

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**GERIVALDO ALVES DA COSTA JÚNIOR**

**PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO  
CONSUMIDOR**

**ARACAJU  
2017**

**GERIVALDO ALVES DA COSTA JÚNIOR**

**PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO  
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.  
ORIENTADOR: Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

**ARACAJU  
2017**

C837p

COSTA JUNIOR, Gerivaldo Alves da.

Publicidade Enganosa E Abusiva À Luz do Código De Defesa Do Consumidor / Gerivaldo Alves da Costa Junior. Aracaju, 2017. 50f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientador: Prof. Esp. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

1. Publicidade Ilícita 2. Consumidor 3. Direito Fundamental  
4. Responsabilidade I. TÍTULO.

CDU 346.548 : 659.1(813.7)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

GERIVALDO ALVES DA COSTA JÚNIOR

PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO  
CONSUMIDOR

Monografia apresentada à Banca Examinadora  
da Faculdade de Administração e Negócios de  
Sergipe, como requisito parcial para a  
conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em   /  /  

BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



---

Prof. Gilberto de Moura Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



---

Prof. Nécessio Adriano Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, Valdira Cortes e Gerivaldo Alves. Este trabalho é dedicado a eles que, incentivam e me acompanham em todos os momentos.

## **AGRADECIMENTOS**

A luta foi difícil! Passaram-se 5 anos de dedicação e dificuldades enfrentadas, mas eu sabia que Deus me ajudaria a vencer todos os obstáculos encontrados pela frente. Finalmente concluí a minha primeira graduação. Eu quero, eu posso, eu faço.

Primeiramente agradeço a Deus por me guiar e sempre estar ao meu lado.

À minha mãe Valdira, por ser a pessoa mais importante da minha vida. Tudo que sou hoje lhe agradeço imensamente e dedico esse objetivo alcançado. Dona Val, te amo!

Ao meu irmão Rafael por sempre estar ao meu lado, incentivando e acreditando que um dia alcançaria esse objetivo. Te amo, meu irmão!

Ao meu pai Gerivaldo também dedico esse objetivo alcançado, obrigado por tudo.

Em especial à minha amiga Eloângela, uma das pessoas mais importantes da minha vida e que tive o privilégio de conhecer ao longo do curso. Obrigado por sempre acreditar em mim, e por tudo que fez, incentivando sempre com palavras de carinho que só uma verdadeira amiga tem para oferecer.

Aos meus avós Elvira, Maria, Valdomiro e (José) que se encontra no céu. Sei que todos de alguma forma pediram a Deus pelo meu sucesso.

Ao meu primo Andson a quem eu sou grato pela atenção em todos os momentos de dificuldades

Às minhas tias, Maria José, Nalvinha, Adina, Marinês, e Josefa, pelas palavras de incentivo.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o meu sucesso ao longo desses 5 anos.

Gerivaldo Alves da Costa Júnior

Negócio bom é aquele que atende as  
necessidades reais do consumidor.

Paulo Eduardo Dubiel

## RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a publicidade ilícita à luz do Código de Defesa do Consumidor, considerando a responsabilização daquele que a promove. Para tanto, buscou-se evidenciar os requisitos da relação de consumo, verificar os princípios informadores da publicidade e perceber a responsabilização daquele que realiza a publicidade enganosa e abusiva. A pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a hermenêutica, já que todo o estudo foi alicerçado na leitura, análise e interpretação sistemática de materiais publicados em livros, monografias, legislação e artigos científicos eletrônicos. O levantamento bibliográfico foi realizado em bibliotecas de faculdades, de órgãos públicos, em livrarias e sites jurídicos. Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, descritiva e explicativa. A proteção ao consumidor é um direito fundamental inserto no art. 5º, inciso XXXII, da CF. O artigo 37, do CDC veda toda e qualquer publicidade abusiva ou enganosa. O fornecedor não pode se utilizar de todos os meios que entender necessários à anunciação de seus produtos ou serviços, devendo, portanto, se ater às disposições legais pertinentes. Em regra, a responsabilidade civil pela vinculação de oferta e publicidade é objetiva, consoante a redação dos artigos 30 a 38, do CDC.

**Palavras-chave:** Publicidade ilícita. Consumidor. Direito fundamental. Responsabilidade.



## **ABSTRACT**

The general objective of this study is to analyze illicit advertising in the light of the Consumer Protection Code, with a view to making the promoter responsible. In order to do so, the specific objectives were to highlight the requirements of the consumer relationship, verify the principles of advertising and perceive the responsibility of those who engage in misleading and abusive advertising. The research used was bibliographic and hermeneutics, since the whole study was based on the reading, analysis and systematic interpretation of materials published in books, monographs and electronic scientific articles. The bibliographic survey was carried out in libraries of colleges, public agencies, bookstores and legal websites. Regarding the approach, the research was qualitative, descriptive and explanatory. Consumer protection is a fundamental right inserted in art. 5th, item XXXII, of the CF. Article 37 of the CDC prohibits any abusive or misleading advertising. The supplier can not use all the means that he deems necessary to announce his products or services and must therefore comply with the relevant legal provisions. As a rule, civil liability for the connection of supply and publicity is objective, depending on the wording of articles 30 to 38 of the CDC.

**Key words:** Advertising illicit. Consumer. Fundamental right. Responsibility.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ART.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO</b> .....	<b>15</b>
2.1	O Direito do Consumidor como direito fundamental.....	16
2.2	Conceito.....	18
2.3	Da vulnerabilidade do consumidor .....	18
2.4	Dos elementos da relação jurídica de consumo .....	20
2.4.1	<i>Dos elementos subjetivos</i> .....	20
2.4.2	<i>Elementos objetivos</i> .....	21
<b>3</b>	<b>DA PUBLICIDADE</b> .....	<b>23</b>
3.1	Princípios informadores da publicidade .....	24
3.1.1	<i>Princípio da identificação fácil e imediata da publicidade</i> .....	25
3.1.2	<i>Princípio da vinculação da oferta/publicidade</i> .....	26
3.1.3	<i>Princípio da proibição da publicidade ilícita</i> .....	28
3.1.4	<i>Princípio da inversão obrigatória do ônus da prova</i> .....	29
3.1.5	<i>Princípio da transparência na fundamentação publicitária</i> .....	29
3.1.6	<i>Princípio do dever da contrapropaganda</i> .....	29
3.2	Da publicidade ilícita.....	30
3.2.1	<i>Publicidade enganosa</i> .....	30
3.2.2	<i>Publicidade abusiva</i> .....	33
3.3	Publicidade comparativa .....	34
3.4	Publicidade por correio eletrônico- “SPAM” .....	36
3.5	Responsabilidade pela publicidade enganosa e abusiva .....	39
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>42</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, estabelece que o Estado deverá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

De início, vale destacar que sob o ponto de vista terminológico os termos publicidade e propaganda não são sinônimos. Assim, enquanto a publicidade tem um objetivo comercial, de consumo e de circulação de riquezas; a propaganda possui finalidade ideológica, política ou social. A primeira envolve uma remuneração direta, tendo intuito lucrativo. A segunda, por sua vez, não tem intuito de obtenção de lucro.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) não disciplina a propaganda, estabelecendo somente regras que regulamentam a publicidade.

Trata-se de tema relevante, visto que a popularização das relações consumeristas exige dos fornecedores um alto investimento em ações que visem à divulgação de seus produtos e serviços no mercado, para que assim possam captar um maior número de consumidores. Ou seja, vende mais aquele que divulga mais. Contudo, essa oferta e apresentação devem atender aos requisitos e preceitos estabelecidos em lei, com o escopo de que não sujeitem o consumidor a situações que lhe causem danos morais, éticos ou econômicos.

Logo, o estudo sobre a publicidade enganosa e abusiva consoante as disposições do Código de Defesa do Consumidor é necessário a fim de se identificar os limites e requisitos que devem orientar o fornecedor quando da divulgação de seus produtos e serviços, e, sobretudo, conscientizar o consumidor sobre os direitos que lhes assistem.

A publicidade tem a finalidade de apresentar à sociedade determinado produto ou serviço e induzir alguém ao consumo. Logo, tem as funções informativa e persuasiva.

Entretanto, essa divulgação ou propalação comerciais de um produto ou serviço com o objetivo de despertar no público o desejo de comprar, deve se sujeitar às disposições estabelecidas na Constituição Federal e na lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a doutrina classifica a publicidade em lícita e ilícita. A publicidade lícita é aquela em que há a apresentação de produto ou serviço ou até mesmo a indução ao consumo sem que haja qualquer conduta danosa ao consumidor. Já a

publicidade ilícita é aquela que atenta contra os direitos daquele. Esta, consoante o disposto no artigo 37, do CDC, subdivide-se em: enganosa (art. 37, § 1º- quando induz o consumidor a erro em relação às características ou qualidades do produto ou serviço, por apresentar qualidades que o produto não tem, ou por omitir informações essenciais) ou abusiva (art. 37, § 2º- veiculam mensagens que atentam contra valores individuais e sociais, a exemplo do desrespeito a valores ambientais).

Logo, o fornecedor pode divulgar os seus produtos desde que o faça de consoante às prescrições legais, sob pena de sua publicidade ser considerada ilícita e ensejar a sua responsabilização. Decerto a publicidade não é obrigatória, porém, uma vez realizada, deverá atender aos requisitos estabelecidos em lei. Trata-se, portanto, de um direito que pode ser exercido a conta e risco do fornecedor.

A vedação legal à publicidade ilícita justifica-se em virtude da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, em razão daquele estar suscetível às práticas lesivas que porventura possam a vir ser praticadas por este, o qual detém, com superioridade, os conhecimentos econômico, técnico e jurídico sobre o seu produto ou serviço. Por isso, com o fito de equilibrar as relações consumeristas, o Estado impõe regras a serem observadas pelos fornecedores, a fim de assegurar direitos e garantias aos consumidores.

Insta salientar que o princípio da vulnerabilidade está inserto no artigo 4º, inciso I, do CDC e é ele que fundamenta as relações jurídicas de consumo, as quais, consoante o artigo 2º, do CDC, são formadas pelo consumidor (sujeito ativo), pelo fornecedor (sujeito passivo) e pelo produto ou serviço (objeto).

A doutrina aponta os princípios informadores da publicidade, os quais serão tratados ao longo deste trabalho: boa-fé objetiva, identificação da mensagem publicitária, inversão do ônus da prova, veracidade da publicidade, não abusividade e correção do desvio publicitário.

Portanto, a publicidade não pode ser utilizada com o objetivo de induzir o consumidor a erro, sob pena de o fornecedor ser responsabilizado objetivamente pela publicidade ilícita, não havendo, portanto, necessidade de comprovação de dolo ou culpa. É o que estabelece o artigo 30, do CDC.

Assim, segundo o entendimento doutrinário, no que atine à responsabilização do fornecedor pela propalação de publicidade enganosa ou abusiva, o Código de Defesa do Consumidor adotou a Teoria do risco da atividade.

Diante do que foi apresentado, surgem algumas indagações: publicidade e propaganda são termos sinônimos? O fornecedor pode se utilizar de todos os meios que entender necessários à anunciação de seus produtos ou serviços, podendo, inclusive, induzir o consumidor a erro? A publicidade ilícita gera o dever de indenizar?

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a publicidade ilícita à luz do Código de Defesa do Consumidor, considerando-se a responsabilização daquele que a promove. Por meio dos objetivos específicos, buscou-se verificar os requisitos da relação de consumo, identificar os princípios informadores da publicidade e definir a responsabilização daquele que realiza a publicidade enganosa e abusiva.

A pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a hermenêutica, já que todo o estudo foi alicerçado na leitura, análise e interpretação sistemática de materiais publicados em livros, monografias e artigos científicos eletrônicos. O levantamento bibliográfico foi realizado em bibliotecas de faculdades, de órgãos públicos, em livrarias e sites jurídicos. Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, descritiva e explicativa<sup>1</sup>.

O primeiro capítulo é esta introdução.

O segundo capítulo trata sobre a relação jurídica de consumo, apontando seu conceito e elementos, bem como discorrendo sobre a vulnerabilidade do consumidor.

O terceiro capítulo, por sua vez, traz um estudo sobre a publicidade, apontando sua disciplina na Constituição Federal, seus princípios informadores e tratando acerca da publicidade ilícita e a responsabilidade civil daquele que a propaga.

O quarto, por fim, aponta as conclusões obtidas por meio das pesquisas realizadas ao longo do trabalho.

As conclusões alcançadas demonstram que o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37 dispõe expressamente sobre a publicidade ilícita.

---

<sup>1</sup>RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4 ed., ver., ampl., Aracaju: Unit, 2011, p. 55.

## 2 DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica se constitui no vínculo ou elo estabelecido entre duas ou mais pessoas, sob a tutela do Direito, por meio do qual surgem direitos e obrigações recíprocos.

Relação jurídica é toda relação da vida social regulada pelo direito. Estabelece-se entre indivíduos, porque o direito tem por escopo regular os interesses humanos. Desse modo, o sujeito da relação jurídica é sempre o ser humano, na condição de ente social. O homem que vive isoladamente em uma ilha deserta não está subordinado a uma ordem jurídica, mas somente o que se relaciona com outros, dentro da sociedade (GONÇALVES, 2012, p. 93).

Como bem assevera Maria Helena Diniz:

A relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a que outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deontico das normas aplicáveis à situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo (DINIZ, 2010, p. 515).

A relação jurídica consumerista é o vínculo jurídico formado entre o consumidor e o fornecedor, cujo objeto é o fornecimento de determinado produto ou a execução de um serviço.

Logo, a relação jurídica de consumo é de natureza sinalagmática, ou seja, há a proporcionalidade e reciprocidade das obrigações entre consumidor e fornecedor, de modo que as partes são credoras e devedoras entre si.

Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há proporcionalidade das prestações (*sinalagma*). Isso ocorre, por exemplo, na compra e venda de consumo e na prestação de serviços, principais situações negociais típicas de consumo (GONÇALVES, 2012, p. 112).

Assim, enquanto o consumidor pode exigir a entrega do produto ou a prestação do serviço, o fornecedor deve entregar ou executá-lo.

## 2.1 O Direito do Consumidor como direito fundamental

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, inciso XXXII; 170, inciso V e 48, do ADCT, garante a defesa do consumidor.

Assim, consoante a redação do artigo 5º, inciso XXXII, que dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, depreende-se que, em virtude da vulnerabilidade do consumidor na sociedade de consumo, é necessária a intervenção estatal a fim de oportunizar-lhe a defesa. É este o fundamento constitucional do princípio da vulnerabilidade inserto no artigo 4º, inciso I, do CDC. É possível também extrair deste dispositivo constitucional que a defesa do consumidor deve ser promovida pelo Estado, através de políticas públicas, bem como que é necessária a edição de legislação infraconstitucional que disporá sobre a forma como o Estado viabilizará essa intervenção.

Em relação à previsão contida na CF/88, concordamos com José Afonso da Silva que a sua inserção entre os direitos fundamentais erigiu os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugando essa previsão à do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura (LENZA, 2016, p. 1620).

Trata-se de norma de natureza programática que impõe ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas a fim de promover a defesa do consumidor.

Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (LENZA, 2016, p. 1620).

Logo, a Constituição Federal de 1988 inseriu o Direito do Consumidor como um direito fundamental a fim de consolidar as garantias sociais consumeristas.



Desta maneira, em 11 de setembro de 1990, foi editada a lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências.

O artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor”. Vale destacar que não há hierarquia entre os princípios constitucionais que constituem a ordem econômica, de modo que, por exemplo, a defesa do consumidor não pode ser preterida em face da função social da propriedade.

O artigo 48, do ADCT, estabelece que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Ocorre que a Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988, e o CDC, como dito, foi promulgado em 11 de setembro de 1990, o que demonstra que esse prazo assinalado no ADCT. Apesar disso, a lei 8.078/90 ainda é a principal norma infraconstitucional que assegura a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

Insta salientar, por fim, que em razão de a proteção constitucional ao consumidor estar situada no Título I, da Magna Carta, que trata acerca “Dos direitos e garantias fundamentais”, esta se constitui em um direito fundamental. É o que defende Bolzan:

Como a relação jurídica de consumo é uma relação desigual, onde se encontra o consumidor-vulnerável de um lado e o fornecedor detentor do monopólio dos meios de produção do outro, nada melhor que ser alçado o Direito do Consumidor ao patamar de Direito Fundamental. A constitucionalização ou publicização do direito privado tem consequências importantes na proteção do consumidor (BOLZAN, 2014, p. 35).

É o que corrobora Lenza:

Iniciamos o estudo pelos direitos e deveres individuais e coletivos, lembrando, desde já, como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5.º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte (LENZA, 2016, p. 1115).

Logo, o direito do consumidor se constitui em um direito fundamental.

Insta salientar por fim, que as normas de Direito do consumidor são de interesse social e de ordem pública, consoante a redação do artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

## **2.2 Conceito**

Como bem esclarece Bolzan, a relação jurídica de consumo é “a relação firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço” (BOLZAN, 2014, p. 49).

Assim, se constituem em elementos subjetivos dessa relação jurídica o consumidor e o fornecedor, e em elementos objetivos, o produto e o serviço.

## **2.3 Da vulnerabilidade do consumidor**

Antes de definir o consumidor é necessário estabelecer o conceito e amplitude da vulnerabilidade para fins consumeristas.

Insero no artigo 4º, inciso I, do CDC, o princípio da vulnerabilidade “traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção” (BESSA; DE MOURA, 2014, p. 77).

Reconhecer o consumidor como a parte mais frágil da relação consumerista é garantir-lhe proteção e a harmonização dos interesses das partes (consumidor e fornecedor), a fim de promover uma situação de igualdade onde há desigualdade de fato.

Nesse contexto, observa-se que o CDC é um microsistema jurídico que determina a prevalência do princípio da boa-fé e transparência nas relações de consumo com o intuito de garantir a harmonização dos interesses das partes, restabelecendo uma situação de igualdade onde há uma desigualdade de fato (BESSA; DE MOURA, 2014, p. 78-79).

Este princípio promove a igualdade material nas relações de consumo, “pois, o consumidor a parte mais fraca da relação jurídica, necessita ele de tratamento diferenciado para que possa se relacionar com um mínimo de independência no mercado de consumo- igualdade real, e não apenas perante a lei” (BOLZAN, 2014, p. 165).

A presunção de vulnerabilidade em relação ao consumidor pessoa física é absoluta, não sendo necessária, portanto, qualquer prova para demonstrar a situação de desequilíbrio estabelecida entre ele e o fornecedor. Já no que atine ao consumidor pessoa jurídica ou profissional, é imprescindível que este demonstre a sua vulnerabilidade.

A vulnerabilidade do consumidor pessoa física constitui presunção absoluta no Diploma Consumerista, não necessitando de qualquer comprovação outra para demonstrar o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor nas relações jurídicas estabelecidas entre si. No entanto, vale lembrar que no caso de consumidor pessoa jurídica ou profissional- caso, por exemplo, das microempresas e dos profissionais liberais- tal comprovação é pressuposto sem o qual não será possível a utilização das regras tutelares do CDC para alcançar tais pessoas em suas relações de consumo (BOLZAN, 2014, p. 165).

A vulnerabilidade pode ser técnica (o consumidor não tem conhecimentos técnicos do produto ou serviço), jurídica ou científica (o consumidor não tem conhecimento jurídico ou científico), fática ou socioeconômica (o consumidor é frágil no aspecto econômico ou demais situações fáticas) e informacional (o consumidor é frágil em relação às informações do produto ou serviço).

Por fim, vale destacar que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. Enquanto a primeira incide no campo material (com presunção absoluta em relação ao consumidor pessoa física), a segunda aplica-se à seara processual (presunção relativa). Assim, no campo processual, a hipossuficiência deve ser provada, a exemplo da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, a qual somente será reconhecida se o consumidor demonstrar a verossimilhança de sua alegação ou se comprovar hipossuficiência.

Desta forma, no plano do direito material, todos os consumidores pessoas físicas são considerados vulneráveis, mas na via processual nem todos são hipossuficientes, devendo a fragilidade ser demonstrada no caso concreto. É o que ocorre com a inversão no ônus da prova (BOLZAN, 2014, p. 165).

Desse modo, em razão do consumidor se constituir no elo mais frágil da relação consumerista, é necessária a intervenção estatal a fim de conferir-lhe tutela jurídica e alcançar assim o equilíbrio e a harmonização do interesse das partes.

## 2.4 Dos elementos da relação jurídica de consumo

### 2.4.1 Dos elementos subjetivos:

a) Consumidor: segundo o artigo 2º, do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A doutrina aponta que o CDC adotou o sentido econômico, ou seja, é consumidor aquele que utiliza o produto ou serviço para atender “uma necessidade própria do destinatário final” (art. 2º, do CDC). Essa é a definição de consumidor em sentido estrito.

A doutrina aponta ainda a conceituação de consumidor por equiparação: art. 2º, p.u., do CDC- (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que participa da relação jurídica), art. 17, do CDC (vítimas do evento danoso) e art. 29, do CDC (pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas).

Por fim, em um sentido de ampliação ainda maior, a doutrina construiu a ideia do fornecedor equiparado. [...] Tal figura seria um intermediário na relação de consumo, com *posição de auxílio* ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços, caso das empresas que mantêm e administram bancos de dados dos consumidores (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 116).

b) Fornecedor: segundo o artigo 3º, do CDC, fornecedor é:

Toda pessoa física ou jurídica, 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.

Assim, todo que aquele que disponibiliza produto ou presta serviços no mercado de consumo, é fornecedor.

Em relação à pessoa física, a doutrina destaca que para que ela seja considerada fornecedor é necessário que haja habitualidade na prestação do serviço ou colocação do produto no mercado.

Há certa discussão na doutrina para estabelecer em que termos uma pessoa física é considerada fornecedora ou não, a depender da habitualidade (ou frequência) com que exerce a atividade: se uma pessoa prepara em sua casa um tabuleiro de doces e, junto a seus colegas de classe ou serviço, vende-os para complementar sua

renda apenas uma vez, ela não será considerada fornecedora. Deve-se considerar que o fornecedor não precisa necessariamente auferir lucro de sua atividade, mas apenas receber uma remuneração direta ou indireta pelo produto ou serviço colocado em circulação. Assim, não importa a forma de constituição (seja ela uma pequena ou grande empresa, uma Sociedade Anônima, uma Associação sem fins lucrativos), desde que desempenhe a atividade descrita no artigo (BESSA; DE MOURA, 2014, p. 86).

Enfim, vale salientar também que o fornecedor não precisa necessariamente auferir lucro, bastando que receba uma remuneração direta ou indireta pelo produto ou serviço colocado em circulação.

#### 2.4.2 Elementos objetivos:

a) Produto: segundo o artigo 3º, § 1º, do CDC, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A doutrina aponta que é necessária uma interpretação ampliativa do conceito de produto, de modo que qualquer objeto colocado à venda no mercado seja considerado como tal. “Os produtos são bens que se transferem do patrimônio do fornecedor para o do consumidor, sejam eles materiais ou até imateriais” (BESSA; DE MOURA, 2014, p. 87).

Constata-se que a Lei 8.078/1990 utilizou o termo *bem*, no sentido de ser uma *coisa* – algo que não é humano –, com interesse econômico e/ou jurídico, construção que é seguida por este autor. De acordo com a Lei Consumerista, o produto pode ser um bem móvel ou imóvel, diferenciação clássica do Direito Privado, que consta entre os arts. 79 e 84 do Código Civil Brasileiro. O bem móvel é aquele que pode ser transportado sem prejuízo de sua integridade, caso de um automóvel, que pode ser o conteúdo de uma relação de consumo, como na aquisição de automóvel para uso próprio em uma concessionária de veículos, seja ele novo ou usado. Por outra via, o bem imóvel é aquele cujo transporte ou remoção implica destruição ou deterioração considerável, hipótese de um apartamento, que, do mesmo modo, pode ser o objeto de uma relação de consumo, como presente em negócios de incorporação imobiliária (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 146).

b) Serviços: conforme a redação do artigo 3º, § 2º, do CDC, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Para que seja objeto da relação jurídica de consumo o serviço deve ser prestado por alguém que se encaixe no conceito de fornecedor e contratado pelo consumidor. Vale destacar que para

caracterização dos serviços é necessário que haja remuneração e que sejam excluídas as relações trabalhistas.

De início, cumpre esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, shoppings centers, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores (TARTUCE; NEVES, 2016, p.151).

#### *2.4.3 Do elemento teleológico*

Há doutrina que sustenta que a relação jurídica de consumo além dos elementos objetivo e subjetivo comporta um terceiro, qual seja, o de natureza teleológica, que é aquele relacionado à finalidade do consumidor em adquirir o produto ou serviço na qualidade de destinatário final. É este o posicionamento de Nelson Nery Júnior:

A aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havido relação de consumo. A chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço (GRINOVER, et. al., 2007, p. 555).

Assim, a relação jurídica de consumo comporta três elementos, quais sejam: o objetivo (produto ou serviço), o subjetivo (consumidor e fornecedor) e o teleológico (finalidade com a qual o consumidor adquire o produto ou serviço, que é a de destinatário final).

### 3 DA PUBLICIDADE

A palavra publicidade se originou do termo em latim *publicus*, relativo ao povo (BRASIL, s.d, n.p.).

Como dito, a publicidade e a propaganda não se confundem. Ao passo que aquela tem objetivo comercial, de consumo e de circulação de riquezas; esta possui finalidade ideológica, política ou social. Na publicidade há finalidade lucrativa, já na propaganda não.

Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente no Brasil. Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia a dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 229).

Assim, a diferença entre a publicidade e propaganda pode ser representada da seguinte forma esquemática:

<b>Publicidade</b>	<b>Propaganda</b>
Tem finalidade comercial, de consumo e circulação de riquezas.	Tem objetivos políticos, sociais, culturais e ideológicos.
Tem intuito lucrativo.	Não tem intuito de lucro.
Sempre tem um patrocinador.	Nem sempre tem um patrocinador.

Logo, os termos publicidade e propaganda não são sinônimos.

### 3.1 Princípios informadores da publicidade

Os princípios são normas abstratas que fundamentam o Direito e que têm a função de orientar, informar e integrar a elaboração de normas jurídicas.

**Princípios:** “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser **satisfeitos em graus variados** e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das **possibilidades jurídicas**. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (DWORKIN; ALEXY apud LENZA, 2016, p. 1).

Nesse mesmo sentido:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (REALE, 2003, p. 37).

Como bem esclarece Lenza, os princípios têm natureza abstrata, de modo que sua aplicação será determinada segundo as circunstâncias do caso concreto. São, portanto, mandados de otimização.

Princípios: a previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação dos princípios “não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. Destaca-se, assim, a técnica da ponderação e do balanceamento, sendo, portanto, os princípios valorativos ou finalísticos (LENZA, 2016, p. 172).

Vale destacar, como bem esclarece Bolzan, que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, haja vista ser constituído por princípios por meio dos quais se busca a proteção do consumidor, assegurando-lhe direitos e impondo deveres ao fornecedor.



O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, isto é, está constituído de uma série de princípios que possuem como objetivo maior conferir direitos aos consumidores, que são os vulneráveis da relação, e impor deveres aos fornecedores. [...] A eleição de certos princípios pelo legislador ordinário buscou, em última análise, o reequilíbrio de uma relação jurídica que é muito desigual. Busca-se, então, a concretização da igualdade material (BOLZAN, 2014, p. 38).

Assim, apesar de não estarem escritos, os princípios informam e dão apoio ao Direito, devendo ser utilizados como alicerce para a criação e integração das normas jurídicas.

### 3.1.1 Princípio da identificação fácil e imediata da publicidade

O *caput* do art. 36, do CDC, estabelece que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Assim, a publicidade atenderá ao disposto neste dispositivo se puder ser identificada de forma fácil e imediata pelo consumidor.

Assim, “a informação deve ser completa e objetiva, de maneira que o consumidor tenha entendimento de quais os benefícios e qual grau de comprometimento o negócio a ser finalizado lhe acarretará” (PEREIRA; RAMOS; LUNDGREN, 2014, n.p).

Em razão disso, passou-se a questionar a legitimidade das publicidades dissimulada, subliminar e clandestina ou *merchandising*.

A publicidade dissimulada ocorre quando a publicidade do produto ou serviço é travestida de conteúdo jornalístico, quando de fato o objetivo principal é a promoção daquele.

É mensagem com conotação jornalística. Nela geralmente ocorre uma entrevista ou pesquisa em que o ator principal da publicidade se passa por um jornalista, mas o objetivo comercial de promover um produto ou um serviço é seu enfoque principal (BOLZAN, 2014, p. 363).

Consoante o artigo 30, do Código de Autorregulamentação Publicitária, “peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o consumidor”.

Logo, se este tipo de publicidade vier acompanhado de mensagens que informem o seu teor publicitário, será compatível com o princípio da identificação fácil e imediata da publicidade.

Por sua vez, a publicidade subliminar é aquela que “não é percebida pelo consciente, mas é captada pelo inconsciente do consumidor” (BOLZAN, p. 364).

Em seu artigo 29, o Código de Autorregulamentação Publicitária dispõe que:

Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, **jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.** (grifo nosso)

Por fim, a publicidade clandestina ou *merchandising* consiste na “técnica de veiculação indireta de produtos ou serviços por meio da respectiva inserção no cotidiano da vida de personagens de novelas, filmes, programas de rádio ou TV, [...]” (BOLZAN, 2014, p. 364).

O Código de Defesa do Consumidor nada trata acerca da publicidade clandestina, entretanto a doutrina defende que é necessário que ela se compatibilize com o princípio da identificação fácil e imediata da publicidade, de modo que, por exemplo, sejam feitos anúncios antes da programação informando que ocorrerá *merchandising*.

### 3.1.2 Princípio da vinculação da oferta/publicidade

O artigo 30, do CDC dispõe 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.

Assim, o fornecedor está subordinado a toda e qualquer oferta por ele veiculada. Como bem assevera Bolzan, “ofertou, vinculou” (2014, p. 365).

O art. 30 da Lei Consumerista traz em seu conteúdo os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, ao vincular o produto, o serviço e o contrato ao meio de proposta e a publicidade, demonstrando que à conduta proba deve estar presente na fase pré-contratual do negócio

de consumo. Enuncia o caput do comando 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' (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 486).

Vale destacar que essa vinculação também se aplica às informações fornecidas por funcionários ou representantes do fornecedor.

Caso o fornecedor se recuse a cumprir a oferta ou publicidade, segundo o disposto no artigo 35, do CDC, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

O artigo 84, do CDC estabelece os instrumentos processuais dos quais o consumidor pode se valer para exigir o cumprimento forçado da oferta, quais sejam: ação de obrigação de fazer; pedido de liminar, desde que haja relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final; multa diária a ser fixada pelo juiz independentemente de pedido autoral; e a determinação pelo juiz de outras medidas necessárias, a exemplo da busca e apreensão.

Insta salientar que este princípio pode ser relativizado, a exemplo da hipótese na qual em razão de erro grosseiro o fornecedor vinculou a oferta de um computador com valor bem aquém ao que geralmente é praticado, sem que tenha agido com má-fé. Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou o cancelamento da compra e o consequente estorno dos valores pagos pelo consumidor, por entender que neste caso o princípio da vinculação do fornecedor não era aplicável:

**Ementa:** RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE COMPUTADOR VIA INTERNET. DIVULGAÇÃO DE PREÇO IRRISÓRIO. CANCELAMENTO DE COMPRA E ESTORNO DE PREÇO IRRISÓRIO. CANCELAMENTO DE COMPRA E ESTORNO DOS VALORES. ERRO GROSSEIRO. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO FORNECEDOR À OFERTA. BOA-FÉ CONTRATUAL. AFASTADA A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA OFERTA. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71007110042, da Primeira

Turma Recursal Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Data de Julgamento: em 26 de setembro de 2017. **Lex:** Jurisprudência do TJRS).

Logo, o fornecedor está obrigado a cumprir qualquer oferta publicitária por ele vinculada em seus exatos termos.

### *3.1.3 Princípio da proibição da publicidade ilícita*

O artigo 37, do CDC veda toda e qualquer publicidade abusiva ou enganosa.

A publicidade enganosa e a abusiva, assim como aquelas que violam o princípio da identificação fácil e imediata, são algumas das espécies de publicidade ilícita.

É enganosa, segundo o artigo 37, § 1º, do CDC, a publicidade que por afirmação ou omissão, confere falsamente informação, qualidade ou atributo a produto ou serviço, ou que por qualquer outro meio induz o consumidor a erro. Segundo o art. 37, § 3º, do CDC, a publicidade enganosa por omissão é aquela que deixa de “informar [...] dado essencial do produto ou serviço”.

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

A publicidade abusiva, ao seu turno, é aquela que veicula mensagem atentatória contra valores individuais ou coletivos, a exemplo da discriminação de qualquer natureza, da incitação à violência, bem como de comportamentos que prejudicam a saúde, vida ou segurança do consumidor e exploram a fragilidade de julgamento das crianças. É esta a redação do artigo 38, § 2º, do CDC:

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

A doutrina assegura que o princípio da vedação à publicidade ilícita alberga o princípio da veracidade (a publicidade não pode induzir o consumidor a erro) e o princípio da não abusividade (a publicidade não pode ferir valores da publicidade).

#### *3.1.4 Princípio da inversão obrigatória do ônus da prova*

O artigo 38, do CDC, assevera que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Assim, o ônus de provar que a publicidade não é ilícita é do fornecedor, independentemente de reconhecimento de qualquer requisito pelo juiz.

#### *3.1.5 Princípio da transparência na fundamentação publicitária*

Consoante a redação do artigo 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, “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”.

Deste modo, cabe ao fornecedor tornar acessíveis ao consumidor todos os dados fáticos, técnicos e científicos que fundamentam a mensagem publicitária.

#### *3.1.6 Princípio do dever da contrapropaganda*

O artigo 60, *caput*, do CDC, dispõe que “a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”.

Assim, uma vez veiculada uma publicidade ilícita, o fornecedor está obrigado a transmitir uma nova mensagem publicitária sem qualquer vício de enganabilidade ou abusividade e nas mesmas proporções (forma, frequência e dimensão) da anterior. Exige-se ainda, consoante a redação do artigo 60, § 1º, do CDC, que a contrapropaganda seja difundida preferencialmente no mesmo veículo, local e espaço da mensagem eivada de abuso ou engano.

## 3.2 Da publicidade ilícita

Como dito, não só as publicidades enganosa e abusiva são espécies de publicidade ilícita, entretanto, em razão delas se constituírem nas formas mais comuns no mercado de consumo, o legislador as proibiu expressamente.

Leonardo e Valter esclarecem a diferença entre a publicidade abusiva e a enganosa:

Nos termos do § 1º e § 3º, é enganosa a publicidade que induza o consumidor a erro sobre as características ou qualidades dos produtos e serviços, seja porque apresenta qualidades que o produto em verdade não tem, seja porque omite informações essenciais. [...] Há também as publicidades abusivas (art. 37, § 2º, CDC), vedadas por veicularem mensagens que atentam contra valores não apenas individuais, mas da sociedade (e da concepção de cidadania), tais como a discriminação racial (e de qualquer natureza), a incitação à violência e outros comportamentos destrutivos, anti-sociais e prejudiciais à saúde, vida ou segurança do consumidor e seu próximo, atinentes à valores religiosos, bem como que explorem a hipossuficiência exacerbada de crianças e idosos (BESSA; DE MOURA, 2014, p. 158).

### 3.2.1 Publicidade enganosa

A publicidade enganosa está prevista no artigo 37, do CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.  
§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.  
[...]  
§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A publicidade enganosa é aquela que induz o consumidor ao engano ou erro. Essa indução pode se dar por ação (o fornecedor confere falsamente informação, qualidade ou atributo a produto ou serviço) ou por omissão (quando o fornecedor deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço). Vale salientar que dado essencial do produto ou serviço é aquele que, caso seja conhecido pelo consumidor, pode fazer com o que mesmo deixe de materializar o negócio.

Em suma, dado essencial é aquele que, se existisse, poderia influenciar o consumidor a praticar conduta diversa daquela que praticaria caso não soubesse, por exemplo, dos malefícios de determinado produto. Mais uma vez, o exemplo da publicidade das cervejas faz-se condizente com o contexto de publicidade enganosa por omissão. É evidente que “advertências” do tipo “beba com moderação” não informam sobre dado essencial do produto, em especial sobre os prejuízos que a ingestão imoderada é capaz de causar aos consumidores, aos familiares deste e à própria sociedade (BOLZAN, 2014, p. 370).

Importante ressaltar que “apesar da menção ao engano, ao erro, não se pode esquecer que o ato de indução representa dolo, ou seja, uma atuação maliciosa praticada com intuito de enganar outrem e ter benefício próprio” (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 518). Logo, para configuração da publicidade enganosa não é necessário que o consumidor demonstre que o fornecedor agiu com dolo ou culpa. É este o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Com efeito, apurada a patente negligência da recorrente quanto às cautelas que são esperadas de quem promove anúncio publicitário-ainda que não afirmada a má-fé -, nos termos do artigo 37, § 1º, do CDC, também por esse fato é cabível o reconhecimento de sua responsabilidade, visto que a publicidade mostrar-se idônea para induzir a consumidora em erro.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.266.937/MG, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de publicação: 1º de fevereiro de 2012. **Lex:** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Para configuração da publicidade enganosa não é necessário que o consumidor seja efetivamente enganado, ou seja, é dispensável o erro real, bastando a existência da mera possibilidade ou de capacidade de indução a erro de forma abstrata.

A publicidade para ser considerada enganosa, não precisa efetivamente enganar o consumidor. O Código se satisfaz com o potencial de enganabilidade da publicidade. Em outras palavras, a enganabilidade é aferida in abstracto. O que importa é a capacidade de indução a erro de forma abstrata, difusa, indeterminada. A efetiva ocorrência do erro e o eventual prejuízo do consumidor serão mero exaurimento, com consequências próprias (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 371).

Insta salientar também, que o exagero publicitário ou “puffing”, desde que não haja precisão na mensagem, não se configura como publicidade enganosa, uma vez

que geralmente esse tipo de mensagem traz um conteúdo tão fantasioso que não é capaz de induzir o consumidor a erro.

Exemplo típico de exagero é a mensagem que diz ser determinado chocolate “o mais gostoso do mundo” ou imagens que mostram contextos tão fantasiosos que não são capazes de enganar o consumidor, como no caso de um tapete voador. De fato, seu caráter quase sempre jocoso não permite ser encarado como uma informação vinculante para o patrocinador da mensagem (BOLZAN, 2017, p. 372).

Cavaliere Filho conceitua o “puffing” como sendo a:

Publicidade cuja falsidade é tão exagerada que adentra os limites da fantasia, pelo que não tem capacidade de induzir em erro o consumidor. Não será, em princípio, publicidade enganosa. É o que acontece, por exemplo, com anúncio do tapete persa que voa, de cães que falam e dançam, etc. Nestes casos a publicidade tem apenas a finalidade de atrair consumidores, não de prestar informações. Essa prática tem sido aceita por ser evidente a fantasia, o fim de construir simples discurso vazio de conteúdo, respeitados os limites do interesse público (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 135).

Se, entretanto, a mensagem for precisa, de modo que não tenha conteúdo fantasioso e assim induza o consumidor a erro, restará caracterizada a publicidade enganosa e não o “puffing”.

Contudo, **havendo a citada precisão na mensagem, poder-se-á caracterizar a enganabilidade na mensagem**, como no caso de uma rua com lojas em que um dos fornecedores coloca uma faixa na frente de seu estabelecimento com os seguintes dizeres: “Aqui você encontra os carros mais baratos da rua”. De fato, a precisão está presente, pois estamos tratando de uma rua comercial que vende veículos usados e, nesta situação, não encontrados no estabelecimento os carros mais baratos, caracterizada estará a publicidade enganosa (BOLZAN, 2014, p. 372). (grifo nosso)

É este também o posicionamento da jurisprudência:

**Ementa:** OFERTA PUBLICITÁRIA DE PACOTE DE VIAGENS. EQUÍVOCO NA CONSIGNAÇÃO DO PREÇO À VISTA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO NÃO INCIDENTE. DESPROPORÇÃO EXAGERADA ENTRE O PREÇO À VISTA E O A PRAZO, SENDO QUE AQUELE EM VERDADE REPRESENTARIA O VALOR DA ENTRADA EQUIVALENTE A 20% DO PREÇO TOTAL. NECESSIDADE DE QUE PUBLICIDADE SEJA SUFICIENTEMENTE PRECISA. PARA QUE VINCULE O FORNECEDOR. MERO



EXAGERO. NÃO OFERECE A PRECISÃO SUFICIENTE CAPAZ DE ENGANAR O CONSUMIDOR. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos  
BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71000653568, da Primeira Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de Julgamento: em 2 de dezembro de 2014.  
**Lex:** Jurisprudência do TJRS.

Assim, é vedada a publicidade que induz o consumidor a erro ou engano.

### 3.2.2 *Publicidade abusiva*

O artigo 37, § 2º, do CDC dispõe que:

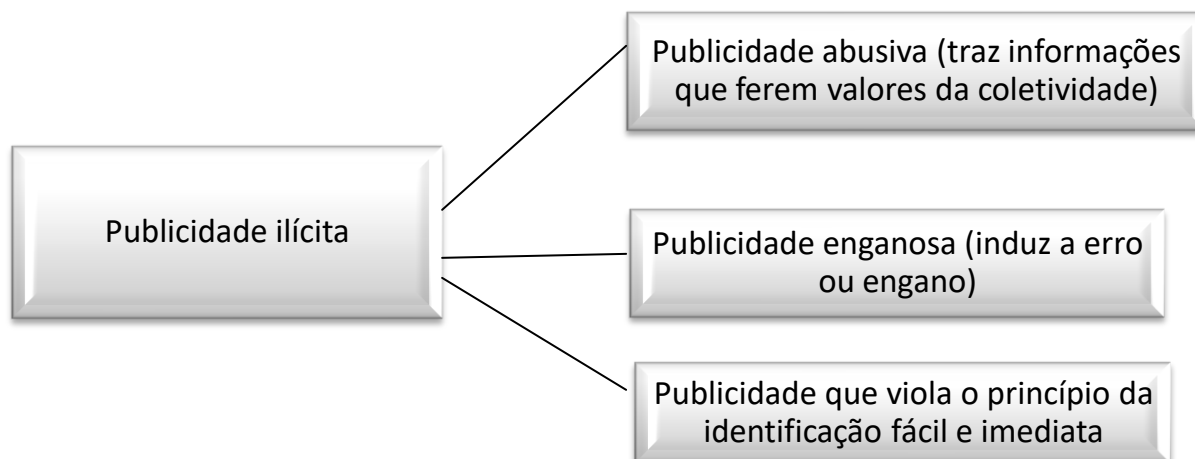
É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma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

A publicidade abusiva é aquela que traz informações que ferem valores da coletividade.

Desse modo, é abusiva a publicidade que traz mensagem discriminatória (em relação à etnia, ao sexo, à orientação sexual, à profissão, à orientação religiosa, dentre outros); que incita a violência; que explora o medo e a superstição; que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança; que desrespeita valores ambientais; e que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Por fim, vale destacar que o rol apontado no § 2º, do art. 37, do CDC é meramente exemplificativo.

Assim, a publicidade ilícita pode ser representada na forma esquematizada abaixo:



### 3.3 Publicidade comparativa

Apesar de não estar prevista no CDC, a publicidade comparativa é aquela que apresenta dois produtos ou serviços e afirma que o seu é o melhor. A depender do conteúdo da mensagem, pode aquela ser abusiva ou enganosa.

O Código de Autorregulamentação publicitária, em seu artigo 32, expressa que:

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, denegrimto 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.

Assim, a publicidade comparativa será ilícita quando não observar os princípios da concorrência leal ou quando incorrer em abuso do poder econômico:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. **PROPAGANDA COMPARATIVA.** POSSIBILIDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. **No caso concreto, denota-se que a veiculação publicitária realizada pela parte requerida não está revestida de ilicitude, por observados os princípios adstritos à concorrência leal quando se trata da elaboração de material publicitário.** A prática publicitária realizada pela parte ré não consubstancia contrariedade ao direito dos consumidores, tampouco está direcionada qualitativamente à parte autora, **de modo a auferir ato ilícito ou abuso do poder econômico quando da disponibilização do material publicitário.** Gize-se que se deve assegurar, na conjuntura socioeconômica da sociedade, a concorrência dentro dos parâmetros de razoabilidade entre as empresas, uma vez que a livre concorrência é essencial para a manutenção de um mercado competitivo e saudável que converte uma gama de benefícios para a sociedade. Assim, por resguardado o direito de informação adequada e congruente, não observando-se a veiculação de informações distorcidas, inverídicas, manipuladas, ou que induzam o consumidor em erro, além de resguardada a livre concorrência e regularidade da publicidade sob debate, tenho que inexistente, na hipótese, dano moral passível de reparação, tampouco afronta à legislação atinente à matéria que implique a obrigação do réu de não veicular o material. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 70064454598, da Quinta Turma Recursal Cível. Relator: Léo Romi Pilau Júnior. Data de Julgamento: em 30 de setembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo se posicionou:

**Ementa:** Concorrência desleal. Pretensão da Claro de suspensão do teaser "Quase um Sonho", lançada pela Oi, com pedido cumulativo de indenização por perdas e danos. **Campanha que não pratica nenhum dos atos descritos no artigo 194 da Lei nº 9.279/96. Propaganda comparativa que respeita o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.** Alusão ao produto oferecido pelas operadoras de telefonia concorrentes que não denigre a imagem da autora. Ideia passada pelo programa de que as demais operadoras "quase" poderiam realizar o sonho de seus clientes quanto à portabilidade e, em reverso, de que a Oi poderia realizar todos os seus sonhos, que não é suficiente a influenciar a decisão dos consumidores em captação indevida de clientela. Ausência, ademais, de comprovação de danos extrapatrimoniais. Recurso desprovido

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. nº 01400287-92.2009.8.26.0100, da Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Araldo Telles. Data de publicação: 28 de out. 2016. Data de julgamento: 25 de out. 2016. **Lex:** Jurisprudência do TJSP.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº 1004301-65.2013. 8.26.03.09/SP:

**Ementa:** CONCORRÊNCIA DESLEAL. Publicidade comparativa. Não caracterização. Apelante Heinz que se limitou a utilizar o recurso denominado puffing exagero publicitário aceito no ordenamento jurídico atual. Frases como "melhor em tudo o que faz" e "o ketchup mais consumido no mundo", que não acarretam demérito das marcas concorrentes. Impossibilidade de que estes claims, por outro lado, venham a influenciar no senso crítico dos consumidores, razão pela qual não há que se falar em captação indevida de clientela. Apelada Unilever que, titular da marca Hellmann's, igualmente se utiliza do recurso questionado nos autos, na promoção dos seus produtos. Ato ilícito imputado à Heinz, portanto, que não se constata, o que torna desnecessário, por questão de coerência, inserir fonte de pesquisa atestando possuir ela o ketchup mais vendido do mundo. Multa diária indevida. Sentença reformada apenas para julgar improcedente a reconvenção, mantida a parcial procedência da ação principal. Recurso da Heinz provido, desprovido o da Unilever  
BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 1004301-65.2013. 8.26.03.09/SP, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Teixeira Leite. Data de publicação: 12 de fevereiro 2016. Data de julgamento: 03 de fevereiro 2016. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Logo, a fim de que não se torne ilícita, a publicidade comparativa deverá cotejar os dois produtos ou serviços de forma objetiva.

### 3.4 Publicidade por correio eletrônico- “SPAM”

Segundo Bolzan, “o *spam* é a denominação dada à mensagem comercial não desejada e enviada por meio eletrônico- o email- aos consumidores potenciais de determinado produto ou serviço” (BOLZAN, 2014, p. 376).

Para Herman, o *spam* se constitui em publicidade abusiva em razão de violar a garantia constitucional da intimidade e privacidade; da liberdade de escolha; e causar danos diretos e indiretos, patrimoniais e morais aos consumidores, os quais são obrigados a gastar tempo e dinheiro, em, por exemplo, apagar as mensagens indesejáveis (GRINOVER, et. al., 2007, p. 360).

A *contrario sensu*, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial nº 844.736/DF (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 844.736/DF, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de publicação: 02 de setembro de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ), decidiu que o

envio de *spam*, por si só, apesar do incômodo causado, não se constitui em publicidade ilícita, visto que aquele que a recebe pode bloquear, deletar ou simplesmente recusá-la.

Este também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no bojo do Recurso Cível nº 71005557582:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. REMESSA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS PUBLICITÁRIAS- SPAM. POSSIBILIDADE DE RECUSA. SITUAÇÃO DE MERO ABORRECIMENTO. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS. Insurgiu-se o autor contra sentença de improcedência dos pedidos da cessação do envio de emails de publicidade e indenização a título de danos morais. O Código de Defesa do Consumidor em seu inciso III do artigo 39 prevê a vedação de práticas abusivas. Em que pese classificar o autor como prática abusiva o envio de SPAM, diversas são as possibilidades para evitar tal aborrecimento, tais como bloqueio, deleção, recusa, entre outros oriundos da evolução tecnológica. Portanto, em que pese o incômodo, a situação narrada não atingiu a honra ou dignidade do autor a ensejar uma condenação reparatória. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 844.736/DF, bem como as Turmas Recursais no Recurso Inominado 71005499876. Conforme disposto no artigo 927, caput, do Código Civil, necessária a comprovação do dano para que surja o dever de indenizar, o que não ocorreu no caso. A solução jurídica quanto ao pedido de cancelamento das mensagens, a rigor, seria de carência de ação por falta de interesse processual, na medida em que o autor não demonstrou qualquer tentativa de cancelamento e, conseqüentemente, não se verifica pretensão resistida. Todavia, diante da ausência de efeito prático quanto a consequência pretendida, deixo de alterar o fundamento, o que poderia se dar de ofício, mantendo a conclusão geral de improcedência. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005557582, da Segunda Turma Recursal Cível. Relator: Vivian Cristina Ançonese Spengler. Data de Julgamento: em 28 de outubro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS.

Nesse mesmo sentido:

**Ementa:** RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. REMESSA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS PUBLICITÁRIAS- SPAM.POSSIBILIDADE DE RECUSA. SITUAÇÃO DE MERO ABORRECIMENTO. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS. 1. O autor recorre da decisão que julgou improcedente o pedido para que fosse cessado o envio de emails de publicidade pela demandada, bem como postulou indenização por danos morais. 2. O Código de Defesa do

Consumidor em seu inciso III do artigo 39 prevê a vedação de práticas abusivas. Em que pese classificar o autor como prática abusiva o envio de SPAM, diversas são as possibilidades para evitar tal aborrecimento, tais como bloqueio, deleção, recusa, entre outros oriundos da evolução tecnológica. Portanto, apesar do incômodo, a situação narrada não atingiu a honra ou dignidade do autor a ensejar uma condenação reparatória. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 844.736/DF, bem como as Turmas Recursais no Recurso Inominado 71005499876. 3. Ainda, conforme disposto no artigo 927, caput, do Código Civil, necessária a comprovação do dano para que surja o dever de indenizar, o que não ocorreu no caso. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005557954, da Primeira Turma Recursal Cível. Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo. Data de Julgamento: em 2 de setembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também entende que o envio de mensagens “SPAM” também se configura em mero aborrecimento e, portanto, não gera dano moral àquele que as recebe.

**Ementa:** RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Envio de SPAM- O correio eletrônico ou e-mail (electronic mail) é serviço de envio de mensagens por meio eletrônico, possibilitando o envio e a resposta não apenas de textos, mas de imagens, vídeos, áudios, etc. - Assemelha-se ao correio tradicional, pois é direcionado a um endereço, e ao destinatário se reserva a discricionariedade de conhecer seu conteúdo ou não - O uso abusivo do marketing virtual deve ser analisado tendo em vista, em especial, o Marco Civil da Internet e o CDC – Inexistência – Envio de apenas três mensagens publicitárias, inexistindo prova do envio de vírus ou que tenham provocado o bloqueio do e-mail do autor – Mero aborrecimento – Dano moral não caracterizado - Improcedência da ação – Recurso desprovido

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. nº 1056797-48.2015. 8.26.0100, da Vigésima Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator: Luiz Mário Galbetti. Data de publicação: 27 de julho. 2017. Data de julgamento: 27 de julho. 2017. **Lex:** Jurisprudência do TJSP.

Trata-se, portanto, de situação de mero aborrecimento, não se configurando em publicidade ilícita e que conseqüentemente gere o dever de indenizar daquele que emite a mensagem.

### 3.5 Responsabilidade pela publicidade enganosa e abusiva

Em regra, a responsabilidade civil pela vinculação de oferta e publicidade é objetiva, uma vez que o CDC, em seus artigos 30 a 38 nada aduz acerca da culpa do anunciante.

Ademais, a parte final da redação do artigo 14, do CDC estabelece a responsabilidade sem culpa nas hipóteses de informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição ou riscos do serviço.

No que atine ao profissional liberal, o § 4º, do artigo 14, do CDC estabelece que a responsabilidade deste é de natureza subjetiva, devendo, portanto, ser provada a sua culpa.

Consoante a redação do artigo 14, parágrafo único e do art. 34, ambos do CDC, todos os envolvidos na vinculação da oferta ou publicidade serão solidariamente responsabilizados (comerciante e todos os fornecedores). Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm debatido acerca da natureza da responsabilidade da agência de publicidade, do veículo de comunicação e do artista que grava a mensagem publicitária. Afinal, têm eles responsabilidade objetiva ou subjetiva?

Grinover (et. al., 2007, p. 369-370); Cavalieri Filho (2014, p. 143); e Tartuce ;Neves ( 2016, p. 485) defendem que a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o artista que grava a mensagem publicitária só respondem se restar comprovado que agiram com dolo ou culpa, ou seja, trata-se de responsabilidade de natureza subjetiva.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado:

Civil e processual. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto a instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. Crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. 'Publicidade de palco'. Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula 98-STJ. CDC, arts. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, parágrafo único, e 38; CPC, art. 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada 'publicidade de palco'. II. Destarte, é de se excluir da

lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório' (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157228/RS, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Data de julgamento: 03 de fevereiro de 2011. Data de publicação: 27 de abril de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STJ.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO FALSO NA INTERNET. **LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO. SÚMULA STJ/7. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. DECISÃO** AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. A convicção a que chegou o Tribunal *a quo* quanto à legitimidade passiva *ad causam* do proprietário do site em que se publicou o anúncio falso decorreu da análise do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/7. II. **A responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação, visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo.** Agravo Regimental improvido (grifo nosso)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 1.360.058/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de publicação: 27 de abril de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STJ.

O mesmo posicionamento adotou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando do julgamento do Recurso Cível nº 71000629980:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ANÚNCIO VEICULADO EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. A responsabilidade da empresa recorrente pelo ressarcimento pleiteado na inicial somente se configura pela existência de dolo ou culpa de veículo, diferentemente do que ocorre com a empresa anunciante, que possui responsabilidade objetiva. Não restando configurada tal situação, cumpre ao julgador optar pela procedência da insurgência recursal. RECURSO PROVIDO

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71000629980, da Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Maria José Schmitt Sant Anna. Data de Julgamento: em 26 de julho de 2005. **Lex:** Jurisprudência do TJRS.



Logo, a responsabilidade civil do fornecedor anunciante é objetiva. Já a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o artista que grava a mensagem publicitária só respondem se restar comprovado que agiram com dolo ou culpa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, inciso XXXII; 170, inciso V e 48, do ADCT, garante a defesa do consumidor. Logo, em razão da Magna Carta disciplinar sobre a proteção ao consumidor em seu Título I, que trata acerca “Dos direitos e garantias fundamentais”, esta se constitui em um direito fundamental.

A relação jurídica se constitui no vínculo ou elo estabelecido entre duas ou mais pessoas, sob a tutela do Direito, por meio do qual surgem direitos e obrigações recíprocos. Desse modo, a relação consumerista é estabelecida entre o consumidor e o fornecedor (elementos subjetivos), possuindo como objeto a aquisição de um produto ou serviço (elemento objetivo).

Em vista disso, há a proporcionalidade e reciprocidade das obrigações entre consumidor e fornecedor, de modo que as partes são credoras e devedoras entre si. Têm-se, portanto, uma relação jurídica de natureza sinalagmática.

Assim sendo, enquanto o consumidor pode exigir a entrega do produto ou a prestação do serviço, o fornecedor deve entregar ou executá-lo.

Segundo o artigo 2º, do CDC, consumidor é aquele que utiliza o produto ou serviço para atender uma necessidade própria do destinatário final. A doutrina aponta ainda o conceito de consumidor por equiparação: art. 2º, p.u, do CDC- (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que participa da relação jurídica), art. 17, do CDC (vítimas do evento danoso) e art. 29, do CDC (pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas).

O artigo 3º, do CDC assegura que todo que aquele que disponibiliza produto ou presta serviços no mercado de consumo, é fornecedor. Para que a pessoa física, seja considerada fornecedor é necessário que haja habitualidade na prestação do serviço ou colocação do produto no mercado.

Por sua vez, consoante o disposto no art. 3º, § 1º, do CDC, o produto se constitui no bem material ou imaterial que se transfere do patrimônio do fornecedor para o do consumidor. Já o serviço, à luz do art. 3º, § 2º, do CDC, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O artigo 4º, inciso I, do CDC, aponta o princípio da vulnerabilidade, o qual reconhece o consumidor como a parte mais frágil da relação consumerista,

garantindo-lhe proteção e visando a harmonização dos interesses das partes (consumidor e fornecedor), a fim de promover uma situação de igualdade onde há desigualdade de fato (igualdade material).

Em relação ao consumidor pessoa física a presunção de vulnerabilidade é de natureza absoluta, uma vez que não é necessária a produção de qualquer prova para demonstrar a situação de desequilíbrio estabelecida entre ele e o fornecedor. Já no que diz respeito ao consumidor pessoa jurídica ou profissional, é imprescindível a demonstração da vulnerabilidade.

A vulnerabilidade e a hipossuficiência não se confundem, já que enquanto a primeira incide no campo material (com presunção absoluta em relação ao consumidor pessoa física), a segunda aplica-se à seara processual (presunção relativa).

Os termos publicidade e propaganda não são sinônimos. Logo, enquanto aquela tem objetivo comercial, de consumo e de circulação de riquezas; esta possui finalidade ideológica, política ou social. Na publicidade há intuito lucrativo ou remuneratório, já na propaganda não.

O Código de Defesa do Consumidor nada dispõe sobre a propaganda, estabelecendo somente regras que regulamentam a publicidade.

A publicidade tem as funções informativa (apresentar à sociedade determinado produto ou serviço) e persuasiva (induzir alguém ao consumo).

Contudo, essa divulgação ou propalação comerciais de um produto ou serviço com o objetivo de despertar no público o desejo de comprar, deve se sujeitar às disposições estabelecidas na Constituição Federal e na lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o fornecedor não pode se utilizar de todos os meios que entender necessários à anunciação de seus produtos ou serviços, não podendo, inclusive, induzir o consumidor a erro.

São princípios informadores da publicidade: princípio da identificação fácil e imediata da publicidade (art. 36, do CDC- a publicidade deve ser identificada de forma fácil e imediata pelo consumidor); princípio da vinculação da oferta/publicidade (art. 30, do CDC- o fornecedor está subordinado a toda e qualquer oferta por ele veiculada); princípio da proibição da publicidade ilícita (art. 37, do CDC- o CDC veda a publicidade ilícita, da qual são espécies a publicidade enganosa e a abusiva); princípio da inversão obrigatória do ônus da prova (artigo 38, do CDC- o ônus de

provar que a publicidade não é ilícita é do fornecedor, independentemente de reconhecimento de qualquer requisito pelo juiz); princípio da transparência na fundamentação publicitária (artigo 36, parágrafo único, do CDC- o fornecedor deve tornar acessíveis ao consumidor todos os dados fáticos, técnicos e científicos que fundamentam a mensagem publicitária); princípio do dever da contrapropaganda (art. 60, *caput*, do CDC- uma vez veiculada uma publicidade ilícita, o fornecedor está obrigado a transmitir uma nova mensagem publicitária sem qualquer vício de enganiosidade ou abusividade e nas mesmas proporções da anterior).

Não somente as publicidades enganosa e abusiva são espécies de publicidade ilícita, entretanto, em razão delas se constituírem nas formas mais comuns no mercado de consumo, o legislador as proibiu expressamente.

A publicidade enganosa, prevista no artigo 37, do CDC, é aquela que induz o consumidor ao engano ou erro. Essa indução pode se dar por ação (o fornecedor confere falsamente informação, qualidade ou atributo a produto ou serviço) ou por omissão (quando o fornecedor deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço). Para configuração da publicidade enganosa não é necessário que o consumidor demonstre que o fornecedor agiu com dolo ou culpa, bastando a existência da mera possibilidade ou de capacidade de indução a erro de forma abstrata.

O artigo 37, § 2º, do CDC dispõe sobre a publicidade abusiva que é aquela que traz informações que ferem valores da coletividade, uma vez que traz mensagem discriminatória (em relação à etnia, ao sexo, à orientação sexual, à profissão, à orientação religiosa, dentre outros); que incita a violência; que explora o medo e a superstição; que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança; que desrespeita valores ambientais; e que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. O rol apontado no § 2º, do art. 37, do CDC é meramente exemplificativo.

Apesar de não estar prevista no CDC, a publicidade comparativa é aquela que apresenta dois produtos ou serviços e afirma que o seu é o melhor. A depender do conteúdo da mensagem, pode aquela ser abusiva ou enganosa. Assim, com o objetivo de que não se torne ilícita, a publicidade comparativa deverá equiparar os dois produtos ou serviços de forma objetiva.

Em relação às mensagens de *spam*, que são aquelas que têm cunho comercial e são enviadas por email aos potenciais consumidores de produto ou

serviço, há doutrina que aponta que estas se constituem em publicidade abusiva em razão de violarem a garantia constitucional da intimidade e privacidade; da liberdade de escolha; e causar danos diretos e indiretos, patrimoniais e morais aos consumidores. Entretanto, o STJ se posicionou no sentido de que o *spam* não se configura em publicidade ilícita, visto que aquele que a recebe pode bloquear, deletar ou simplesmente recusá-la.

Por via de regra, a responsabilidade civil pela vinculação de oferta e publicidade é objetiva, uma vez que o CDC, em seus artigos 30 a 38 nada aduz acerca da culpa do anunciante.

Em relação ao profissional liberal, o § 4º, do artigo 14, do CDC estabelece que a responsabilidade deste é de natureza subjetiva, devendo, portanto, ser provada a sua culpa.

De acordo com o artigo 14, parágrafo único e o art. 34, ambos do CDC, todos os envolvidos na vinculação da oferta ou publicidade serão solidariamente responsabilizados (comerciante e todos os fornecedores).

No que diz respeito à responsabilidade da agência de publicidade, do veículo de comunicação e do artista que grava a mensagem publicitária, a maioria da doutrina e o STJ têm se posicionado no sentido de que estes só respondem se restar comprovado que agiram com dolo ou culpa, ou seja, trata-se de responsabilidade de natureza subjetiva.

A publicidade ilícita gera o dever de indenizar. Desse modo, a responsabilidade civil do fornecedor anunciante é objetiva. Já a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o artista que grava a mensagem publicitária só respondem se restar comprovado que agiram com dolo ou culpa.

Enfim, destaca-se que através do presente estudo foi possível depreender que o Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade ilícita, estabelecendo, inclusive, a responsabilização daquele que a promove. Insta salientar, por fim, que de acordo com o art. 5º, inciso XXXII, da CF, a defesa do consumidor se constitui em direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe; DE MOURA, Walter José Faiad. **Manual de direito do consumidor**. 4 ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>>. Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária- CONAR**. Disponível em: <<<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>>. Acesso em: 21 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 1.266.937/MG, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de publicação: 1º de fevereiro de 2012. **Lex**: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21279158/recurso-especial-resp-1266937-mg-2011-0115932-7-stj/relatorio-e-voto-21279160>>>. Acesso em: 22 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 844.736/DF, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de publicação: 02 de setembro de 2010. **Lex**: Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695-7/inteiro-teor-16827895?ref=juris-tabs>>>. Acesso em: 22 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1157228/RS, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Data de julgamento: 03 de fevereiro de 2011. Data de publicação: 27 de abril de 2011. **Lex**: Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19106155/recurso-especial-resp-1157228-rs-2009-0188460-8/inteiro-teor-19106156?ref=juris-tabs>>>. Acesso em: 23 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 1.360.058/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de publicação: 27 de abril de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: << [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-EDCL-AG\\_1360058\\_RS\\_1306540598749.pdf?Signature=lwsK5cEQOgw%2FxFxKgu7Q94BJfOBAo%3D&Expires=1506169301&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cca60c76dfa3963bbfebbdac0b492eb](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-EDCL-AG_1360058_RS_1306540598749.pdf?Signature=lwsK5cEQOgw%2FxFxKgu7Q94BJfOBAo%3D&Expires=1506169301&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cca60c76dfa3963bbfebbdac0b492eb)>>. Acesso em: 23 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005557582, da Segunda Turma Recursal Cível. Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler. Data de Julgamento: em 28 de outubro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71005557582&num\\_processo=71005557582&codEmenta=6521757&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71005557582&num_processo=71005557582&codEmenta=6521757&templntTeor=true)>. Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71000629980, da Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Maria José Schmitt Sant Anna. Data de Julgamento: em 26 de julho de 2005. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7895333/recurso-civel-71000629980-rs>>. Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71005557954, da Primeira Turma Recursal Cível. Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo. Data de Julgamento: em 2 de setembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71005557954&num\\_processo=71005557954&codEmenta=6460438&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71005557954&num_processo=71005557954&codEmenta=6460438&templntTeor=true)>. Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71007110042, da Primeira Turma Recursal Cível. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Data de Julgamento: em 26 de setembro de 2017. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71007110042&num\\_processo=71007110042&codEmenta=7475827&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71007110042&num_processo=71007110042&codEmenta=7475827&templntTeor=true)>. Acesso em: 26 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 70064454598, da Quinta Turma Recursal Cível. Relator: Léo Romi Pilau Júnior. Data de Julgamento: em 30 de setembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível

em: <

[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70064454598&num\\_processo=70064454598&codEmenta=6498855&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064454598&num_processo=70064454598&codEmenta=6498855&temIntTeor=true)>. Acesso em: 26 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71000653568, da Primeira Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de Julgamento: em 2 de dezembro de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em:<

[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000653568&num\\_processo=71000653568&codEmenta=971757&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000653568&num_processo=71000653568&codEmenta=971757&temIntTeor=true)>. Acesso em: 26 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. nº 01400287-92.2009.8.26.0100, da Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Araldo Telles. Data de publicação: 28 de out. 2016. Data de julgamento: 25 de out. 2016. **Lex:** Jurisprudência do TJSP. Disponível em: <

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9937074&cdForo=0>>. Acesso em: 26 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. nº 1056797-48.2015. 8.26.0100, da Vigésima Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator: Luiz Mário Galbetti. Data de publicação: 27 de julho. 2017. Data de julgamento: 27 de julho. 2017. **Lex:** Jurisprudência do TJSP. Disponível em: <

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10600232&cdForo=0>>. Acesso em: 26 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 1004301-65.2013. 8.26.03.09/SP, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Teixeira Leite. Data de publicação: 12 de fevereiro 2016. Data de julgamento: 03 de fevereiro 2016. **Lex:**

[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9163574&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_da10ad34576e46e281cb3095fdbbfd12&vICaptcha=TMH&novoVICaptcha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9163574&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_da10ad34576e46e281cb3095fdbbfd12&vICaptcha=TMH&novoVICaptcha=). Acesso em: 26 out. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.



DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN; ALEXY apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; RAMOS, Maurício; LUNDGREN, Ana Paula. **O direito do consumidor como direito fundamental: os princípios constitucionais e os interesses jurídicos como elementos sustentadores das garantias sociais consumeristas**. In: XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/viewFile/11714/1578>>. Acesso em: 25 out. 2017.

PUBLICIDADE. In: Gramática.net.br. Disponível em: <<<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-publicidade/>>>. Acesso em: 14 out. 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4 ed., ver., ampl., Aracaju: Unit, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.