

# PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

## - ASPECTOS COMPARATIVOS DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO\*

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

### 1. INTRODUÇÃO

Há mais de quatro anos venho atuando, como magistrado, nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

Tais órgãos judiciais foram criados, por determinação constitucional, com o intuito de compor conflitos de interesse que, antes, no mais das vezes, não eram levados à cognição judicial.

A necessidade de efetuar o pagamento de honorários advocatícios, de arcar com as custas judiciais e a morosidade, acabavam por privar o cidadão da prestação jurisdicional, nas causas de pequeno valor.

Em suma, nas denominadas *bagatelas jurídicas*, não valia a pena recorrer ao Poder Judiciário para obter a solução de uma controvérsia.

Tal litigiosidade contida gerava um sentimento coletivo de insatisfação, que acabou por repercutir no Poder Legislativo, motivando o legislador constitucional a reconhecer a necessidade de criação de órgãos judiciais que pudessem apreciar tais demandas.

Por intermédio da Lei nº 9.099/95, foram então criados os Juizados Especiais, viabilizando o acesso ao Poder Judiciário para o ajuizamento de demandas de pequeno valor.

Apesar de contarem com competência abrangente na área cível, limitada principalmente pelo valor, constata-se que, atualmente, tais órgãos judiciais compõem, predominantemente, conflitos decorrentes de relação de consumo.

É de se concluir, portanto, que o consumidor era o grande prejudicado pela inexistência de um órgão judicial apto a apreciar suas demandas.

O contencioso de massa que desemboca nos juizados especiais, fruto dos conflitos decorrentes das relações de consumo, vem despertando nos

\* Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo da Universidade de Coimbra.

operadores do direito, um interesse cada vez maior no estudo do Direito do Consumidor.

Dentre os temas inerentes a seu estudo, merece atenção o da denominada publicidade enganosa, tanto pelo enfoque acadêmico, como pela incidência no cotidiano forense.

Pretendemos abordá-lo no presente trabalho, efetuando um cotejo entre a disciplina da publicidade enganosa no Direito Brasileiro e no Direito Português, com ênfase na chamada *publicidade enganosa por omissão*.

## **2. DEVER DE INFORMAR**

Consoante preceito contido no inciso III do art. 6º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, constitui direito básico do consumidor *a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*.

Preocupa-se o referido diploma legal com o grau de informação do consumidor, na convicção de que tal circunstância ostenta especial relevância, não apenas para sua proteção, mas para o próprio equilíbrio do mercado.

Só o consumidor adequadamente informado estará apto a escolher o produto ou o serviço de que necessita, em ambiente de concorrência leal entre os fornecedores.

Coerente com tal preocupação o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor estipula, também como direito básico do consumidor, *a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva*, consoante disposição contida no inciso IV do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

## **3. CONCEITO DE CONSUMIDOR**

O conceito de consumidor é apresentado no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Sobredito dispositivo, conceitua consumidor como *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, esclarecendo que equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”*.

Para a disciplina da publicidade enganosa, o legislador brasileiro optou por conceito ainda mais amplo.

O art. 29 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, inserido no capítulo que disciplina as práticas comerciais, inclusive a publicidade, estabelece que, *para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.*

“O consumidor é, então, não apenas aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço (art. 2º), mas igualmente as pessoas expostas às práticas previstas no Código (art. 29). Vale dizer: pode ser visto *concretamente* (art. 2º), ou *abstratamente* (art. 29). No primeiro caso impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.

Como no art. 2º, as pessoas aqui referidas podem ser determináveis ou não. É indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código. A redação atual (expostas às práticas) facilita enormemente o ataque preventivo a tais comportamentos. Uma vez que se prove que, mais cedo ou mais tarde, os consumidores sofreriam a exposição, aí está materializada a necessidade da cautela”<sup>1</sup>.

A Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, considera consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”.

O conceito de consumidor previsto no Direito Português, portanto, afigura-se distinto daquele previsto no Direito Brasileiro, vez que se exige o uso não profissional dos bens e serviços para que a pessoa seja considerada consumidora.

No Direito Brasileiro, mesmo aquele que faz uso profissional do produto ou do serviço é considerado consumidor, desde que destinatário final.

Contudo, no âmbito da repressão à publicidade enganosa tal distinção conceitual torna-se irrelevante, na medida em que, no Direito Português,

<sup>1</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª ed., p. 210/211. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

tal repressão se dá independentemente do destinatário ostentar, ou não, a qualidade de consumidor.

Com efeito, a alínea *d* do artigo 5º, do Código da Publicidade, diploma legal que contém normas que coíbem a publicidade enganosa, conceitua como destinatário “*a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida*”.

Bem se nota, portanto, que, tanto no Direito Brasileiro como no Direito Português, a proteção contra a publicidade enganosa é bastante abrangente, no que se refere aos destinatários.

#### 4. CONCEITO DE PUBLICIDADE

*“Publicidade é toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica.”*<sup>2</sup>

O Código da Publicidade, em seu artigo 3º, conceitua publicidade “*como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover idéias, princípios, iniciativas ou instituições*”.

A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, em seu artigo 2º, conceitua publicidade como “*qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações*”.

Para se compreender o conceito de publicidade, faz-se importante distinguir seus elementos essenciais.

*“Dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o **nonsense**. Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é*

---

<sup>2</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira, *apud*, DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5. ed., p. 251. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

*inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade.”<sup>3</sup>*

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor não conceitua publicidade. O legislador brasileiro optou por conceituar apenas seus desvios, que considerou passíveis de repressão, quais sejam, a publicidade enganosa e a abusiva.

## **5. SISTEMAS DE CONTROLE**

*“Nenhuma atividade humana está isenta de controle. A publicidade não é exceção à regra. De três formas o fenômeno publicitário pode ser controlado: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.*

*Uma primeira modalidade de regramento da publicidade é através da intervenção estatal exclusiva. Em outras palavras, só o Estado, e apenas ele, pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las.*

*Em oposição ao modelo exclusivamente estatal, há o exclusivamente privado. Passa-se de uma situação em que apenas o Estado intervém para um outro em que somente os partícipes privados do fenômeno têm voz.*

*Da composição entre os dois sistemas solitários, surge um terceiro, misto, que faz da convivência e da competição normativa e implementadora sua principal característica.*

*Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários.”<sup>4</sup>*

O Brasil adota este último modelo, no qual coexiste o controle praticado por organismos auto-regulamentares e o efetuado pelo Poder Público.

*“Na maioria dos países da União Européia encontramos hoje regulamentos de autodisciplina da publicidade e organismos criados com a finalidade de os aplicar, pacificando o mercado e evitando o recurso aos meios judiciais gerais.”<sup>5</sup>*

<sup>3</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 252.

<sup>4</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 247/249.

<sup>5</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos das Aulas do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, Universidade de Coimbra, 1999.

*“Em todos os Estados-membros a indústria publicitária tem, contudo, avançado com iniciativas no domínio da auto-regulação e, actualmente, podemos constatar que todos os Estados membros possuem o seu **código de boas práticas** em matéria de publicidade e o seu organismo de auto-controlo, competente por velar pela boa observância desses códigos.”*<sup>6</sup>

*“O sistema em vigor em Portugal aproxima-se mais de um sistema administrativo do que de um sistema judicial, pois a publicidade enganosa é considerada como uma contra-ordenação.”*<sup>7</sup>

Em Portugal, *“o sistema de controlo é predominantemente administrativo (ao contrário, por exemplo, da Alemanha, onde é judicial), estando a fiscalização da publicidade enganosa a cargo do Instituto do Consumidor e cabendo a instrução dos respectivos processos também ao Instituto do Consumidor (isto depois de entre 1995 e 1998 tal competência ter cabido à Inspecção Geral das Actividades Económicas). A aplicação das coimas cabe a uma comissão constituída nos termos do artigo 39º do Código da Publicidade – a Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade”*.<sup>8</sup>

## **6. CONTROLE LEGAL DA PUBLICIDADE**

*“A precisão e o carácter técnico do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, assim como a boa vontade e esforço dos seus implementadores, não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra interesses dos consumidores. Daí ter o Código de Defesa do Consumidor buscado um sistema misto de controle, conjugando auto-regulamentação e participação da Administração e do Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV). Logo, nenhum ato ou atividade que provoque ou seja capaz de provocar danos a alguém – nem mesmo a publicidade – pode ser excluído de apreciação judicial.”*<sup>9</sup>

<sup>6</sup> TENREIRO, Mário Paulo. “O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa, Comunicação e Defesa do Consumidor”, p. 221, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

<sup>7</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 218.

<sup>8</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>9</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 258.

A autodisciplina afigura-se importante, mormente quando se leva em conta que a regulamentação da publicidade representa, em última análise, o estabelecimento de restrições à liberdade de expressão.

O controle interno contribui para estimular os próprios integrantes do sistema publicitário a se portarem com consciência de sua responsabilidade social, evitando excessos.

Por outro lado, permite que o controle seja efetuado com base na experiência daqueles que atuam no ramo de atividades, que já conhecem tanto o *modus operandi*, como os possíveis efeitos maléficos do exercício da atividade.

Todavia, o controle da publicidade não pode prescindir de disciplina legal, bem como da participação do Poder Judiciário, levando-se em conta que a atividade publicitária pode, em determinadas situações, deixar de atender o interesse público.

Por outro lado, a autodisciplina publicitária para atingir a esperada eficácia, depende da adesão daqueles que exercem a atividade, o que restringe seu alcance.

*“A intervenção do Direito para disciplinar a publicidade visa atingir uma finalidade dúplice: por um lado, o legislador visa com a regulamentação da publicidade proteger os consumidores; por outro lado, a disciplina da publicidade tutela o interesse das empresas concorrentes do anunciante.”*<sup>10</sup>

No Brasil, a intervenção do legislador na disciplina da atividade publicitária buscou, fundamentalmente, tutelar o consumidor.

Para tanto, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor disciplina a publicidade nos arts. 36 e seguintes, objetivando, primordialmente, coibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

*“Não havendo no Brasil qualquer precedente sistemático de controle da publicidade, o legislador do Código foi buscar inspiração no direito comparado. A publicidade, pelo menos no que tange às suas características gerais, não difere muito de país para país. Logo, a experiência estrangeira pôde, com facilidade, ser aproveitada na formulação de normas codificadas.*

*Os diversos projetos que deram origem à Lei nº 8.078/90 sofreram grande influência dos direitos francês e norte-americano. Daquele através do Projet de Code de la Consommation. Deste, pela utilização*

<sup>10</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

*do art. 5º, do Federal Trade Commission Act e, fundamentalmente, da regulamentação e decisões administrativas da própria Federal Trade Commission, bem como da jurisprudência mais recente dos tribunais. De grande importância foi, igualmente, a Directiva 84/450, da Comunidade Económica Europeia, de 10 de setembro de 1984.*”<sup>11</sup>

A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, constituiu importante influência para a disciplina da publicidade no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Em Portugal, o Código da Publicidade encontra-se em consonância com a Directiva 84/450/CEE, porquanto, no seu contexto normativo, também disciplina a publicidade enganosa, devendo ser consideradas transpostas as normas comunitárias editadas sobre a matéria.

Além do Código da Publicidade, existe em Portugal numerosa legislação que contém preceitos sobre publicidade.<sup>12</sup>

No Brasil, ao revés, a legislação sobre publicidade é escassa, destacando-se, todavia, a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do art. 220, § 4º da Constituição Federal.

## 7. PRINCÍPIOS REGULADORES DA PUBLICIDADE

*“Alguns princípios podem ser apontados como norteadores da elaboração do Código que, como se sabe, tem por finalidade principal proteger o consumidor, e não a concorrência no mercado. Daí se entende a razão por que deixou de trazer certos princípios norteadores da publicidade em outros sistemas, como o **princípio da lealdade**. Diga-se, ainda, que o Código, desviando um pouco da tradição brasileira, optou por definir publicidade enganosa e publicidade abusiva, embora abstraindo-se de dar qualquer conceito genérico de publicidade. Preocupou-se, portanto, com a definição do desvio, mas não com a do padrão”*.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 260/261.

<sup>12</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>13</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 261. Referindo-se à Lei nº 8.078, 11 de setembro de 1990.



Dentre os princípios consagrados pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, podem ser destacados os seguintes: da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação e da correção do desvio.

O Código Português da Publicidade, por seu turno, em seu artigo 6º estabelece que *a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.*

No âmbito do presente estudo, voltado para o tema da publicidade enganosa, merecem exame mais acurado, os princípios da vinculação contratual e da veracidade.

## 8. VINCULAÇÃO CONTRATUAL

Consoante preceitua o art. 30 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *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.*

Tal disposição foi inserida na Seção II da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que disciplina a oferta.

*“A formulação tradicional da oferta não se adequa à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no **anonimato** dos sujeitos e na utilização maciça do marketing como técnica de mitigação de seus efeitos. Note-se que, ainda na gestação da sociedade de consumo, a jurisprudência recusava-se a integrar a publicidade, como manifestação de **marketing**, no contrato, assimilando-a a exageros toleráveis sob a denominação de **dolus bonus**.*

*Hoje, diversamente, a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser **normal** que se reconheça à publicidade um **valor contratual**, mesmo que o **documento publicitário** precise que nada mais tem que um **valor indicativo** e que não se constitui em um **documento contratual**. Tal reconhecimento equivale a um pleito de reforma do sistema clássico, formulando-se um novo conceito de oferta em melhor sintonia com o mercado de massa e com o Direito do Consumidor. Não se deve interpretar o vocábulo oferta utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não mais são individualizadas e cristalinas. Oferta, em*

*tal acepção, é sinônimo de marketing, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que **suficientemente precisa**, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos”.*<sup>14</sup>

*“Na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de **marketing**, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se lhe reconheça valor contratual”.*<sup>15</sup>

A postura adotada pelo legislador brasileiro reflete tendência internacional.

“A situação evoluiu, em certos sistemas (alemão, belga, dinamarquês, português e brasileiro, por exemplo), no sentido de conferir-se força obrigatória à oferta. Outros países – Estados Unidos, Inglaterra, Itália e França, por exemplo – adotam, em graus diversos, o princípio da livre revogação da oferta.

A solução legislativa (maior vinculação e menor poder de liberação) vem, de modo geral, aplaudida, já que, oportunamente, por intervenção direta, clara, irrestrita e cogente do legislador, liberta a força vinculante da publicidade do sabor e das incertezas das infundáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.”<sup>16</sup>

O Direito Português também acompanhou tal tendência, aderindo ao princípio da vinculação contratual da publicidade, nas relações de consumo.

*“Recentemente, e na seqüência da relevância das declarações publicitárias como declarações de garantia, prevista na **Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo**, apresentada pela Comissão em 1996, a Lei de Defesa do Consumidor veio preceituar, no seu artigo 7º, nº 5, que ‘as informações concretas e objectivas contidas nas*

<sup>14</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 212/213.

<sup>15</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 216.

<sup>16</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 222/223.

**mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário**.<sup>17</sup>

*Trata-se de uma inovação de grande importância, e que permitirá excluir a qualificação das informações publicitárias como declarações não sérias, integrando-as do mesmo passo, como declarações de garantia, no conteúdo do contrato*".<sup>18</sup>

A adoção do princípio da vinculação contratual da oferta publicitária, na ordem jurídica, apresenta especial importância na repressão da publicidade enganosa.

Nada melhor do que se considerar obrigatória a oferta divulgada na publicidade, para que o anunciante procure se pautar de forma responsável na divulgação de seus produtos e serviços.

Ora, caso divulgue na publicidade informações sobre as características dos produtos e serviços, faculta-se ao consumidor exigir que tais características estejam presentes nos bens.

Tal postura normativa desestimula iniciativas de fornecedores inescrupulosos que, no afã de aumentar sua participação no mercado, se sintam tentados a ludibriar o consumidor.

Atualmente, a publicidade exerce poderosa influência no processo de escolha de produtos e serviços por parte do consumidor, que, com base em informações equivocadas, pode ser levado a optar por produto ou serviço que não escolheria, se contasse com informações corretas sobre suas características.

*“A parceria entre o Direito e a comunicação mercadológica com o consumidor evoluiu de uma proteção extracontratual (frágil) para uma tutela (efetiva) na fase da formação do contrato e, a partir desta, para um regime especial de execução do documento contratual. É nesta última concepção que as mensagens mercadológicas, em particular a publicidade, ganham **força obrigatória**, transformando-se a comunicação publicitária em autêntico serviço informativo em benefício dos consumidores.*

*Na preciosa lição de Alberto do Amaral Júnior, o princípio da vinculação publicitária ‘realiza-se de dois modos diversos. Se o fornecedor deixar*

<sup>17</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>18</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

*de cumprir a oferta ou publicidade, ou, ainda, se não tiver condições de cumprir o que prometeu, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo. Se o contrato já tiver sido concluído, deixando contudo de mencionar algum elemento previsto na oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga, mais perdas e danos’.*<sup>19</sup>

Neste sentido, o preceito contido no art. 35 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, segundo o qual, *se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:*

*I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;*

*II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;*

*III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.*

Como já vimos, o Direito Português também prevê mecanismo de defesa do consumidor, na hipótese de divergência entre as características de produto ou serviço divulgadas na publicidade e as efetivamente encontradas nos bens.

*“A lei prevê duas formas de reacção a esta situação: do ponto de vista da mensagem publicitária, pode configurar-se a prática de um ilícito contra-ordenacional, previsto e punido pelo Código da Publicidade; do ponto de vista dos contratos a celebrar, a Lei de Defesa do Consumidor atribui-lhe o efeito de cláusula contratual.*

A falta de correspondência entre as condições publicitadas e as condições de venda gera responsabilidade contratual.

*As cláusulas de sentido contrário ao conteúdo de informações concretas e objectivas transmitidas na mensagem publicitária têm-se por não escritas.*<sup>20</sup>

Prevê ainda o Direito Português que, *“quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo*

<sup>19</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 235/236.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Teresa. **Lei de Defesa do Consumidor – Anotada**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997, p. 48.

*de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”, como dispõe o nº 5 do artigo 8º da Lei nº 24/96, de 31 de julho.*

## 9. VERACIDADE

*“O problema da **conformidade** dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária, e, portanto, a veracidade da publicidade, é um dos problemas centrais na disciplina da publicidade. A publicidade deve **respeitar a verdade**, não provocando um engano nos seus destinatários.*

*A proibição da publicidade enganosa visa, efectivamente proteger igualmente os consumidores, mas não só. Visa, também tutelar os concorrentes do anunciante”.*<sup>21</sup>

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra o princípio da veracidade, coibindo, no § 1º do art. 37, a publicidade enganosa.

Mesmo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu artigo 27, estabelece que *o anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido.*

Em Portugal, o Código da Publicidade também reconhece o princípio da veracidade, ao dispor, em seu artigo 10, que *a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.*

Importante destacar que o Código da Publicidade também reprime a publicidade enganosa no artigo 11.

## 10. PUBLICIDADE ENGANOSA

*“O direito tradicional não dava resposta adequada, seja civil, seja penal, à publicidade enganosa. O erro (CC, arts. 86 a 91) e o dolo (CC, arts. 92 a 97), assim como o princípio da boa-fé, tanto no Brasil como alhures, não se prestavam para a proteção do consumidor em tal área. Urgente era, pois, a reforma da disciplina jurídica deste importante capítulo das práticas comerciais”.*<sup>22</sup>

No Brasil, tal resposta se deu com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que, no § 1º do art. 37, assim conceitua a publicidade enganosa, cujo *caput* do dispositivo coíbe: *“é enganosa qualquer moda-*

<sup>21</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>22</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 271.

*lidade 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”.*

*“O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria”.*<sup>23</sup>

O anseio de repressão da publicidade enganosa levou mesmo o legislador brasileiro a capitular como infração penal, “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”, consoante disposição contida no art. 67 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Matéria de tal relevância despertou o interesse da União Européia, que se preocupou em harmonizar a disciplina da publicidade enganosa pelos Estados-Membros.

*“O Conselho das Comunidades Europeias (actualmente, Conselho da União Europeia ) adoptou em 1984 uma directiva em matéria de publicidade enganosa com vista à aproximação das legislações nacionais neste domínio. A proposta originária da Comissão era, contudo, bastante mais ambiciosa e pretendia regulamentar não só a publicidade enganosa como também a publicidade desleal e a publicidade comparativa”.*<sup>24</sup>

Trata-se da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, que, no número 2 do artigo 2º, a conceitua como, “a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude de seu caráter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”.

O Direito Comunitário se interessou pelo tema, por considerar “que

<sup>23</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 270/ 271.

<sup>24</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 206/207.

*a publicidade enganosa pode levar o consumidor, quando adquire bens ou utiliza serviços, a tomar decisões que lhe são prejudiciais e que as disparidades entre as legislações dos Estados-membros não só conduzem, em numerosos casos, a uma protecção insuficiente dos consumidores, mas entram também a realização de campanhas publicitárias para além das fronteiras, afectando, deste modo, a livre circulação das mercadorias e das prestações de serviços”.*

*“Uma directiva comunitária é um instrumento legislativo que se dirige aos Estados-membros. Ela fixa os fins a atingir e deixa aos Estados-membros uma margem de liberdade quanto aos meios a empregar para os atingir. Uma directiva não é direito directamente aplicável na ordem interna dos Estados-membros: estes devem transpor as directivas no seu direito interno e é este que passa a vigorar no espaço jurídico nacional. A directiva constitui assim o instrumento privilegiado para proceder à harmonização das legislações nacionais”.*<sup>25</sup>

*“A directiva sobre a publicidade enganosa estabelece apenas uma harmonização mínima das legislações nacionais e permite expressamente a manutenção ou a adopção pelos Estados-membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla dos interesses visados (artigo 7º). No âmbito dessa harmonização, a directiva comunitária prossegue uma finalidade bem precisa e limitada: harmonizar a noção de publicidade enganosa nos diferentes Estados-membros e criar mecanismos que permitam fazer cessar essa publicidade (ou mesmo impedir a sua publicação).”*<sup>26</sup>

Nada impede, portanto, que os Estados-membros adotem disciplina ainda mais protetiva do que a prevista na directiva comunitária.

O que não se permite, sob pena de se prejudicar o padrão mínimo de proteção ao consumidor que se persegue no âmbito do mercado europeu, é que o Estado-membro mitigue a proteção contra a publicidade enganosa prevista no Direito Comunitário.

A Directiva em tela, foi transposta para o Direito Português, que, no Código da Publicidade, no número 1 do artigo 11, preceitua ser “proibida

<sup>25</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 205.

<sup>26</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 207.

*toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo econômico, ou que possa prejudicar um concorrente”.*

Sobredito artigo 11, seguindo a orientação do Direito Comunitário, em seu número 2, explicita os elementos e as indicações que devem ser levadas em conta para que uma publicidade possa ser tida por enganosa.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, muito embora reprimindo ambas, estabelece distinção entre publicidade enganosa e publicidade abusiva.

Esta última, é conceituada no § 2º do art. 37, como, *“dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.*

*“A abusividade, permita-se frisar, não está referida à falha no dever de informar propriamente. A informação, na publicidade abusiva, pode ser verdadeira, porém a mensagem desvirtua-se do seu propósito de comunicar e vem a ofender valores reputados fundamentais. O que está em questão aqui não é a veracidade ou a correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem.”<sup>27</sup>*

No âmbito do presente trabalho, portanto, interessa-nos tão somente a publicidade enganosa, mormente em se considerando seu potencial danoso em relação ao consumidor.

De acordo com a postura do anunciante, a publicidade enganosa pode decorrer de conduta comissiva ou omissiva.

*“Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por **comissão** e a por **omissão**. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro,*

---

<sup>27</sup> CARPENA VIEIRA DE MELLO, Heloísa. “Prevenção de Riscos no Controle da Publicidade Abusiva”. *Revista de Direito do Consumidor* nº 35. São Paulo: RT, 2000, p. 127.



*isto é, deixa de dizer algo que é.”<sup>28</sup>*

No estudo da publicidade enganosa, o aspecto do elemento subjetivo, na conduta do anunciante, merece abordagem.

*“Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante.*

*É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro – mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante –, caracterizada está a publicidade enganosa.*

*Assim ocorre porque o que se busca é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor. E, para fins daquela, o que importa é uma análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado.”<sup>29</sup>*

*“Não tem que existir **animus decipiendi** (intenção de enganar) para que exista publicidade enganosa, nem sequer a intenção de provocar um efeito económico perverso no consumidor ou para o concorrente.”<sup>30</sup>*

Bem se percebe, portanto, no tocante ao elemento subjetivo, que a ordem jurídica não se preocupa com a intenção do anunciante, priorizando, na repressão à publicidade enganosa, a proteção ao consumidor.

O efeito da publicidade enganosa também deve ser analisado, a fim de se perquirir se há necessidade de lesão ao destinatário para que reste configurada.

Conclui-se pela desnecessidade da lesão, pois, “a proteção ao consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução ao erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganosidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua *capacidade de induzir ao erro o consumidor*, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso

---

<sup>28</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 272.

<sup>29</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 273.

<sup>30</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

– pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido *jure et de jure*, já é suficiente”.<sup>31</sup>

*“Nota-se, pois, desde logo, que não é necessária a prova de um prejuízo ou de um engano concretos para que a publicidade seja considerada como enganosa. Basta que a mensagem publicitária possa induzir em erro ou possa prejudicar um concorrente, não sendo necessário um prejuízo económico já causado...”*<sup>32</sup>

A partir do que foi exposto, é de se concluir que a noção de publicidade enganosa é bastante abrangente. “Em primeiro lugar, não é exigida qualquer prova de que alguém tenha sido efectivamente enganado pela publicidade – a possibilidade de que esse efeito seja produzido é suficiente. Em segundo lugar, não é exigida qualquer intenção de enganar ou mesmo negligência da parte do anunciante – a publicidade enganosa é assim um *delito* objectivo. Em terceiro lugar, o efeito económico perverso da publicidade não tem de ser provado – não é necessário que a publicidade enganosa prejudique um consumidor ou um concorrente – bastando que o carácter enganador da publicidade possa afectar o comportamento económico das pessoas quem se dirige ou que afecta, ou que possa prejudicar um concorrente”.<sup>33</sup>

Destaque-se, ainda, que o público-alvo da publicidade deve ser levado em conta na caracterização de sua enganosidade.

***“Por outro lado, o padrão de apreciação, a perspectiva a adoptar para a avaliação do carácter enganoso da publicidade não é a do consumidor médio e em abstracto, mas sim a do consumidor concreto, pertencente à classe de destinatários a que se dirige a mensagem.***

*Há, assim, que considerar, por exemplo, o nível etário e a vulnerabilidade daquele tipo de consumidor (crianças, idosos, agricultores, profissionais liberais etc.), a sua formação cultural média e nível sócio-económico em geral.”*<sup>34</sup>

*“A regra é, pois, que na caracterização da publicidade enganosa analisa-se a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor. Usa-se, portanto, um duplo critério de avaliação. O*

<sup>31</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 274.

<sup>32</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>33</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 210.

<sup>34</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

*primeiro, objetivo, tem a ver com o conteúdo do próprio anúncio. O segundo, subjetivo, relaciona-se com o tipo de consumidor atingido ou atingível. Por conseguinte, uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode vir a sê-lo em função de outro público.”*<sup>35</sup>

## 11. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

*“A publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz como pelo que não diz. Enquanto que na publicidade enganosa comissiva qualquer dado do produto ou serviço presta-se para induzir o consumidor ao erro, na publicidade enganosa por omissão só a ausência de dados essenciais é reprimida. De fato, não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus produtos ou serviços. Assim, nos termos da lei e nos passos do direito comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias. Por essenciais entendam-se as informações que têm o condão de levar o consumidor a adquirir o produto ou serviço.”*<sup>36</sup>

A publicidade enganosa por omissão decorre *“da omissão de características estreitamente ligadas às publicitadas e que as anulam ou que constituem desvantagens significativas relacionadas com a qualidade que se promove”*.<sup>37</sup>

Como se pode notar, a legislação procura reprimir a conduta do fornecedor que, no afã de vender o produto ou prestar o serviço, omite, na publicidade, circunstâncias capazes de afetar o processo decisório do consumidor.

Segundo o disposto no § 3º do art. 37 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *“a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”*.

Resta caracterizada a publicidade enganosa por omissão quando omite dado essencial assim considerado aquele *“que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”*.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 274.

<sup>36</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 280.

<sup>37</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

<sup>38</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 281.

É certo que não se pode exigir do anunciante a apresentação, na publicidade, de todas as características do produto ou do serviço.

Aceitável, mesmo, que o fornecedor, na publicidade, procure destacar os aspectos positivos do bem, que o diferenciam do concorrente.

Contudo, tal tolerância não pode ser tal que permita ao fornecedor, ao omitir dado essencial, ludibriar o consumidor, que acaba optando por determinado produto ou serviço que não escolheria se a informação essencial tivesse sido divulgada.

Tal conduta afronta a boa-fé que deve estar presente na conduta daqueles que estabelecem relações de consumo, como recomenda o inciso III do art. 4º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Tal dispositivo estabelece como diretriz da Política Nacional de Relações de Consumo, “*a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

Trata-se da consagração da boa-fé objetiva nas relações de consumo, que deve também estar presente na publicidade.

A publicidade afigura-se importante para que o consumidor obtenha informações indispensáveis à aquisição de produtos e serviços, admitindo-se mesmo que seja utilizada pelos fornecedores com o fito de aumentar sua participação no mercado.

O que não se pode admitir é que seja utilizada de forma sorrateira, sonogando do consumidor informações que, por certo, influenciariam sua tomada de decisão quando da aquisição de produtos e serviços.

*“O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Phillips, de um televisor stereo, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que o distinguiu dos seus similares – só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição – e por isso essencial – era exatamente a sua qualidade de sonoridade stereo”*.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 281.

Podemos ilustrar a publicidade enganosa por omissão com outro exemplo, objeto de apreciação reiterada pela Justiça Brasileira, no âmbito dos Juizados Especiais.

Uma revista semanal de grande circulação resolveu promover a venda de assinaturas e, para tanto, oferecia ao consumidor que adquiria a assinatura, um cartão de crédito, isentando-o do pagamento da primeira anuidade.

Ocorre que a publicidade omitia o fato de que a emissão do cartão de crédito dependia da aprovação da solicitação por parte da administradora do cartão, esta lastreada na análise da situação financeira do solicitante.

Deste modo, pessoas de baixo poder aquisitivo que, em condições normais, teriam dificuldades em obter um cartão de crédito, foram incentivadas a assinar a revista, movidas pelo desejo de passar a utilizar tal meio de pagamento.

O processo decisório do consumidor foi seriamente influenciado pela oferta do fornecedor, na medida em que o cartão de crédito agregado à assinatura foi o elemento que levou o interessado a adquirir o produto.

Trata-se de exemplo típico de publicidade enganosa por omissão pois omitiu dado essencial, capaz de influenciar o processo decisório do consumidor.

Temos notado que os fornecedores, com o fito de afastar o caráter enganoso da publicidade, sob o prisma omissivo, têm se utilizado do artifício de prestar as informações essenciais, mas sem o destaque necessário.

Normalmente, em se tratando de anúncios impressos, os anunciantes prestam tais informações por intermédio de frases com letras de corpo minúsculo, quase ilegíveis, algumas vezes em sentido transversal ao texto principal.

Não nos parece que tal artifício, em se tratando de dado essencial, possa suprir a omissão de modo a afastar o caráter enganoso da publicidade.

Retornando ao exemplo do cartão de crédito que era fornecido ao assinante da revista, cremos que a informação de que a emissão do cartão dependia da análise da situação financeira do interessado deveria ser prestada com destaque.

Só assim estaria se evitando a publicidade enganosa, contra a qual a ordem jurídica protege o consumidor.

*“Também peca por omissão o anúncio que deixa de informar ao consumidor que o que ele está vendo é uma simples **imitação** ou*

**demonstração simulada (*mock-up*) de teste efetivamente efetuado pelo anunciante.”<sup>40</sup>**

*“A utilização de testes na publicidade pode igualmente conduzir a publicidade enganosa, quando estes são apresentados com omissões ou incorrecções quanto às condições em que foram efectuados, e, obviamente, quando os seus resultados não são apresentados com veracidade.”<sup>41</sup>*

## 12. CONCLUSÕES

Só o consumidor adequadamente informado estará apto a escolher o produto ou o serviço de que necessita, em ambiente de concorrência leal entre os fornecedores.

O Código da Publicidade, em seu artigo 3º, conceitua publicidade *“como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover idéias, princípios, iniciativas ou instituições”*.

Brasil e Portugal adotam modelos mistos de controle da publicidade, no qual coexistem o controle praticado por organismos auto-regulamentares e o efetuado pelo Poder Público.

O controle da publicidade não pode prescindir de disciplina legal, bem como da participação do Poder Judiciário, levando-se em conta que a atividade publicitária pode, em determinadas situações, deixar de atender o interesse público.

Em Portugal, o Código da Publicidade encontra-se em consonância com a Directiva 84/450/CEE, porquanto, no seu contexto normativo, também disciplina a publicidade enganosa.

No Brasil, a intervenção do legislador na disciplina da atividade publicitária buscou, fundamentalmente, tutelar o consumidor. Para tanto, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor disciplina a publicidade, nos arts. 36 e seguintes, objetivando, primordialmente, coibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

<sup>40</sup> DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 282.

<sup>41</sup> MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

Dentre os princípios consagrados pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, podem ser destacados os seguintes: da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não-abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação e da correção do desvio.

O Código da Publicidade, por seu turno, em seu artigo 6º estabelece que “*a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor*”.

A adoção do princípio da vinculação contratual da oferta publicitária na ordem jurídica apresenta especial importância na repressão da publicidade enganosa.

Nada melhor do que se considerar obrigatória a oferta divulgada na publicidade, para que o anunciante procure se pautar de forma responsável na divulgação de seus produtos e serviços.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra o princípio da veracidade, coibindo, no § 1º do art. 37, a publicidade enganosa.

Mesmo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu artigo 27, estabelece que “*o anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido*”.

Em Portugal, o Código da Publicidade também reconhece o princípio da veracidade, ao dispor, em seu artigo 10, que “*a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos*”.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, no § 1º do art. 37, assim conceitua a publicidade enganosa, cujo *caput* do dispositivo coíbe: “*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 noção de publicidade enganosa é bastante abrangente. “*Em primeiro lugar, não é exigida qualquer prova de que alguém tenha sido efectivamente enganado pela publicidade – a possibilidade de que esse efeito seja produzido é suficiente. Em segundo lugar, não é exigida qualquer intenção de enganar ou mesmo negligência da parte do anunciante – a publicidade enganosa é assim um delicto objectivo. Em terceiro lugar, o efeito económico perverso da publicidade não tem de ser provado – não é necessário que a publicidade enganosa prejudique um consumidor ou um concorrente*

– *bastando que o carácter enganador da publicidade possa afectar o comportamento económico das pessoas quem se dirige ou que afecta, ou que possa prejudicar um concorrente*”.<sup>42</sup>

Segundo o disposto no § 3º do art. 37 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, “*a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço*”.

Como se pode notar, a legislação procura reprimir a conduta do fornecedor que, no afã de vender o produto ou prestar o serviço, omite, na publicidade, circunstâncias capazes de afetar o processo decisório do consumidor.

Os fornecedores, com o fito de afastar o carácter enganoso da publicidade, sob o prisma omissivo, têm se utilizado do artifício de prestar as informações essenciais, mas sem o destaque necessário.

Não nos parece que tal artifício, em se tratando de dado essencial, possa suprir a omissão, afastando o carácter enganoso da publicidade. ◆

---

<sup>42</sup> TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 210.