



**Des. Maldonado de Carvalho**

## **TEMA**

### **Propaganda e publicidade enganosas; garantia legal e contratual e cláusulas abusivas**

Como já inúmeras vezes ressaltado, no Código de Defesa do Consumidor tutela-se de maneira efetiva a confiança que o consumidor deposita no fornecedor; legítima expectativa essa, que decorre diretamente das informações que são veiculadas pelos fornecedores.

Destarte, em sendo um dos escopos da Lei consumerista o consumo consciente, ou seja, a não submissão dos vulneráveis às avançadas e agressivas práticas de marketing, o CDC traz um capítulo próprio a regulamentar a fase pré-contratual, momento em que o fornecedor divulga o seu produto e/ou sua marca, com o objetivo de atrair o consumidor para perto de si e com isso extrair alguma vantagem.

Nesse sentido, sobressai mais uma vez o dever de informação, decorrente da boa - fé objetiva, com especial destaque para o que dispõe o art. 31 do CDC, *verbis*:

*“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua por-*

*tuguesa 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”*

No direito brasileiro, o controle da oferta é feito de forma mista, ou seja, tanto por entidade privada quanto pelo Estado. Na forma privada, o controle da publicidade, **que não vincula o Poder Judiciário**, é efetivado pelo CONAR - Conselho Nacional de Autoregulação Publicitária ( Lei 4.680/65 e Decreto 57.690/66), cuja atribuição é analisar e julgar **conflitos éticos** na veiculação de oferta e publicidade.

Nessa seara de proteção do consumidor na fase pré-contratual, a Lei 8.078/90 positiva uma séries de princípios que devem ser observados pelo intérprete e aplicador da norma, sendo eles:

### ***Princípio da identificação publicitária - art. 36 do CDC***

De acordo com o princípio da identificação publicitária, o consumidor tem o direito de saber de antemão que aquilo que lhe é apresentado, não importando a sua forma, é uma publicidade e tem objetivo de lhe oferecer algum produto ou serviço, sendo, portanto, vedada qualquer forma de publicidade clandestina ou subliminar.

Além de saber que se trata de um informe publicitário, a informação divulgada deve contar, de forma clara e adequada, a identificação do anunciante, pois só assim o consumidor poderá saber em face de quem demandar, na eventualidade de sofrer algum dano decorrente de uma publicidade abusiva ou enganosa.

## ***Princípio da vinculação do informe publicitário - artigos 30 e 35, ambos do CDC***

Como forma de tutelar a confiança depositada nas informações veiculadas pelo fornecedor, o art. 30 do CDC é expresso ao afirmar 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”***.

Ao afirmar que a informação prestada integra o contratado, a norma deixa claro que a informação veiculada irá se sobrepor aos termos do contrato que vier a ser celebrado em contradição ao que fora previamente informado, ainda que conte com a aparente adesão e concordância do consumidor.

Por força do citado dispositivo legal, a oferta e a publicidade veiculadas pelo fornecedor, naquilo que for preciso, ***possui força obrigatória e é irrevogável***. Certo que o não cumprimento por parte do anunciante faz surgir para o consumidor o direito potestativo de se valer das opções previstas nos incisos do art. 35 do CDC (exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos).

As informações precisas a que alude o dispositivo são aquelas verificadas através de ***critérios objetivos***, em que não se exige qualquer juízo de valor por parte do consumidor, daí que a doutrina é pacífica ao afirmar que o *puffing* (*exagero = o sorvete mais cremoso*), por não ser

auferível objetivamente não tem força vinculante. Repare que o preço (elemento objetivo), sempre terá força vinculante, não importando a espécie de informe publicitário veiculado.

Igualmente, a força vinculante deve ser medida pela boa-fé do consumidor, ou seja, somente terão força vinculante aquelas informações que criarem no **consumidor a legítima expectativa** de contratar determinado serviço ou adquirir determinado produto nos moldes como veiculado, na medida em que a boa-fé objetiva é uma via de mão dupla, a ser observada por todos os contratantes. Trata-se, portanto, de questão a ser analisada no caso concreto.

Apesar de ser irrevogável, a oferta veiculada pelo fornecedor é passível de ser limitada, como ocorre nos casos em que a própria oferta traz uma limitação (enquanto durar o estoque; promoção válida para 50 unidades, etc), bem como pela quantidade necessária ao atendimento às necessidades do consumidor ou de sua família.

Nessas limitações, o julgador deve ficar atento a eventual prática de publicidade enganosa, em que o fornecedor o faz com o nítido propósito de atrair o consumidor para o seu estabelecimento e nesse momento lhe impingir produto ou serviço que seja do seu interesse.

### ***Princípio da veracidade e da não abusividade - art. 37, §§ 1º e 2º do CDC***

Estabelece o art. 6º, IV do CDC o direito básico do consumidor “*a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*”.

A fim de tornar efetivo tal direito básico, o CDC veda a prática da publicidade enganosa e abusiva, certo que para se configurar tais ilegalidades, basta que a publicidade tenha tão somente o ***potencial*** de ser enganosa ou abusiva, não sendo necessária a demonstração de qualquer dano efetivo por parte do consumidor.

De acordo com o § 1º do art. 37 do CDC, a publicidade enganosa é aquela em que é veiculada por qualquer meio “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”.

De acordo com o dispositivo transcrito, a publicidade enganosa também pode se dar por omissão, que é o mais comum, quando ***“deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”***, que, se fosse do conhecimento do consumidor, não teria este celebrado o contrato de consumo. (§ 3º, do art. 37 do CDC).

Por sua vez, publicidade abusiva é aquela que, ainda que verdadeira, atenta contra valores constitucionais e sociais, sendo assim redigido o § 2º do art. 37 do CDC, sendo rol de condutas meramente exemplificativo:

*“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”.*

Para que se configure uma publicidade enganosa ou abusiva, pouco importa a vontade do anunciante, eis que tal ilicitude é analisada sob o ***prisma objetivo***. No entanto, importante deixar registrado que tais práticas ***também são criminosas***, tipificadas nos artigos 67 e 68 do CDC, cuja responsabilidade ***não dispensa a presença do elemento subjetivo***, sendo tais crimes de perigo, ou seja, prescinde do resultado naturalístico para sua configuração.

### ***Princípio da inversão do ônus da prova – art. 38 do CDC***

De acordo com o art. 38 do CDC, o ônus de provar a veracidade e a não abusividade de determinado informe publicitário é do anunciante, do fornecedor que a fez veicular.

Trata-se de espécie de inversão legal do ônus da prova, ou seja, o ônus da prova já nasce invertido, não precisando o julgador proferir qualquer decisão nesse sentido. Diz o art. 38 do CDC: *“O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”*.

### ***Princípio da correção do desvio publicitário - art. 56, XII do CDC***

Muitas vezes a simples condenação do fornecedor a reparar o dano causado ao consumidor ou à própria sociedade não é suficiente para inibir futuras condutas ilícitas violadoras dos direitos dos consumidores.

Ademais, como já destacado, sequer se exige o dano efetivo para que se verifique a presença de uma publicidade enganosa e abusiva. Deve se ter em mente, ainda, que o que há de mais valioso para o fornecedor é a imagem que ostenta no mercado de consumo e é justa-

mente aqui que entra em cena a sanção da imposição de contrapropaganda, prevista no art. 56, XII do CDC.

Sem prejuízo das demais sanções, importante instrumento de efetivação do direito básico do consumidor em estudo (art. 6º, VI do CDC) é a imposição pelo julgador da sanção de contrapropaganda, nos seguintes termos:

*“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:*

*XII - imposição de contrapropaganda”*

A complementar a regra acima citada, dispõe o art. 60 do CDC que:

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

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

A imposição de contrapropaganda é um poderoso instrumento de prevenção de ilícitos futuros e de recomposição do direito violado que, muitas vezes, não é inteiramente recomposto pela indenização pecuniária, daí que alguns julgadores vêm aplicando a medida para situações

análogas, como por exemplo em casos que envolvam corte ilegal de energia elétrica (impõe-se ao fornecedor a obrigação de tornar público que sua conduta foi ilegal).

Questão interessante diz respeito à correta interpretação e extensão do art. 34 do CDC, mormente quando se tem em mente a regra geral de responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores. Diz o art. 34 do CDC:

“O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”

A questão gira em torno de saber se o chamado garoto propaganda, veículo de comunicação ou agência de publicidade respondem juntamente com o fornecedor por danos causados em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva.

O entendimento mais correto é aquele que prega que a responsabilidade objetiva nesse caso é do próprio anunciante, ou seja, do fornecedor detentor do conhecimento técnico e específico do serviço ou produto objeto do informe publicitário. Excepcionalmente, quando os demais atores sabem ou deveriam saber da enganiosidade ou abusividade, poder-se-ia responsabilizá-los, mormente quando lucram com a venda do produto ofertado, ou seja, a eventual e excepcional responsabilidade dos demais autores é de natureza subjetiva, devendo o elemento volitivo ser comprovado no caso concreto pelo consumidor.

### **Garantia Legal e contratual**

Diferentemente do que a maioria dos consumidores pensa e imagina, o Código de Defesa do Consumidor não previu nenhum prazo de garantia, ou seja, não há no CDC nenhum prazo predefinido durante



o qual, caso o produto venha a apresentar alguma forma específica de vício, o fornecedor estaria obrigado a efetuar sua troca, a devolução da quantia paga ou o abatimento do preço.

Em verdade, o que prevê o Código de Defesa do Consumidor é uma garantia legal de adequação e desempenho, no sentido de que o produto adquirido pelo consumidor será apto a cumprir a finalidade para o qual ele se destina, com um desempenho dentro da legítima expectativa criada, sem apresentar qualquer risco à sua saúde e segurança.

Essa garantia legal de adequação dispensada pelo CDC é imperativa, ou seja, não pode ser afastada pela vontade das partes, bem como independe de termo expresso ou qualquer outra manifestação de vontade por parte do fornecedor.

Quanto ao limite temporal, não obstante o sistema legal de proteção e defesa do consumidor, não é razoável impor ao fornecedor seja ele um garante eterno do bem colocado no mercado de consumo. Assim, dentro do **prazo de vida útil** do bem a ser analisado casuisticamente pelo julgador, de acordo com as regras de experiência, o produto deve ser adequado à finalidade à qual ele se destina, bem como deve apresentar desempenho satisfatório de acordo com as legítimas expectativas do consumidor.

A garantia legal de adequação e desempenho se encontra prevista nos artigos 4º, III, “d” e 24, ambos do CDC. Vale dizer, a garantia legal é no sentido de que dentro do prazo de vida útil do bem, não pode o mesmo apresentar qualquer vício de inadequação, sendo nula qualquer cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar (art. 25 do CDC).

O que prevê o CDC no art. 26 são prazos decadenciais de reclamação, de 30 dias (produtos e serviços não duráveis) e 90 dias (produtos e serviços duráveis), que o consumidor tem para buscar a correção do vício apresentado, contados da data em que o produto foi entregue, quando se tratar de vício aparente ou quando o vício se tornar evidenciado, quando da natureza oculta.

Regra importante é a do art. 26 § 2º do CDC, que afirma que obsta a decadência a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca, bem como a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

A discussão fica por conta do significado da expressão “obsta a decadência”. Como se sabe, uma das diferenças entre a decadência e a prescrição é que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende. Assim, a interpretação correta do dispositivo em estudo é no sentido de que **a fluência do prazo decadencial de reclamação fica obstado, ou seja, não se inicia, enquanto o fornecedor não se manifestar de forma expressa acerca da reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor ou enquanto durar o inquérito civil.**

Assim, após a negativa do fornecedor em reparar o vício apresentado dentro do critério da vida útil, o consumidor terá 30 ou 90 dias para ajuizar a sua demanda exigindo a troca do produto, devolução da quantia paga ou o abatimento do preço (art. 18 § 1º do CDC).

Por sua vez, a garantia contratual é complementar à legal, **certo que a sua presença no caso concreto em nada abala a garantia legal de adequação e desempenho.** Trata-se de ato de mera liberalidade por parte do fornecedor e, justamente por nada influenciar na garantia

legal, *é passível de sofrer limitação quanto à sua extensão, o que é impensável em se tratando de garantia legal.*

Nesse sentido, em havendo garantia contratual, eventual vício surgido dentro de referido prazo possui a presunção legal de se tratar de um vício de fabricação, certo que se trata de um prazo único, ou seja, **eventual reparo feito nesse período não reinicia a contagem do tempo.**

Ademais, justamente por se tratar de ato de mera liberalidade, são válidas as condições impostas pelo fornecedor a fim de que a mesma continue valendo, tal como ocorre com a exigência das montadoras de veículo de que sejam feitas revisões periódicas nas concessionárias, com profissionais capacitados e conhecedores das necessidades do produto.

A garantia contratual se encontra positivada no art. 50 do CDC:

***A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito***

Quanto à sua forma, o parágrafo único do art. 5º do CDC dispõe que:

O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

Importante deixar registrado que o não preenchimento do termo de garantia por parte do fornecedor é crime tipificado no art. 74 do CDC.

Assim, em coexistindo garantia contratual e legal, primeiro se esgota a garantia contratual e, se a vida útil do bem não tiver se esgotado, a garantia legal ainda continua firme. Primeiro eu esgoto a garantia contratual, para depois me valer da garantia legal, sendo esse o sentido da complementariedade a que alude o art. 50 do CDC.

### ***Cláusulas abusivas***

Em rol meramente exemplificativo, o Código de Defesa do Consumidor elenca em seu art. 51 uma série de cláusulas que reputa serem abusivas, que por consequência são nulas de pleno direito, ou seja, invalidadas de **nulidade absoluta**, com as consequências daí decorrentes, em especial a **possibilidade de serem conhecidas de ofício** a qualquer tempo pelo julgador; certo que a Sentença que a reconhecer terá efeito *ex tunc*.

São cláusulas que quando presentes num contrato de consumo violam a boa-fé, podendo as mesmas estarem presentes seja no contrato de consumo de adesão ou não. Em sua essência, o rol das cláusulas abusivas tem o condão de **acentuar ainda mais o desequilíbrio existente entre o fornecedor e o consumidor**, certo que a doutrina as classifica da seguinte forma:

Cláusulas que limitam os novos direitos dos consumidores (incisos I, II, III, VI, XVI e XV do art. 51; arts. 24 e 25 todos do CDC);

Cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor (incisos IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 e art. 53 do CDC)

Cláusula “surpresa” ( incisos VII e VIII do CDC).

Destarte, importante ter em mente que um dos princípios sociais do contrato é o da sua preservação. A fim de tornar efetivo tal comando social, o §2º do art. 51 do CDC é expresso ao afirmar que *“a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”*.

Significa isso dizer que a simples presença no contrato de uma cláusula abusiva não o invalida por completo, salvo se for impossível ao juiz integrar o contrato e deixá-lo equilibrado para ambas as partes.

Por fim, insta salientar que, no sistema de proteção ao consumidor, é nula qualquer cláusula de não indenizar e, por conseguinte, qualquer limitação da indenização, sendo direito básico do consumidor a reparação efetiva e integral do dano sofrido (art. 6º, VI do CDC).

Assim, a cláusula de não indenizar quebra o necessário equilíbrio contratual, tornando nula a própria relação contratual.

A única possibilidade de indenização limitada no direito do consumidor se dá quando estivermos diante de consumidor pessoa jurídica (art. 51, I, parte final do CDC), desde que, excepcional e cumulativamente, se verifique no caso concreto: conjugação de responsabilidade por vício do produto ou serviço, consumidor pessoa jurídica e situações justificáveis (analisadas no caso concreto).

### **Direito em movimento**

Processo : 0032167-56.2010.8.19.0021 APELAÇÃO DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 10/09/2012 - QUARTA CÂMARA CÍVEL EMENTA: Ação Indenizatória. Alegada falha na prestação de ser-

viço de telefonia fixa. Envio de cobrança à Autora em valor superior ao plano contratado e obstado o cancelamento da linha. Não concessão de bônus da linha de celular. Consignado em Ata, na Audiência de Conciliação, a existência da propaganda enviada através do celular da Autora oferecendo “100 reais de bônus no seu pré-pago todo mês na compra de um Oi Fixo por apenas R\$26,90”. Comprovada a cobrança pela Ré em valor superior ao por ela anunciado. Publicidade enganosa e abusiva. Descumprimento do determinado pelos incisos III e IV do artigo 6º do CDC. Exsurge o dever de indenizar na forma do artigo 14 do mesmo Diploma Legal. Valor indenizatório fixado na R. Sentença que se mostra exorbitante. Inexistência de negativação do nome da Autora. Redução do dano moral para R\$5.000,00 (cinco mil reais). Enriquecimento sem causa da Recorrida que se evita. Patamar estabelecido pela jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça para casos similares. Responsabilidade contratual. Juros que devem incidir a partir da citação. Inteligência do artigo 405 do Código Civil e a correção monetária a contar da prolação do R. Julgado. Exegese do Verbete Sumular nº 97 deste Colendo Sodalício. Correta a R. Sentença neste particular. Entendimentos reiterados e sucessivos deste Colendo Sodalício, bem como dos Tribunais Superiores, o que autoriza a aplicação do § 1º- A do art. 557 do C.P.C. que se mostra possível, atendidos aos requisitos legais. Provimento Parcial

Processo : 0015461-58.2006.8.19.0208 APELAÇÃO DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 29/05/2012 - NONA CÂMARA CÍVEL Ape- lação Cível. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Relação de consumo. Oficina mecânica. Conduta abusiva. Inobservância dos de- veres anexos à Boa-fé objetiva. Ausência de transparência na relação com o consumidor. Desmonte do veículo com o objetivo de coagir o cliente a realizar o serviço. Propaganda enganosa. Preços veiculados nos meios de comunicação diversos daqueles apresentados ao consu-

midor. Parte ré que não desconstituiu o direito do autor, nos moldes que exige o art. 333, II, do CPC. Dano moral configurado. Circunstância que ultrapassa o aborrecimento cotidiano. Verba reparatória bem fixada, em conformidade com os parâmetros desta Corte Estadual. Precedentes citados: 0022187-16.2008.8.19.0002 - APELAÇÃO DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 19/04/2012 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

APELAÇÃO DES. MARCIA ALVARENGA - Julgamento: 22/07/2013 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. ELETRODOMÉSTICO DEFEITUOSO. AUSÊNCIA DE CONSERTO OU SUBSTITUIÇÃO. DANO MORAL. O DEFEITO NA GELADEIRA, QUE PRIVA O CONSUMIDOR, ULTRAPASSA O MERO DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONTRATUAL PARA ATINGIR A DIGNIDADE DA PESSOA DO CONSUMIDOR EM SUA ESFERA EXISTENCIAL, CARACTERIZANDO O DANO MORAL INDENIZÁVEL, AINDA QUE DE MENOR MONTA. O VALOR FIXADO EM R\$ 8.000,00 PELO DOUTO JUÍZO A QUO SE VERIFICA EXCESSIVO, EM COMPARAÇÃO COM O PREJUÍZO MORAL SOFRIDO E COM OS PARÂMETROS UTILIZADOS POR ESTA E. CORTE EM CASOS SEMELHANTES. REDUÇÃO DO QUANTUM PARA R\$ 2.000,00. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, COM BASE NO ART. 557, §1º-A, DO CPC. ▼



EMERJ