aceitação na doutrina e jurisprudência no tocante à pessoa jurídica, não se justificando, portanto, a negação de sua reparação quando violados os interesses difusos da coletividade.

Não por outra razão, definiu Limongi França o conceito de dano moral como “aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”.⁵⁵⁶ Este dano (individual ou coletivo) decorre da comprovação do fato ofensivo, de sorte que, uma vez demonstrado, devida estará a reparação por dano moral.⁵⁵⁷

Cumpre notar, neste contexto, que com a promulgação do CDC e também as alterações à lei de Ação Civil Pública, qualquer discussão acerca da reparação do dano moral à coletividade restou definitivamente superada e positivada. Com efeito, o nosso ordenamento jurídico reconheceu expressamente a possibilidade de reparação extrapatrimonial de interesses difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, já dispunha sobre a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa “do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses difusos e coletivos*”. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a tutela jurisdicional de tais interesses ganhou força ainda maior. Em primeiro, dispôs o CDC, em seu artigo 2º, parágrafo único, que a coletividade também é titular de direitos para, logo em

---

advirta-se) que tal lesão pode vir a gerar” (*Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p.197).

⁵⁵⁶ FRANÇA, Rubens Limongi, *Reparação do dano moral*, Revista dos Tribunais, vol. 631, p.29. Ainda na doutrina, SERGIO SEVERO aponta a possibilidade de dois tipos de dano extrapatrimonial, um objetivo e outro subjetivo: “o dano extrapatrimonial pode ser objetivo, quando atinja interesse não econômicos que não repercutem na sua esfera interna, ou subjetivo, quando importe em sofrimento psíquico ou físico”(SEVERO, Sergio. *Os Danos extrapatrimoniais*, São Paulo: Saraiva, 1996, p.45).

⁵⁵⁷ Neste sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil...*, p.108.

seguida, no já mencionado artigo 6º VI prever, dentre os direitos básicos do consumidor, a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e *morais*, individuais, *coletivos* ou *difusos*”.

Ainda de modo a dar efetividade à tutela jurisdicional de tais interesses difusos e coletivos, o Código os definiu em seu artigo 81 (incisos I e II) e regulamentou os legitimados à sua proteção no seu artigo 82, além de introduzir modificação à Lei de Ação Civil Pública (7.347/85) para fazer constar no inciso IV do artigo 1º daquela Lei a expressa menção à possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a reparação de danos morais e patrimoniais causados “a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.⁵⁵⁸

Os *interesses difusos*, consoante as palavras precisas de MANCUSO, pertencem ao gênero “interesses meta ou supraindividuais”, aí compreendidos aqueles que perpassam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na “ordem coletiva”, *lato sensu*. Nesse campo, “o primado recai em valores de ordem social, como o ‘bem comum’, a ‘qualidade de vida’, os ‘direitos humanos’, etc.. Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca de *impessoalidade*, isto é, discute-se em torno de *valores, idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas*”.⁵⁵⁹

A tutela aos interesses difusos está relacionada diretamente à própria preservação da qualidade de vida da coletividade. Caio Tácito, já ressaltava a importância de tais direitos, que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar social, ou mesmo na sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem. Observava, com clareza, que “aos habitantes de uma determinada região são essenciais as condições do meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra a manipulações de mercado. O livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos são meios elementares de difusão e preservação da cultura. Tais bens coletivos, sem dono certo, constituem matéria-prima de

---

⁵⁵⁸ O artigo 110 do CDC assim dispôs “Art.110. acrescente-se o seguinte inciso IV ao art.1 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985: IV- a qualquer interesse difuso ou coletivo”.

⁵⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,p.145.

uma vida comunitária estável e sadia, a serem juridicamente protegidos”.⁵⁶⁰ A violação aos direitos difusos resulta, portanto, no próprio rebaixamento da qualidade de vida da coletividade, justificando-se a sua tutela pelo Direito como forma de preservação do bem-estar social.

Tais interesses, como adiantamos, encontram-se previstos no artigo 81 inciso I do CDC, que os define como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São características principais desses direitos a *indeterminação de seus sujeitos* e a *indivisibilidade* de seu objeto. Fala-se em indeterminação dos sujeitos na medida em que a tutela dos direitos difusos se refere a toda uma coletividade, não tendo por base uma titularidade certa, mas a *relevância social* do interesse em questão. Justamente por ser a coletividade a titular desse direito (ex: direito ao meio ambiente saudável; direito à escolha de produtos e serviços, sem manipulações de mercado; direito ao patrimônio histórico e cultural do país) que se impõe a indivisibilidade do seu objeto. O bem jurídico tutelado é insuscetível de divisão, de modo que a proteção de um resulta na proteção de todos.⁵⁶¹

Em relação aos sujeitos, note-se que os direitos difusos voltam-se a pessoas que não estão vinculadas por uma relação jurídica, mas por apresentarem a mesma circunstância de fato (e.g. habitarem a mesma cidade; consumirem os mesmos produtos; pertencerem a uma determinada religião ou etnia; ou, ainda, apresentarem-se como destinatários de uma mesma publicidade, e etc.). O simples fato dos consumidores-destinatários restarem expostos, por exemplo, à publicidade – atividade que se utiliza de veículo de comunicação de massa – os torna sujeitos de direitos difusos, sem que se possa (ou mesmo seja necessário), contudo, identificar cada consumidor individualmente.

Percebe-se, portanto, que a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva pertence justamente à categoria dos interesses difusos. Verifica-se, neste atividade, a

---

⁵⁶⁰ TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 157, p.10-11, jul-set 1984.

⁵⁶¹ Observa Rodolfo Mancuso com propriedade que a “a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas do fato do interesse concernir à toda a coletividade ou a todo um segmento dela, justificando-se, assim, o trato *coletivo* do conflito. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, p.94).

indeterminabilidade dos seus destinatários⁵⁶², a indivisibilidade do objeto tutelado, bem como o fato de seus sujeitos estarem unidos pelas mesma circunstância de fato, ou seja, pelo fato de estarem expostos à mensagem publicitária. O interesse juridicamente protegido é indivisível, pois o que se procura preservar com as normas proibitivas é justamente a proteção dos consumidores nas relações pré-contratuais de consumo, proibindo-se a veiculação de mensagens enganosas ou abusivas no mercado de consumo. Este valor não diz respeito, contudo, a uma só pessoa, mas afeta toda colectividade, o que significa que a proteção de um membro, originará a proteção de todos.

Poder-se-ia cogitar ainda na publicidade a existência de interesse coletivos *stricto sensu*, tal qual tutelados no artigo 81 inciso II do CDC, se a publicidade ou oferta publicitária de certo produto atingisse ou se direcionasse a uma categoria específica de consumidores (e.g.: diabéticos, grávidas). Segundo conceito trazido no inciso II do artigo 81 entende-se por interesses ou direitos coletivos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”.

Note-se que o traço distintivo entre os interesses coletivos e os difusos está na sua titularidade, permanecendo, contudo, indivisível o seu objeto. Os interesses coletivos relacionam-se a uma parcela determinada ou determinável de pessoas (i.e., a um grupo, categoria ou classe de pessoas), ao passo que os interesses difusos pertencem a uma parcela indeterminada e indeterminável de sujeitos. O vínculo que une os seus sujeitos também se distinguem. Nos interesses difusos, como vimos, os sujeitos estão ligados por uma mesma circunstância de fato; nos interesses coletivos a ligação ocorre por uma relação jurídica-base entre os seus sujeitos, como um vínculo associativo (ex: associação dos diabéticos movendo uma ação contra um anunciante por publicidade enganosa de produto pretensamente dietético), ou, entre os sujeitos e a parte contrária. Nesta última hipótese, poderíamos imaginar uma relação jurídica-base entre, por exemplo, os consumidores

---

⁵⁶² A investigação do *consumidor típico* da mensagem, critério interpretativo do potencial de ilicitude da publicidade, cf. estudado no Capítulo 4º, não retira o caráter de indeterminabilidade de seus sujeitos, permanecendo indeterminados os consumidores típicos de certo produto ou serviço. A verificação do público-alvo atingido por certa publicidade não possibilita a identificação das pessoas físicas ou jurídicas que o compõem, ao menos que a publicidade se volte a uma categoria de consumidores específica, envolvendo um veículo de comunicação restrito, que possibilite a determinabilidade dos seus sujeitos.

diabéticos que adquiriam, enganados, os produtos que se ofertava como dietéticos e o fornecedor de tais produtos (i.e., decorrente do contrato de consumo).

Na publicidade ilícita, além de pedidos de obrigação de fazer (retirada da publicidade e do produto de comercialização) e de não-fazer (proibição a novas publicidades), também se poderia pensar na reparação do dano moral coletivo à essa categoria de consumidores, cujo valor seria destinado ao Fundo de Direitos Difusos nos termos do artigo 13 da Lei 7.347/85, ou, a depender do pedido formulado, na forma de direitos individuais homogêneos, por apresentarem a mesma origem, mas cujo dano seria liquidado por cada consumidor individualmente (artigo 81 inciso III CDC).

O fator determinante dos interesses envolvidos decorrerá do pedido deduzido na ação civil pública, isto é, se envolver a coletividade indistintamente (dano difuso); determinado grupo, categoria ou classe de consumidores (dano coletivo *stricto sensu*); ou interesses individuais, mas tutelados na forma coletiva devido a sua homogeneidade e por apresentarem origem comum (81 inciso III CDC).

Destarte, a violação aos interesses transindividuais de proteção dos consumidores contra a publicidade enganosa ou abusiva, e tutelados pelos preceitos legais do CDC (artigos 36 a 38), podem ensejar danos à coletividade em sua esfera não-patrimonial, além de eventuais pedidos de reparação individual a serem analisados em cada caso concreto. Neste particular, cumpre notar que nossos tribunais não demoraram para reconhecer a reparação do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de consumo, como se percebe da jurisprudência proferida após a promulgação do CDC.⁵⁶³

Podemos concluir que o dano moral coletivo (*lato sensu*) – e que pode decorrer da veiculação da publicidade ilícita – consiste na reparação à violação a interesses difusos juridicamente protegidos, que apesar de não terem um titular certo, sua proteção se justifica pela relevância social que apresentam, e tem por função compensar os danos

---

⁵⁶³ V., por exemplo, dentre outros: TRF4, Ap. Cível n. 2002.70.02.003164-5/PR, Des. Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida, 3ª Turma, j. 19.06.2006, DJ 27.09.2006; STF, RE n. 163.231, Min. Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 26.02.1997, DJ 29.06.2001; TJDF, Apelação Cível n. 2004011102028-0, Des. Rel. Vera Andrighi, 4ª Turma Cível, j. 14.03.2004, DJU 10.05.2007.

causados injustamente à coletividade em sua esfera não-patrimonial, bem como prevenir o mercado contra futuras condutas similares.⁵⁶⁴

Passemos ao estudo das funções do dano moral nas suas esferas individual e coletiva.

6.2.1. A função compensatória e punitiva da reparação do dano moral. Uma reflexão acerca da função punitiva

Doutrina e jurisprudência pátria ressaltam com frequência a natureza dúplice da reparação dos danos morais, qual seja, de um lado, *compensar* à vítima pelo dano sofrido, e de outro, *punir* o ofensor para que não incorra novamente na conduta lesiva.⁵⁶⁵ -
566

Fala-se em compensação tendo em vista que “o dano moral não é propriamente indenizável; indenizar é palavra que provem do latim “*in dene*”, que significa devolver (o

---

⁵⁶⁴ Na definição de BITTAR FILHO, Carlos Alberto, o dano moral coletivo “*é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: que isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial*” (O dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro, RDC n.12, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 1994, p.55). Na lição de RAMOS, André de Carvalho: “*a reparação do dano moral coletivo representa para a coletividade um reconhecimento pelo Direito de valores sociais essenciais, tais quais a imagem do serviço público, a integridade de nossas leis e outros, que compõem o já fragilizado conceito de cidadania do brasileiro*”. (A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol.25, jan-mar 1988, São Paulo; Revista dos Tribunais, p.87). Preferimos adotar um *conceito objetivo* de dano moral, a partir da violação da norma, do interesse difuso tutelado, embora também se possa falar em moral coletiva, tal qual propõem os autores.

⁵⁶⁵ Neste sentido, por exemplo, BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: USP, 1992, p.219 e ss; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil...*, p.116-117, em referência também as lições de Caio Mario da Silva (*Instituições de Direito Civil v.II*); LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético...*, p.139, dentre outros.

⁵⁶⁶ Adiantamos o posicionamento de doutrina que adverte que – embora doutrina e jurisprudência a recepcionem com frequência – a função punitiva da reparação do dano moral não foi adotada pelo nosso legislador ordinário. Segundo este posicionamento, o Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil contemplou o caráter punitivo e, de outro lado, o CDC, quando teve a oportunidade de prever a indenização punitiva, no artigo 16 do projeto, recebeu o veto presidencial quando de sua sanção. (BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p.217 e ss; BODIN DE MORES admite, porém, exceções como veremos adiante. Em sentido parecido, v. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, 2º edição, São Paulo: Atlas, 2009, p.203-209.

patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial”.⁵⁶⁷ Assim, dada impossibilidade de recomposição à situação anterior ao dano (*status quo ante*), a função compensatória apresentaria a finalidade de proporcionar à vítima uma satisfação em relação à ofensa causada, por meio do pagamento de soma em dinheiro que, no entanto, não possui equivalência econômica.

A função punitiva, por seu turno, está relacionada à pessoa do *ofensor* e apresentaria objetivo pedagógico de desestímulo a futuras condutas. Neste aspecto, *preventivo-punitivo*, a reparação do dano extrapatrimonial visaria prevenir lesões futuras, fazendo com o que o ofensor não desejasse reincidir em tal comportamento, bem como serviria de exemplo a terceiros de modo a inibir novos comportamentos reprováveis socialmente (“caráter exemplar”). O dano moral na sua função punitiva representaria, pois, a imposição de “uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima”⁵⁶⁸, cuidando-se, no entanto, para não enriquecê-la excessivamente.

A teoria do desestímulo – defendida no Brasil arduamente por Carlos Alberto Bittar, em seu clássico *Reparação civil por danos morais*, e recepcionada por nossos tribunais – representaria uma espécie atípica dos chamados *punitive damages* do direito americano, que consistem na “indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos”.⁵⁶⁹ Anderson Schreiber observa que haveria uma anomalia na aplicação do instituto tendo em vista que no Brasil, assim como em outros países de tradição romano-germânica, os *punitive damages* não são admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Constata o autor que grande parte das cortes brasileiras não só tem cancelado o duplo caráter do dano moral, como tem aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos.⁵⁷⁰

---

⁵⁶⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Danos à pessoa Humana...* p.145.

⁵⁶⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa Humana...*, p.219.

⁵⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p.203.

⁵⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p.204.

Com efeito, ressalta ainda Schreiber que “ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado simplesmente conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto”.⁵⁷¹

A questão adquire contornos ainda maiores na medida em que, segundo adverte Bodin de Moraes, não haveria na legislação brasileira norma que autorizasse uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o instituto dos chamados (erroneamente) “danos punitivos” foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador brasileiro.⁵⁷²

Com efeito, o artigo 16 do projeto do Código de Defesa do Consumidor, que contemplava a figura da “indenização punitiva” ou “multa civil” em acidentes de consumo recebeu veto presidencial quando de sua sanção.⁵⁷³ Neste particular, denuncia Maria Celina Bodin de Moraes que justamente “quando se teve a melhor oportunidade para se prever a indenização punitiva, isto é, no âmbito da proteção do consumidor, cujo correspondente americano é o *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a

---

⁵⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p.205.

⁵⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.18, abril/jun 2004, Rio de Janeiro: Editora Padma, p.48 e ss e também in *Danos à pessoa Humana...*, p.217 e ss. Apresentando o mesmo posicionamento sobre a legislação brasileira e os *punitive damages* v, ainda, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...*, p.203-206. Segundo os autores a correta expressão seria “indenização punitiva” (e não danos punitivos), pois o que assume caráter punitivo não é o dano, mas a indenização a que se condena o seu autor.

⁵⁷³ O artigo 16 apresentava o seguinte teor: “Art.16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de ate um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”. Segundo razões do veto: “o art.12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e validade”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas...*, p.48).

fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano”. A indenização punitiva do dano extrapatrimonial também encontraria vedação no artigo 944 do CC/2002 que dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo que a exceção prevista no parágrafo único deste mesmo dispositivo é no sentido de *reduzir* equitativamente a indenização se houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” – e nunca de majorá-la.^{574 575}

A discussão acerca da indenização punitiva na reparação do dano moral deve ser analisada, porém, sob dois diferentes aspectos: o individual e o coletivo.

Com efeito, como estudamos no item precedente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública previram expressamente a possibilidade de reparação do dano moral coletivo naquelas situações de violação aos chamados interesses transindividuais (artigos 81, incisos I e II CDC). Essas mesmas leis estabeleceram ainda que, havendo condenação pecuniária à título de danos morais coletivos, o valor da indenização deverá ser destinado ao Fundo de Direitos Difusos – FDD (artigo 13 da Lei 7.347/85), regulamentado, em âmbito nacional, pela Lei 9.008/95.

Percebe-se, com isso, que na reparação do *dano moral difuso*, a função principal de sua indenização parece ser mesmo de natureza preventiva-punitiva do que propriamente compensatória, na medida em que a indenização difusa (marcada pela indeterminabilidade de seus sujeitos) não se reverte às vítimas individuais do dano, mas coerentemente ao Fundo de Direitos Difusos (artigo 13 Lei 7.347/85). Assim, embora se pudesse pensar em uma natureza compensatória, pelo fato de que o valor pecuniário será, de algum modo, revertido em benefício dos interesses da coletividade, é certo que o objetivo primeiro da reparação pelo dano moral coletivo é punir a conduta do infrator e

---

⁵⁷⁴ Neste sentido, entendimento de BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive Damages...*, p.48-49, que observa adicionalmente que a mesma lógica decorreria também do artigo 403 do CC em tema de responsabilidade contratual (cujo teor dispõe que “ainda que a inexecução resulte de *dolo* do devedor, as perdas e danos *só incluem* os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato...”). E ainda SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p.205.

⁵⁷⁵ O Projeto de Lei 6.960/2002 (de autoria do Deputado Fiúza), previa a inclusão de um novo parágrafo ao art.944, cuja disposição previa que “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Criticando a referida disposição por não trazer critérios a serem levados em conta no arbitramento, configurando verdadeiro “cheque em branco” ao magistrado para punir, Maria Celina informa que, “em boa hora, o relatório que gerou o Substitutivo do Projeto de Lei 6960/2002, de autoria do deputado Vicente Arruda, veio rejeitar a inconsistente proposta” (*Punitive damages...*, p.49).

dissuadi-lo da prática de novas condutas contrárias aos direitos transindividuais que pela sua relevância social devem ser resguardados. Um dano patrimonial, nestes casos, muitas vezes, é difícil de ser verificado e compensado.

Neste sentido, mesmo a doutrina mais ponderada, e com a qual concordamos, que observa com reservas a atribuição de uma eventual função punitiva à responsabilidade civil reconhece haver interesse em sua aplicação quando se está a tratar de danos a interesses difusos e coletivos. Assim, Bodin de Moraes admite, em caráter de exceção, uma função punitiva na reparação de dano moral para “situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido, dando-se uma resposta à sociedade”.⁵⁷⁶ Leva-se em conta o bem jurídico tutelado e os beneficiários da indenização, que é a coletividade como um todo, por meio da destinação do valor pecuniário ao FDD e não ao consumidor individualmente.

Nesse passo, e voltando-se ao estudo da publicidade, podemos dizer que a satisfação do dano coletivo na publicidade enganosa ou abusiva conserva justamente essa idéia de punição e desestímulo ao anunciante-infrator como medida preventiva de comportamentos desleais que reduzem a transparência e correção nas relações de consumo. Sergio Severo⁵⁷⁷ ressalta ainda que a indenização de caráter punitivo, como a que aqui estudamos, “é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes”.

No entanto, cumpre advertir para a necessidade de um agir com prudência no arbitramento de tais indenizações coletivas, haja vista a ausência de critérios legais para a quantificação do dano moral coletivo. Deve-se evitar que uma indenização punitiva converta-se em mera arbitrariedade, desconexa dos próprios objetivos do CDC. Neste

---

⁵⁷⁶ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana...*, p.263. Observa ainda com clareza a autora que “Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, em obediência às previsões da Lei nº7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados”.

⁵⁷⁷ SEVERO, Sergio. *Os danos extrapatrimoniais...*, p.184.

particular, oportuno lembrar que o problema da quantificação dos *punitive damages* nos Estados Unidos adquiriu tamanha gravidade, com indenizações milionárias, que pode ser tido como o grande causador da crise da responsabilidade civil nos anos 80, estabelecendo alguns Estados americanos, como reação a tais abusos, tetos legais (*caps*) para estas indenizações.⁵⁷⁸

De outro lado, uma conclusão diversa se verifica quando se está a tratar de reparação de dano moral *individual* em virtude de veiculação de publicidade ilícita. A extensão da natureza punitiva em tais pedidos de reparação, quando e se cabíveis pelo motivos expostos, deve ser vista com muita reserva pelo aplicador do direito. Com efeito, na quantificação do dano moral individual, o julgador não deve ter como critério fundamental a aplicação da natureza punitiva ou exemplar ao infrator, sob pena de se estar criando situações de enriquecimento sem causa e verdadeiramente proibidas pelo nosso ordenamento jurídico também por força do artigo 944 do CC/2002.

Entendemos que a atribuição de uma indenização punitiva nas ações individuais por dano moral deve ser um critério secundário, e nunca para justificar um “plus” muito maior de indenização moral, que ultrapasse um valor que seria razoável para a compensação do dano sofrido individualmente. Isso porque, nessa situação de reparação individual, a soma em dinheiro não irá beneficiar um grande número de pessoas, mas o consumidor individual, que, por sua vez, não tem legitimidade para receber indenização em “nome da coletividade”. Para punir a conduta ilícita do ofensor e dissuadi-lo a praticar novas lesões encontra-se à disposição dos legitimados do artigo 82 do CDC a propositura da respectiva ação civil pública.

Recorrendo-se novamente às considerações apropriadas de Maria Celina Bodin de Moraes, ressaltamos a posição restritiva da autora em relação à atribuição de indenização punitiva na reparação do dano moral individual e com a qual concordamos por ser, de fato, o único caminho possível. Com efeito, segundo a jurista “para que vigore a lógica do razoável nesta matéria, parece imprescindível que somente se atribua caráter

---

⁵⁷⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages...*, p.70. Segundo informa a autora “atualmente, 16 estados americanos, entre eles Flórida e o Texas, estabelecem tetos máximos de indenização com caráter punitivo, normalmente até três vezes o valor da indenização compensatória. Além disso, há estados que determinam a atribuição de uma parte relevante da indenização punitiva (50 e 75% a fundos especiais)”.

punitivo a hipóteses excepcionais e a hipóteses taxativamente previstas em lei. O caráter punitivo somente deve ser aplicado em situações particularmente graves, porque esta é a única maneira de levá-lo, efetivamente, a sério. É de admitir-se, pois, como *exceção*, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de pratica danosa reiterada”. Adverte, porém, a mesma autora – tendo em vista os possíveis excessos que de tal indenização– para a necessidade de “manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trata de juízo de punição”.⁵⁷⁹

A mesma preocupação em relação ao cuidado quanto à extensão da natureza punitiva às ações individuais de reparação por dano moral manifesta Humberto Theodoro Junior⁵⁸⁰, para quem o caráter repressivo deve ser um “critério secundário ou subsidiário” no cálculo do arbitramento, “e nunca como dado principal ou determinante, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com a natureza privada e reparativa apenas da lesão individual”. Em sentido similar, Scartezzini Guimarães, mesmo assumindo haver um valor de desestímulo no arbitramento da indenização por dano moral adverte que “não se pode esquecer que o valor, no que toca as demandas individuais não pode ser fonte de lucro ou enriquecimento indevido da vítima”.⁵⁸¹

Destarte, diante das considerações exaradas e, sobretudo, pelo fato de que o consumidor, individualmente, não tem legitimidade para representar os interesses difusos da coletividade (essa função cabe unicamente aos legitimados do artigo 82 do CDC), não nos parece adequado que o julgador, no cálculo do dano moral individual por publicidade enganosa ou abusiva, leve em conta uma natureza punitiva, no sentido de um *plus* muito maior do que seria razoável se admitir na sua reparação, como se estivesse a arbitrar uma

---

⁵⁷⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa Humana...*, p.263..

⁵⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, 4ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.33.

⁵⁸¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita...* p.180/181.

indenização em caráter exemplar à sociedade, e não em forma de compensação moral ao consumidor. Uma indenização de natureza exemplar (“multa civil”) tornar-se-ia ilegal à luz da proibição do enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC/2002), bem como da orientação do artigo 944 e seu parágrafo único do CC/2002, aplicáveis subsidiariamente às relações de consumo, interpretação esta reforçada pelo fato de que próprio CDC não contemplou o caráter punitivo à reparação do dano, em virtude do veto ao já mencionado artigo 16.⁵⁸²

O arbitramento do *quantum* indenizatório nas ações de dano moral por publicidade ilícita, em qualquer hipótese (coletivo ou individual), deverá levar em conta os critérios da extensão do dano e da culpa do ofensor, isto é, o comportamento do agente e as medidas adicionais que tomou para minimizá-lo, além da capacidade econômica das partes, tomando-se o cuidado sempre necessário para que não se arbitre indenizações de cunho eminentemente punitivo, sem que se tenha em consideração o dano propriamente sofrido pela vítima ou coletividade de consumidores, mas apegando-se apenas à capacidade econômica do ofensor⁵⁸³, o que se aproximaria de uma função meramente

---

⁵⁸² Em sentido contrário ao entendimento aqui exposto, são as considerações do saudoso AZEVEDO, Antonio Junqueira para quem o consumidor individual, vítima, ao ajuizar uma ação contra a empresa ofensora pode receber um *plus* de indenização pelos chamados “danos sociais”. Segundo o jurista, neste caso, a vítima, age como defensor da coletividade, *verbis*: “Todavia, ainda que não sejamos grandes admiradores da cultura jurídica norte-americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte no processo, eis que, foi ela quem de fato trabalhou. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por opção dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas em que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. (...) O autor vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado”, e por isso, merece a recompensa”. E conclui o autor que “nas ações de indenização (...) poderá haver a) o dano patrimonial individual, a ser fixado com os dados dos danos emergentes e dos lucros cessantes; b) o dano moral individual como compensação, determinada basicamente por arbitramento; e c) o dano social, ou como punição, por ter o autor agido com dolo ou culpa grave, ou como dissuasão, para não levar à repetição, pelo agente ou por outros, dos mesmos atos. A indenização, qualquer que seja, deverá ser entregue à própria vítima” (“Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.19, jul-set 2004, Rio de Janeiro: Editora Paadma, p.217-218.).

Conforme dissemos, em que pese as considerações do nobre jurista, entendemos que a admissão da vítima como “promotor público” em substituição à função que é própria do Ministério Público para agir em nome da coletividade e receber as verbas que seriam da sociedade, além de não haver legitimidade para tanto, posto que exclusiva das pessoas listadas no artigo 82 do CDC, encontra proibição expressa em nosso ordenamento jurídico (884 e 944 do CC/2002).

⁵⁸³ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético...*, p.144, ao comentar os critérios de arbitramento do dano moral, e, no particular, o critério das “condições do ofensor” lembra que “a responsabilidade civil não foi criada para o enriquecimento da vítima, mas para a justa reparação do mal. A justiça tem os dois lados: se o ofensor tem dinheiro para pagar melhor, isso não significa que, sendo ele rico, deva-se determinar uma indenização muito além daquela que parece justa. O quantum deverá ser tal que desencoraje de outros atos,

retributiva típica do direito penal e não da responsabilidade civil. No caso da publicidade ilícita, relevante considerar ainda para o seu arbitramento que tipo de dano gerou a conduta lesiva: se um dano físico ou econômico. Em regra, tais ilicitudes geram danos puramente econômicos, diferentemente dos acidentes de consumo (art.12), que envolvem danos à integridade física dos consumidores, impondo-se fazer esta diferenciação quando da análise do caso concreto.⁵⁸⁴

Por fim, vale mencionar recentes reflexões acerca da necessária “despatrimonialização” ou “despecuniarização” da reparação do dano extrapatrimonial, preferindo-se, sempre que possível, um remédio não patrimonial, uma tutela específica (obrigação de fazer ou de não- fazer) ou ainda a reparação *in natura* em desfavor da conversão da obrigação em perdas e danos.⁵⁸⁵ Trata-se de aplicar remédios alternativos que se somem (ou se substituam) à indenização pecuniária do dano extrapatrimonial, e que podem trazer resultados mais eficazes aos lesados.

No caso da publicidade enganosa ou abusiva parece haver a possibilidade de *reparação in natura* do dano, por meio da aplicação da sanção de contrapropaganda (artigos 56, XII e 60 CDC), que tem por escopo justamente desfazer, corrigir, o mal anteriormente causado pela publicidade ilícita. A legislação consumerista prevê ainda a possibilidade de se cumular essas duas sanções (indenização e contrapropaganda), nos termos do parágrafo único do artigo 56. Deve-se atentar, no entanto, para o excesso de

---

ou seja, é o valor de desestímulo”. CAVALIERI FILHO, Sergio, acerca do arbitramento do dano moral observa ainda o juiz na apuração do *quantum* não pode se afastar dos princípios de *proporcionalidade e razoabilidade*, princípios constitucionais (*Programa de Responsabilidade...*, p.117).

⁵⁸⁴ Este critério – dano puramente econômico *versus* dano físico – foi levado em consideração nos Estados unidos para reduzir significativamente uma indenização punitiva milionária aplicada contra a BMW por ter alienado um veículo como novo, o qual, no entanto, teria sofrido reparos de pintura em virtude de uma chuva ácida ocorrida durante o seu transporte. Para maiores detalhes sobre o caso, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages...*, p.60.

⁵⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p.195-196. Nas palavras do autor: “as formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem a uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. (...) A gradual abertura das cortes a outros remédios que se somem à indenização pecuniária do dano não patrimonial, como a retratação pública, vai reforçando o interesse da responsabilidade civil por meios despatrimonializados de reparação. E mesmo no campo necessariamente patrimonial, outros meios de tutela, como a reparação específica, vão sendo cada vez mais privilegiados, podendo-se falar, de forma geral, se não de *despatrimonialização*, de uma *despecuniarização* ou desmonetarização da reparação dos danos. O reconhecimento deste novos remédios aumenta a efetividade da reparação para a vítima e reduz o estímulo para ações mercenárias”.

condenação, dado que a contrapropaganda é realizada às expensas do fornecedor e implica em custos de produção e veiculação em meios de comunicação.⁵⁸⁶

É certo ainda que, não raras vezes, a contrapropaganda pode se tornar inexecutável ou de eficácia reduzida, dependendo do tema que se pretende tratar, a ser avaliado no caso concreto, ou, na hipótese de ter transcorrido um lapso temporal muito grande entre a primeira veiculação da publicidade e de sua eventual contrapropaganda. Nestas situações, em que a contrapropaganda não se apresente como meio eficaz, a reparação dos danos aos interesses difusos dos consumidores não necessariamente precisa ser convertida em dinheiro ao FDD.

Com efeito, outras soluções poderiam ser pensadas dentro deste contexto de “despatrimonialização” do dano moral. Poderíamos pensar em remédios que, por exemplo, objetivassem a reparação do dano moral coletivo por meio de adoção de efetivas medidas ou campanhas educativas para o consumo responsável ou ainda que orientasse os consumidores para o mercado de consumo. Certamente é com educação para o consumo que se protege os incautos dos fornecedores espertos. Tais remédios alternativos podem ser adotados em Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público, como já se verifica, ainda que timidamente, em alguns acordos.

6.3. Os sujeitos da responsabilidade civil: anunciante, agência de publicidade, veículos de comunicação e celebridades. Quem responde pelos danos causados?

Identificados os danos gerados pela veiculação da publicidade ilícita, materiais ou morais, individuais ou coletivos, cumpre analisar quem responde por eles e em que medida. Dito de outro modo, pergunta-se se as agências, os veículos de comunicação e as

---

⁵⁸⁶ A doutrina não é pacífica quanto à possibilidade de se exigir a aplicação da contrapropaganda na esfera judicial tendo em vista o veto ao § 4º do Artigo 37, que previa expressamente a possibilidade do Poder Judiciário condenar o fornecedor a fazer veicular uma contrapropaganda, às suas expensas. “Com o veto, a contrapropaganda permanece prevista como sanção administrativa, no art.56, XII, do CDC” (MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p.683). Em sentido contrário, admitindo a imposição de contrapropaganda pelo Judiciário, em interpretação sistemática do CDC, v. BENJAMIN, *CBDC comentado...*, p.).

celebridades que eventualmente participem da publicidade, também responderiam, solidária e objetivamente, pelos eventuais danos causados juntamente com o anunciante.

Como vimos, não há dúvidas de que o fornecedor-anunciante responde, sempre, e objetivamente pelos danos provocados perante seus consumidores. As agências e os veículos, quando prestadores de seus próprios serviços, evidentemente, também respondem de modo objetivo, posto que na qualidade de fornecedores. O que, porém, se mostra controverso é saber em que medida a responsabilidade se apresenta aos diferentes sujeitos envolvidos no processo de criação e difusão da mensagem publicitária quando contratados como terceiros prestadores pelo fornecedor-anunciante (i.e. além do fornecedor, a agência, o veículo e a celebridade).

Neste particular, verificamos três interpretações doutrinárias acerca dos sujeitos passivos da publicidade ilícita. Uma primeira interpretação entende que caberia apenas ao fornecedor-anunciante, e somente a ele, a responsabilidade pelos danos decorrentes da publicidade ilícita, na medida em que é o fornecedor o único responsável em requisitar e aprovar o anúncio publicitário, definindo de antemão, a partir do *briefing*, os seus contornos principais.⁵⁸⁷ Desta feita, a agência de publicidade e o veículo de comunicação estariam isentos de qualquer responsabilidade⁵⁸⁸, aplicando-se, por consequência lógica, a mesma regra às celebridades que participem da publicidade ilícita.

Cumprido notar que o principal fundamento a sustentar a ausência de responsabilidade da agência, do veículo e da celebridade decorreria da interpretação do

---

⁵⁸⁷ Como definimos no Capítulo 1º desta tese, o *briefing* consiste no resumo preparado pelo fornecedor que contém as informações e instruções preliminares acerca do produto ou serviço, do mercado, da empresa anunciante e dos seus objetivos, de modo a melhor orientar o trabalho da agência. Recebido o *briefing* a agência passa à criação e produção da campanha publicitária.

⁵⁸⁸ Assim, posição de COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*, Saraiva, 1994, p.291. E também in *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, *verbis*: “(...) a agência de propaganda não tem responsabilidade civil ou administrativa pela concepção, produção ou intermediação na veiculação de publicidade enganosa ou abusiva pertinente a fornecimento alheio. As repercussões, em nível civil e administrativo, envolvem unicamente o empresário anunciante. Ele é quem define os objetivos e alguns dos contornos básicos da publicidade, ao elaborar o *briefing*, e, em última instância, aprova a proposta de campanha e os filmes, anúncios e peças publicitárias correspondentes. Nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação do anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade. (...) O veículo também não responde civil ou administrativamente pela transmissão de mensagem publicitária alheia julgada enganosa ou abusiva, uma vez que não exerce e não pode exercer qualquer controle sobre o respectivo conteúdo”.

artigo 38 do CDC, que versa especificamente sobre a atividade publicitária, e determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, ou seja, ao fornecedor-anunciante. Esta interpretação foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça que, no Recurso Especial nº604.172, afastou a responsabilidade civil dos meios de comunicação pela transmissão de eventual publicidade enganosa ou abusiva.

Com efeito, segundo o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, “os deveres impostos nos capítulos da oferta e publicidade somente atingem os veículos de propaganda, comunicação e anúncios quando estejam na condição de fornecedores. O art.38 do Código de Defesa do Consumidor diz que ‘os ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina’. Portanto, o art.38 exclui a responsabilidade dos veículos de comunicação por eventual publicidade enganosa ou abusiva, pois o ônus de provar a veracidade e correção (ausência de abusividade) é do fornecedor anunciante, que patrocina a propaganda ou anúncio, tanto que o art.36 impõe que mantenha, em seu próprio poder, os dados fáticos, técnicos e científicos que são sustentação à mensagem para informação dos legítimos interessados”.⁵⁸⁹

Há, porém, um segundo posicionamento, dentre os quais encontramos Benjamin, que não exclui totalmente a responsabilidade da agência e do veículo, mas entende que somente o anunciante poderia ser responsabilizado objetivamente pela publicidade enganosa ou abusiva, de modo que a agência e o veículo só seriam co-responsáveis quando agissem como dolo ou culpa.⁵⁹⁰ Adotando-se tal interpretação, as agências, os veículos e as celebridades responderiam nos termos do direito comum, sempre que de sua ação ou omissão, negligência ou imprudência, sobreviessem danos aos consumidores, obrigando-se a repará-los (artigo 186 do CC/2002). A responsabilidade de tais sujeitos seria apurada subjetivamente.

---

⁵⁸⁹ STJ - Recurso Especial n.604.172-SP, Mins. Humberto Gomes de Barros, 3º T., j. 27/03/2007.

⁵⁹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *CBDC comentado...*, p.356: “O anunciante, como já dito, é responsabilizado, no plano cível, objetivamente pela publicidade enganosa e abusiva, assim como pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária. Já a agência e o veículo só são co-responsáveis quando agirem doloso ou culposamente, mesmo em sede civil”.

Finalmente, encontramos um terceiro posicionamento, defendido sobretudo por Scartezzini Guimarães que argumenta que a responsabilidade da agência, do veículo e, até mesmo da celebridade, seria objetiva e solidária à do anunciante-fornecedor, invocando, para tanto, a aplicação do parágrafo único do artigo 7º do CDC c/c o § 1º do artigo 25 do mesmo diploma legal.⁵⁹¹ O primeiro dispositivo, inserido na parte dos “Direitos Básicos do Consumidor” dispõe que “tendo mais de uma autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. O segundo, previsto na seção da “Responsabilidade por Vício do Produto ou Serviço”, apresenta redação praticamente idêntica, e prescreve que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”. Observe-se ainda que o artigo 25 é invocado pela doutrina tendo em vista estar relacionado aos danos decorrentes do vício de qualidade e quantidade dos produtos ou serviços, dentre os quais se inclui, *ex vi* do 18 *caput* do CDC, “os vícios decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, a embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária”.

Um cotejamento entre os artigos 7º, 25 e 38 do CDC se mostra, contudo, necessário e implica em diversas conclusões acerca do tema da responsabilidade. Isto porque, uma análise fria e rápida dos artigos 7º e 25 do CDC poderia dar a entender que, de fato, *todos* os sujeitos contratados pelo fornecedor-anunciante responderiam objetiva e solidariamente pela publicidade ilícita. No entanto, esta não nos parece ser a interpretação

---

⁵⁹¹ Neste sentido, sem qualquer exceção, encontramos GUIMARAES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil...*, p.170: “Sobre essa solidariedade passiva devemos ainda deixar claro que ela decorre do parágrafo único do art. 7º e do § 1º. do art. 25, ambos do Código de Defesa do Consumidor, podendo o consumidor ou as pessoas enumeradas no art. 82 da mesma norma legal, à sua escolha, propor a ação contra todos, alguns ou contra apenas um dos causadores do dano. O autor verificará em cada caso o que lhe é mais favorável. Irrelevante nessa solidariedade o grau de participação para o dano de cada responsável, pois perante o credo responderão por toda a dívida e, posteriormente, analisada sua participação, poderão mover as respectivas ações regressivas contra os demais culpados.” No mesmo sentido e pelo mesmos fundamentos, CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade...*, p.286-289. Há ainda posicionamento de NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.450-451 pela solidariedade mitigada, que comporta exceções. Este autor entende haver solidariedade entre o anunciante, agência e veículo, embora admita excludentes de responsabilidade para estes dois últimos. No hipótese da agência, não haveria responsabilidade, nos casos em que “a enganiosidade: a) não está objetivamente colocada no anúncio em si; e b) depende de ação real, concreta e posterior do fornecedor-anunciante, de maneira que a agência tenha participado como mera produtora de uma informação encomendada”. No caso dos veículos de comunicação também haveria excludentes de sua responsabilização na hipótese dos anúncios: “a) que não são ilegais objetivamente considerados em si e dos quais não se extrai enganiosidade; e b) por cuja veiculação não é possível ao veículo, por falta de condições reais, saber se eles são enganosos. Por isso, não poderiam ser responsabilizados”.

mais correta. Vejamos a situação de cada agente envolvido na elaboração e divulgação da publicidade de modo a avaliarmos suas diferentes responsabilidades

Com relação às agências de publicidade, não podemos olvidar que elas participam ativamente do processo de criação e execução da mensagem publicitária. Para elaboração da campanha, aprofundam-se nas especificidades do produto e de seu público-alvo, de modo a dar maior efetividade aos resultados mercadológicos esperados. Como define a Associação Brasileira de Agências de Propaganda a agência é “especializada na arte e técnica publicitária, e, através de especialistas, *estuda, concebe, executa e distribui* propaganda a veículos de divulgação com o objetivo de promover a venda de produtos ou serviços”.⁵⁹² Afirmam ainda os publicitários que a maior função da agência é a criação da propaganda, a geração de idéias para serem transformadas em slogans, temas publicitários, anúncios para jornais e revistas, comerciais de rádio, televisão e cinema, cartazes e outras mensagens publicitárias.⁵⁹³

Desta feita, não nos parece suficiente argumentar, para afastar eventual responsabilização da agência, que ela não é, nos termos dos citados artigos 7º e 25 do CDC, “co-autora” da publicidade e dos danos eventualmente gerados ao lado do fornecedor-anunciante. Por estarem diretamente envolvidas com o produto ou serviço e por darem vida e forma à publicidade, são as agências também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos.

Neste particular, cumpre notar que no âmbito de controle autorregulamentar, consta do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) previsão expressa acerca da responsabilidade solidária da agência em relação à observância dos preceitos éticos nele estabelecidos, recomendando-se ainda o dever de cuidado máximo na elaboração do anúncio.⁵⁹⁴ Adicionalmente, mencione-se disposição do § 1º do artigo 27

---

⁵⁹² MALANGA, Eugênio. *Publicidade...*, p.87.

⁵⁹³ SAMPAIO, Rafael. *Propaganda...*, p.60 e 66.

⁵⁹⁴ Neste sentido teor do artigo 45 letra (b) do CBARP: “Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo: (...) b. a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código. (...)”.

também daquele Código de Ética que estabelece que cabe aos anunciantes e as agências fornecer as comprovações das alegações constantes nas mensagens publicitárias, sempre que solicitados.⁵⁹⁵

Ou seja, não parece haver dúvidas, do ponto de vista do próprio mercado, acerca da forte interação que há entre o fornecedor-anunciante e a agência na criação da publicidade, o que torna ilegítimo argumentar pela isenção desta última da responsabilidade solidária pelos danos gerados em decorrência de publicidade ilícita. Nada impede, porém, que a agência, em devida ação de regresso movida contra o fornecedor anunciante, demonstre que a responsabilidade pela criação da publicidade ilícita se deveu exclusivamente ao fornecedor, ressarcindo-se pelos eventuais danos suportados. De qualquer modo, fica à disposição do consumidor e dos legitimados pelo artigo 82 do CDC propor a ação de reparação de danos materiais e/ou morais contra um ou contra os dois agentes de mercado, anunciante e/ou agência de publicidade.

Cumpra advertir, todavia, que dentro deste espectro de responsabilidade da agência não cabe a ela, evidentemente, o cumprimento de oferta publicitária. Tal responsabilidade, por óbvio, restringe-se exclusivamente ao fornecedor anunciante (artigo 3º CDC) e com quem será estabelecida a relação de consumo. Como já dissemos ao longo deste trabalho, há publicidades que contêm oferta e outras que não veiculam oferta ou “informações suficientemente precisas” (artigo 30 CDC). Quando a publicidade revestir-se de uma oferta, importante notar que eventual enganosidade relativamente a ela (e.g.: qualidade ou quantidade do produto, condições de contratação, forma de pagamento, juros, etc.) apenas vincula e obriga o fornecedor-anunciante. A agência não é fornecedora dos produtos ou serviços anunciados e não pode ficar sujeita ao cumprimento forçado da oferta publicitária.

No que tange aos veículos de comunicação e às celebridades que participam da publicidade, conclusões diversas se apresentam. Os veículos de comunicação, assim como

---

⁵⁹⁵ “Artigo 27. O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

§ 1º - Descrições. No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas” (...)

as celebridades e, diferentemente das agências, não participam do processo de planejamento, concepção e criação da publicidade. Os veículos são responsáveis em apenas difundir as mensagens publicitárias aos destinatários. Trata-se apenas do *meio* pelo qual a mensagem alcança os consumidores não havendo uma “co-autoria”, no sentido da norma consumerista estudada, para a produção dos danos. Com efeito, podemos afirmar que não mais existiria patrocínio ou publicidade nas emissoras de televisão e demais veículos de comunicação se estes passassem a responder, objetiva e solidariamente, por todas as mensagens que veiculam diariamente. O argumento que se coloca de que incumbiria aos veículos “checar e avaliar o conteúdo de cada mensagem” se mostra incompatível com a sua atividade e inexecutável do ponto de vista da rapidez dos negócios e do mercado concorrencial.

Aos veículos, portanto, não cabe falar em responsabilidade objetiva. No entanto, concordamos com a posição daqueles que defendem a responsabilização dos meios de comunicação em casos de dolo ou culpa grave. Assim, em situações de manifesta enganiosidade (ex: anunciar produto financeiro de instituição bancária que se sabe falida) ou abusividade (ex: publicidade que enalteça o período da ditadura) poderá o veículo ser responsabilizado, nos termos do artigo 186 do CC, se agiu com culpa grave ou dolo na transmissão de publicidade de conteúdo ilícito, gerando danos a terceiros.

Neste sentido, entendimento já exposto por Benjamin, e também de Maria Elizabete Vilaça Lopes para quem “a posição do veículo é menos comprometedor do que a da agência. De fato, se se exigisse dele um exame acurado sobre o anúncio, cuja veiculação está sendo acertada, a publicidade na prática sofreria entraves inadmissíveis. A agilidade desses negócios não permite que o veículo se detenha no exame de dados (fáticos, técnicos e científicos), laudos, perícias, etc. A culpa do veículo terá de ser grave, como acontecerá na hipótese de divulgação de uma mensagem publicitária, cuja falsidade seja evidente. O veículo não precisa se deter na consideração do abuso ou do engano, mas dele se exige um mínimo de cautela, um pouco de diligência”.⁵⁹⁶

---

⁵⁹⁶ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O consumidor e a publicidade...*, p.182.

Neste particular, vale notar que a ainda escassa jurisprudência existente acerca da matéria tem se manifestado, porém, claramente pela exclusão total da responsabilidade dos veículos, em qualquer situação por força do artigo 38 do CDC.^{597 598}

As celebridades, por sua vez, emprestam a sua imagem e voz para o anunciante promover os seus produtos. Na esteira do quanto afirmado em relação aos veículos, não podem assumir idêntica responsabilidade do fornecedor, notadamente porque em muitas situações atuam como mero “porta-voz” do anunciante, sem qualquer declaração com base em suas experiências pessoais de uso dos produtos ou serviços. Além disso, também não participam do processo de criação da peça publicitária, assumido papel acessório na veiculação da mensagem, pois recebem um texto pré-definido pelo fornecedor e sua agência. Não há, pois, como assumir que as celebridades seriam “co-autores” para uma responsabilização objetiva e solidária dessas pessoas. Assumir uma interpretação diferente seria desarrazoado e desproporcional, além de conflitante com a interpretação do artigo 38 do CDC já mencionado.

Ademais, nas peças publicitárias as celebridades se apresentam mais como profissionais liberais que, nos termos do art. 14, §4º do CDC, apenas respondem mediante a verificação de culpa. Nesse sentido, verifique-se que, por exemplo, em Portugal, cujo Código Civil contempla dispositivo expresse acerca da responsabilidade daqueles que prestam simples informações, recomendações ou conselhos, tais pessoas apenas respondem quando há o dever jurídico de prestá-los e, ainda, na hipótese de negligência ou dolo, ou

---

⁵⁹⁷ Neste sentido, acompanhando o entendimento exposto no recente e já citado Recurso Especial nº604.172 do STJ, v. também TJ/SP - Agravo de Instrumento nº1210061-0/4, 32ª Câmara D. Privado, j. 11.12.08, cuja ementa apresenta o seguinte teor: “Bem móvel. Compra de aparelho eletrônico por meio de anúncio feito na televisão. Não entrega do bem e desconto das parcelas no cartão de crédito. Reconhecimento de ilegitimidade passiva do veículo de comunicação. Art. 38 do CDC. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido. Consoante os termos do art. 38 do CDC, a responsabilidade sobre eventual propaganda abusiva ou enganosa não pode ser imputada aos veículos de comunicação, razão pela qual a exclusão da Fundação Casper Libero no pólo passivo da demanda restou corretamente decretada”. V., ainda, no mesmo sentido, TJ/SP – Apelação Cível nº40.868-4/8, 7ª Câmara D. Privado, j.05.08.1998.

⁵⁹⁸ Entendendo pela responsabilidade do veículo, no entanto, apenas nas hipóteses de dolo ou culpa, nos termos do artigo 186 do CC (antigo 159 CC/1916), cf., STJ – Recurso Especial nº92.295-RS, 3ª Turma, j.05.02.98. Conforme voto-relator “(...) responde o veículo que divulga mensagem publicitária por seu eventual caráter falacioso, podendo ser responsabilizado pelos danos que disso advenham para o consumidor? Poderá sê-lo, consoante as circunstâncias. Se divulgar mensagem manifestamente falsa, obviamente enganosa, de que possa resultar danos para os consumidores, tenho que indubitosa a obrigação de ressarcir o prejuízo que disso efetivamente resultar. Basta para isso afirmar, a leitura do artigo 159 do Código Civil”. Esta jurisprudência, mais antiga, parece estar superada pelo Resp 604.172.

seja, de modo subjetivo (artigo 485º).⁵⁹⁹ Embora nosso Código Civil não contenha dispositivo legal correspondente, ele também serve para bem exemplificar que não faria mesmo sentido imputar às celebridades, quando prestam informações ou recomendações de conteúdo publicitário, responsabilidade objetiva, fundada na teoria do “risco da atividade”, esta sim, aplicável apenas aos fornecedores.

Parece razoável, portanto, assumir que as celebridades apenas respondam de modo subsidiário e se agirem com dolo ou culpa grave. Agem dolosamente, se endossam características por elas sabidamente enganosas e, mesmo assim, emprestam a sua imagem. Também pode-se esperar em certos casos que a celebridade tenha a diligência de verificar a exatidão das informações prestadas antes de referendar o produto anunciado, adotando as medidas necessárias para assegurar a veracidade de suas declarações. Evidentemente que ela não responderá pelos eventuais estudos enganosos apresentados pelo fornecedor. Trata-se aqui, observe-se ainda, de uma *diligência ordinária*, e da qual também não se exige qualquer conhecimento técnico ou *expertise* para compreensão da enganiosidade ou abusividade (excetuada as hipóteses em que a celebridade é o próprio *expert* ou perito no assunto).⁶⁰⁰ Em nenhuma situação, porém, poderá ser atribuído à pessoa outorgante uma responsabilidade objetiva.

---

⁵⁹⁹ “Artigo 485 (Conselhos, recomendações ou informações)

1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte.
2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível”.

⁶⁰⁰ Paulo Jorge Scartezzini, argumenta a responsabilidade da celebridade a partir da boa-fé objetiva: “se a celebridade não está obrigada a participar da publicidade, caso venha a aceitar o trabalho, deverá prestar as informações de forma a não prejudicar terceiros. O que temos aqui, na verdade, é uma responsabilidade civil pela violação dos deveres secundários da boa-fé, mais especificamente o da confiança na fase pré-contratual, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita...*, p.168). O autor entende, todavia, haver responsabilidade objetiva, mas parece evidente das próprias colocações, que a celebridade somente poderá responder em casos de culpa grave ou dolo, no sentido de “não prejudicar terceiros”, pela sua ação ou omissão, nos termos do artigo 186 do CC/2002.

CONCLUSÕES FINAIS

Consoante anunciado no intróito do presente trabalho, a temática da publicidade encontra-se normatizada no Código de Defesa do Consumidor a partir de princípios e cláusulas gerais, que, se virtuosas pela abrangência interpretativa, igualmente passíveis de desencadear grande insegurança jurídica quando não calcadas em consolidada doutrina e parâmetros interpretativos concretos. Nesse contexto, a presente tese teve por escopo conferir nova e detalhada sistematização ao tema e, fundamentalmente, fornecer ao operador do direito diretrizes palpáveis à análise da enganosidade e abusividade nas mensagens publicitárias.

Durante o desenvolvimento dessa empreitada, apresentou-se a publicidade como importante ferramenta do *marketing*, própria à divulgação e aquisição de produtos e serviços aos consumidores. À luz de seu importante papel econômico, trata-se de atividade que se encontra tutelada pela Constituição Federal tanto nos princípios da livre iniciativa (170) quanto da liberdade de expressão (artigos 5º e 220), devendo seu exercício, no entanto, harmonizar-se com a defesa do consumidor (170 V).

No que tange ao seu controle, verificou-se que o mesmo se dá no Brasil a partir de um sistema misto. Nesse passo, ele é desempenhado, de um lado, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR (controle voluntário) e, de outro, pelos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (controle estatal), não se devendo olvidar, contudo, do chamado controle recíproco da publicidade, o qual é exercido entre as empresas na esfera de repressão à concorrência desleal. Com efeito, no âmbito do controle estatal, verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor, enquanto norma especial que rege as relações de consumo, regulamentou apenas a *publicidade comercial*, definida como qualquer informação de caráter publicitário ou técnica mercadológica com vistas à divulgação e aquisição, direta ou indireta (publicidade promocional ou institucional) de bens e serviços (artigo 37 CDC). Ademais, demonstrou-se no presente trabalho que o espectro de proteção do CDC contra a publicidade ilícita alcança não apenas os consumidores *efetivos* dos produtos e serviços objeto da publicidade (artigo 2º *caput*) como também todos os *potenciais* consumidores de tais bens e serviços, preocupando-se a norma com a tutela *difusa* e *preventiva* dos consumidores-destinatários expostos às mensagens publicitárias (artigo 29).

Apoiada nessa delimitação, a tese partiu então ao exame aprofundado dos princípios jurídicos que, decorrência lógica dos artigos 30, 36 a 38 e 56, XII, 60 CDC, informam especificamente o sistema da publicidade. Aqui, esmiuçamos os *princípios da identificação, da veracidade, da vinculação da oferta contratual, da não-abusividade, do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante* e, por fim, *o princípio da correção do desvio publicitário (princípio da contrapropaganda)*, cujo estudo se mostrou fundamental à compreensão e ao alcance do controle da publicidade nas suas mais variadas formas de manifestação.

Em seguida, mais precisamente no capítulo quarto, adentramos ao que poderia ser chamado de coração da tese propriamente dito, haja vista a proposição de critérios de interpretação para avaliação da ilicitude da publicidade. Consoante apresentado em detalhes, sendo a publicidade atividade finalística, *a figura do consumidor torna-se critério central* para avaliação de sua ilicitude, seja no âmbito da tutela difusa da publicidade seja no âmbito de sua tutela individual. Nesse passo, não nos contentando com uma análise superficial, enfrentamos o *conceito de consumidor* e propusemos a sua apreensão como *consumidor minimamente crítico*, aliás tal qual hoje aceito em diferentes jurisdições ao redor do mundo ocidental. Sem ignorar, de modo algum, a indubitável assimetria existente entre fornecedor e consumidor, do estudo realizado restou-se, porém, claro que um posicionamento doutrinário por demais conservador, i.e. que ignore qualquer possibilidade de aprofundamento teórico (e até mesmo empírico) da figura do consumidor, assumindo-o como absolutamente *desavisado* diante das mensagens publicitárias, não se coaduna com a realidade contemporânea.

Neste mesmo capítulo, e considerando ainda as peculiaridades da *publicidade enganosa*, que, conceitualmente, provoca (ou pode provocar) uma turbacão na relação negocial, propusemos, além disso, uma investigação acerca dos destinatários dos produtos e serviços objeto da publicidade (consumidores reais ou potenciais), a qual tornou possível alcançar uma avaliação mais precisa do efetivo potencial de indução em erro da mensagem publicitária. No exame da tutela difusa da publicidade, apresentou-se, assim, o critério de investigação do *consumidor típico* da publicidade (público-alvo), o qual se depreende do caso concreto e com atenção aos possíveis sujeitos da relação de consumo. Nesse caminho interpretativo, a presente tese ofereceu ainda elementos concretos para a investigação dos *consumidores típicos* da publicidade, caracterizados segundo: (i) critérios *sócio-culturais*, (ii) os *veículos de comunicação* utilizados para difusão da mensagem e considerando,

sobretudo, a (iii) natureza dos *produtos e serviços* anunciados. As diferentes respostas e análises diversas podem levar a conclusões mais precisas sobre o efetivo padrão de crítica dos consumidores-destinatários diante da publicidade *sub examine* e, por conseguinte, do potencial de indução em erro da mensagem. Nesse passo, resta o consumidor verdadeiramente alçado ao centro gravitacional da norma, tornando possível uma avaliação mais precisa do potencial enganoso da publicidade e, assim, o exercício mais acurado de sua tutela à luz das normas do nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, restou preparado o terreno ao exame do *conceito* (indeterminado) *de dado essencial* do produto ou serviço, cuja omissão pelo anunciante caracteriza publicidade enganosa omissiva (37§ 3º CDC). Após aprofundado estudo, compreendeu-se que as informações adquirem essa qualidade quando forem capazes de *desnaturalizar* as condições nas quais se realiza oferta publicitária, *limitar* a fruição do bem ou serviço pelos consumidores ou *onerá-los* de alguma forma não previsível ou não razoável considerando, para tanto, a natureza do produto ou serviço objeto da publicidade, os usos e costumes do mercado e os consumidores atingidos pela mensagem.

Ainda no âmbito do estudo da enganosidade omissiva, oferecemos uma abordagem minudenciada das *mensagens secundárias* da publicidade, isto é, daquelas mensagens que não se encontram exatamente na *parte captatória ou principal* da peça publicitária. Demonstrou-se que, tendo em vista as limitações de tempo e espaço dos veículos, aceita-se que o *significado juridicamente relevante* de um anúncio seja dado pelo efeito do seu *conjunto* (composto pela parte principal e expressões secundárias), sendo que a aferição do potencial enganoso de uma publicidade não deve resultar de uma análise isolada da parte principal (captatória). Eventuais informações complementares a respeito do produto ou serviço anunciado em destaque podem ser encontradas nas mensagens secundárias do mesmo material publicitário. Todavia, elemento nodal nesta análise resta calcado na discussão sobre a capacidade de percepção de tais mensagens pelo consumidor, o que somente poderá ser aferido a partir do exame: i) da configuração da publicidade; ii) do meio de difusão empregado e; iii) do tipo de produto anunciado.

Partindo-se para o estudo das mensagens *abusivas* – embora não se possa nestes casos identificar com precisão um consumidor típico, dado que na proibição à abusividade não está em questão o produto ou serviço em si mesmo, mas a verificação de mensagem contrária à ordem pública e aos bons costumes –, procurou-se aclarar os

conceitos jurídicos indeterminados previstos no § 2º do artigo 37 e que institui para as relações de consumo verdadeira *cláusula geral de não-abusividade*. Advertiu-se, porém, que o exame da publicidade abusiva implica em violação aos valores da coletividade assegurados em nosso ordenamento jurídico, restando vedado ao julgador uma análise puramente subjetiva, individual e descontextualizada da mensagem publicitária.

Encerrando o capítulo quarto da tese, enfrentamos ainda o instigante tema da adoção das *pesquisas de opinião* como meio apto a demonstrar o caráter lícito ou ilícito de uma publicidade. Sabemos que avaliar se uma mensagem é ou não suscetível de induzir em erro os destinatários é matéria submetida à livre apreciação do julgador, mas, após detida reflexão sobre o tema, verificou-se que, em certas circunstâncias, as pesquisas de opinião poderão ser muito úteis ao magistrado para formar sua convicção. Aqui, o principal empecilho mostrou-se ligado às possíveis limitações práticas (tempo) e econômicas (custo) desse meio de prova, especialmente, no que tange ao percentual necessário para que uma publicidade possa ser tida como ilícita (enganosa ou abusiva).

Apresentado o arcabouço maior da análise da publicidade enganosa e abusiva à luz do diploma consumerista pátrio, lançamos no capítulo seguinte um olhar sistemático às diversas técnicas publicitárias, que, embora não previstas de modo específico no CDC, estão igualmente sujeitas ao controle de ilicitude. Nesse sentido, examinamos os diferentes aspectos da *publicidade oculta*, do *teaser*, do *exagero publicitário* e *publicidade de tom excludente*, da *publicidade testemunhal* e da *publicidade comparativa*. Assim sendo, cotejamos cada uma das referidas técnicas não só para apresentá-las exemplificativamente, mas, sobretudo, para verificar em que situações configuram-se lesivas aos direitos básicos dos consumidores.

Por derradeiro, no último capítulo, em sede do tema da responsabilidade civil na publicidade, examinamos criticamente os pressupostos do dever de indenizar, em especial o caráter punitivo do dano moral, bem como a questão da solidariedade dos sujeitos envolvidos no processo de elaboração e difusão da peça publicitária. Neste aspecto, nossas reflexões apontaram para a conclusão de que o fornecedor-anunciante e a agência de publicidade respondem objetiva e solidariamente pelos danos decorrentes da publicidade ilícita, enquanto que os veículos de comunicação e as celebridades respondem apenas por dolo ou culpa grave.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*, 2ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

ALEXANDER, George J., *Honesty and Competition. False-advertising Law and Policy under FTC Administration*, 1st edition, New York: Syracuse University Press, 1967.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6º edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, Roberto Braga de. *Oferta Contratual ao público e integração publicitária do contrato*. Dissertação de doutorado, USP, São Paulo, 2006.

ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza. *Código do Consumidor Comentado*, 2º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALPA, Guido, CARLEO, Liliana Rossi. *Codice del Consumo: commentario*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*, Revista Trimestral de Direito Civil -RTDC, vol.19, jul-set 2004, Rio de Janeiro: Editora Padma.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *et alii*. A aparente autonomia das agências reguladoras, in *Agencias Reguladoras*. MORAES, Alexandre (org). São Paulo: Atlas, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BALESTRA, Luigi. *La Satira Come Forma di Manifestazione del pensiero*, Milano:Giuffrè Editore, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *O controle jurídico da publicidade*. Revista de Direito do Consumidor, vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 25-57.

_____. *O Conceito jurídico de consumidor*. Revista dos Tribunais, vol.628, fev-1988, p.69-79.

BIGOT, Christophe. *Droit de la création publicitaire*, Paris: LGDJ, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo: USP, 1992.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, vol.12 , São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 1994.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*, 4^a ed, Paris: Dalloz, 1996.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: Responsabilidade Civil perante o Consumidor*, São Paulo: Editora Cultural Paulista, 1996.

CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta e product placement*, Padova: Cedam, 2004.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____.Prevenção de Riscos no controle da publicidade abusiva, *Revista Direito do Consumidor* , vol.35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 2000, p.123-131.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *et alii*. Agências reguladoras e poder normativo, in *O poder normativo das agências reguladoras*. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador), Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____.*Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAVES, Ruy Moreira. *Código da Publicidade Anotado*, 2ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____.*Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, Vol.1, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, 1º edição, Saraiva, São Paulo: 1991.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 6º edição, Coimbra: Almedina, 1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 181.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

CUFFARO, Vincenzo. *Codice del Consumo* (a cura di), A. Barba – A. Barenghi (coordinatori), Milano: Giuffrè Editore, 2006.

DAUSES, Manfred A. La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior, *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, 2000.

DEVESA, Carlos Lema, MONTERO, Jesús Gomes, *Código de Publicidad*. 4ª edición, Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005.

DEVESA, Carlos Lema Devesa, *Problemas Jurídicos de La Publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 11ª edição, revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade Patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva – Incitação à Violência*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Parecer jurídico, in *Garantias Constitucionais à liberdade de expressão*. CONAR, São Paulo: CONAR, 2000.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *et alii*. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, in *Agencias Reguladoras*, MORAES, Alexandre (org.), São Paulo: Atlas, 2002.

FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, vol.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina . *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*. Milano: Christian Marinotti Edizioni, 2000.

_____. *Diritto e Pubblicità*. Milano: Lupetti, 2006.

FUSI, Maurizio, TESTA, Paolina e COTTAFI, Pierluigi. *La pubblicità ingannevole*, Milano: Giuffrè, 1993.

GREFFE, François, GREFFE, Pierre-Baptiste. *La publicité et la Loi: Droit français, Union Européenne, Suisse*, 11^a édition, Paris: Lexis-Nexis-Litec, 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “O princípio da boa-fé objetiva”, in *Principais controvérsias do novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*, coordenação de Débora Gozzo, , José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, 2^a. Edição, , São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*, 2º edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (Biblioteca de Direito do Consumidor; v.16).

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KOLISH, Elaine D.; PEELER, C. Lee. *Changing the landscape of food and beverage advertising: the children's food and beverage advertising initiative in action – a progress report on the first six months of implementation: July-December 2007*. Council of Better Business Bureaus, 2008.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Reparação do dano moral*, RT, vol. 631.

LÓPEZ, Manuel Santaella, *Derecho de La Publicidad*, Civitas Ediciones, 1ª edición, Madrid: 2003.

LÓPEZ, Marcial Garcia. *Publicidad Institucional: El Estado Anunciante*, Málaga: Universidad de Málaga, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *O Dano Estético: responsabilidade civil*. 3º edição revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Exercício do Direito e suas Limitações: Abuso do Direito*, Revista dos Tribunais, vol.885, julho de 2009, p.49-68.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MADRENAS i BOADAS, Carme. *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal: La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1990.

MALANGA, Eugênio. *Publicidade: uma introdução*. 4ª ed., São Paulo: Edima, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARICONDA, Gennaro, *Le Pubblicità*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARSH, Gene A., *Consumer Protection Law*, 3rd edition, St. Paul: West Group, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARZAGÃO, Nelcina C. de O. Tropardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2005.

MASSAGUER, José, *El Nuevo Derecho Contra La Competencia Desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. 1ª Edición, Cizur Menor – Navarra: Thompson Civitas, 2006.

_____. *La Publicidad Comparativa (I)*, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria da Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)*, Espanha, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 21ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2º ed, São Paulo: LTr, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*, 2ª reimpressão, Porto: Almedina, 2001.

METZ, Alexander (*Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung*, Munique: Herbert Utz Verlag, 2008).

MOMBERGER, Noemí Friske. *A Publicidade Dirigida às Crianças e Adolescentes*, Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.18, abril/jun 2004, Rio de Janeiro: Editora Padma, p.45-78.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Civis Comentadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código Civil Comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *et alii*. Cap.VI in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 p.200-221.

_____. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez 1992, p.44-77.

_____. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v.15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1995, 210-214.

_____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Nuevas formas publicitárias: patrocinio, product placement, publicidad en Internet*, Universidad de Málaga, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na constituição de 1988*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PLAZA, Anxo Tato. La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del jurado de la publicidad, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, enero 1999.

_____. Breves notas en torno a La Directiva comunitaria sobre La publicidad comparativa y su incidencia en el derecho español, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, 1998.

_____. En torno al relieve jurídico de la denominada “parte captatoria” de la publicidad, *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, s/d. Disponível também in *Boletín Autocontrol de la publicidad* n.65.

_____. En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria. *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, 2003. Disponível também in *Boletín Autocontrol de la publicidad*, n.71, enero de 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Oferta e Publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in *Contratos Empresariais: Contratos de Consumo e Atividade Econômica*, LOPEZ, Teresa Ancona e AGUIAR, Ruy Rosado de (coordenação), São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHO, J.B. *Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica*. Campinas: Papirus, 2001.

RAMÍREZ, Felipe Palau. Últimos Desarrollos sobre los sondeos de opinión como medio probatorio del engaño, in *Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (Autocontrol), Espanha, s/d. Disponível também in *Boletín Autocontrol de la publicidad* n.61.

RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol.25, jan-mar 1988, São Paulo; *Revista dos Tribunais*, p.80-98.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Erro da oferta no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, vol. 9, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jan/mar 1994, p.58-62.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*, Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. 3º edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 7ª edição, São Paulo: Thompson Learning, 2007.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Abuso de Direito*. Dissertação de Mestrado, PUC, São Paulo, 2009.

SCAFF, Fernando Campos. *As relações jurídicas privadas no direito à saúde*. Tese de livre-docência, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, 2º edição, São Paulo: Atlas, 2009.

SEVERO, Sérgio, *Os Danos extrapatrimoniais*, São Paulo: Saraiva, 1996.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência desleal: trade dress e/ou conjunto-imagem (visual do objeto, do produto, de sua exteriorização e do estabelecimento)*. São Paulo: Editora Tinoco Soares, 2004.

SPAGNOLE, JOHN A., ROHNER, Ralph J., PRIDGEN, Dee, SOVERN, Jeff, *Consumer Law – cases and materials*, 3rd edition, St. Paul: Thomson West, 2007.

TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 157, jul-set 1984.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, 4º edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Oferta Contratual em mensagem publicitária – Regime do Direito Comum e do Código de Proteção do Consumidor. *Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.241-253.

_____. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais , 1992, p.52-90.

UNNIA, Federico. *La Pubblicità clandestina: il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

VIGNUDELLI, Aljs. *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*. Rimini: Maggioli, 1983.

VILAÇA LOPES, Maria Elizabete. O Consumidor e a Publicidade. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 149-183.

VILAR, Norminanda Montoya. *La Influencia de La Publicidad Audiovisual en los niños: Estudios y Métodos de investigación*, 1ª ed., Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2007.

Outros

Dicionário etimológico *Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, Antônio Geraldo da Cunha, 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 269.

Novíssimo Dicionário Latino-Português: Etimológico, Prosódico, Histórico, Geográfico, Mitológico, Biográfico, F. R. dos Santos Saraiva, 10ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

Dicionário Escolar Latino-Português do Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro: 1956.