

A PUBLICIDADE ENGANOSA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

FERNANDA HARESKA DE FREITAS MORAIS

Universidade Potiguar – E-mail: fernandahareska@gmail.com

ADRIANA AUGUSTA LAMBERT DA COSTA

Especialista em Direito Civil e Empresarial. Professora da Universidade Potiguar

E-mail: adrianalambert@unp.br

Envio em: Agosto de 2016

Aceite em: Outubro de 2016

Resumo

O presente artigo visa explicar o caráter enganoso da publicidade, empreendendo uma avaliação acerca dos elementos para a sua constatação. A problemática em prol desse assunto gira em torno da determinação dos elementos caracterizadores da ilicitude, utilizando os julgadores os preceitos gerais do Código de Defesa do Consumidor, bem como dos ensinamentos doutrinários para a confirmação da ilicitude. Ademais, há também a preocupação com a real capacidade de o julgador ser fiel intérprete da publicidade do ponto de vista do consumidor, a fim de que este possa alcançar idêntica reação do público-alvo. Nesse sentido o reconhecimento da ilicitude, bem como a consequente responsabilidade civil decorrente da existência daquela, contribui para o cerceamento da veiculação de publicidades ilícitas e desse modo assegura a proteção do direito do consumidor. Noutro ponto, aborda-se a responsabilidade objetiva e solidária dos responsáveis pela veiculação e criação da publicidade. Nesse desiderato, com a pesquisa realizada conclui-se que a ilicitude deve ser determinada com análise e utilização dos critérios estabelecidos pela lei, além da doutrina e jurisprudência, haja vista que a legislação brasileira é demasiado generalista, devendo a responsabilidade recair sobre os envolvidos na criação e veiculação da publicidade ilícita.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Publicidade Enganosa. Caracterização. Responsabilização civil.

MISLEADING ADVERTISING AND ITS CONSEQUENCES ON CIVIL LIABILITY

Abstract

The present article aims to explain the misleading nature of advertising, engaging an assessment on the elements for its realization. The problematic of this issue revolves around the determination of characteristic elements of ilicitude, using the judges the general rules of the Consumer Protection Code, as well as doctrinal teachings to confirm the ilicitude. Moreover, there is also concern with the real capacity of the judge be faithful interpreter of advertising from the consumer point of view, so that it can achieve the same reaction from the target audience. In this sense the recognition of ilicitude, and the consequent civil liability arising from its existence contributes to the restriction of illegal advertisements placement and thereby ensures the consumer rights protection. In the other hand, it discusses the objective and several liability of those responsible for placement and creation of advertising. In this goal, with the realized research is concluded that the ilicitude must be determined with analysis and the use of the established criteria by law, in addition to doctrine and jurisprudence, given that Brazilian law is too general, should be the responsibility of those involved backslide in creation and placement of illicit advertising.

Keywords: Consumer Law. Misleading publicity. Description. Civil Liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os elementos caracterizadores da publicidade enganosa nas relações de consumo, considerando que as informações constantes das publicidades veiculadas, normalmente, são inapropriadas, de modo a induzir o consumidor em erro, e violando, portanto, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem o direito de o consumidor ter acesso à informação clara e de fácil percepção.

Ademais, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao dispor de forma abrangente sobre a temática objeto deste artigo, viabilizou a efetiva análise e controle das mensagens publicitárias veiculadas pelo fornecedor/anunciante, a fim de proteger o destinatário em face da publicidade enganosa ou abusiva.

É bem verdade que no ordenamento jurídico pátrio estão asseguradas garantias que se violadas e causem danos ao consumidor, devem esses ser ressarcidos, garantindo assim a proteção desses direitos. Todavia, a divergência existente consiste em como proceder à verificação da ilicitude constante da publicidade, bem como na definição dos entes envolvidos a serem responsabilizados.

Destarte, a importância destinada ao tema se dá em razão do poder de influência e de enganosidade que a publicidade exerce no procedimento de escolha de produto/serviço pelo consumidor. Ademais, a publicidade cumpre o papel não só de divulgador do produto, como também é uma espécie de contrato, uma vez que o anunciante está vinculado à venda do produto ou prestação do serviço de acordo com o que está sendo ofertado.

Assim, no curso do presente trabalho se abordará a conceituação de publicidade e seus tipos, bem como serão apontados os elementos caracterizadores, baseando-se na doutrina e jurisprudência pátria, além de discorrer sobre a tutela coletiva e individual no âmbito da responsabilidade civil solidária decorrente do dano causado em virtude da publicidade veiculada.

Para a obtenção das informações buscadas ao promover o presente estudo, foi necessária a utilização da pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina, artigo, jurisprudência e a legislação pertinente ao tema em questão.

2 CONCEITO DE PUBLICIDADE

Antes de abordar o tema principal, é importante ressaltar que, com a evolução das relações de consumo, o caráter enganoso da publicidade utilizada como meio de

divulgação de produtos e serviços tornou-se um tema relevante da atualidade jurídica, como também da vida social, pois os problemas relativos às publicidades que podem induzir o consumidor em erro sempre causam prejuízo a alguém ou a uma coletividade de pessoas.

Na lição de Dias (2010, p. 21), “[...] a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo”. Nesse sentido, a publicidade leva ao conhecimento dos consumidores determinados produtos ou serviços, com o fito de persuadi-los a adquirirem-nos.

Segundo Malanga (1987, p.11), publicidade é “[...] a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”. A publicidade é, portanto, responsável pelo incentivo e, principalmente, por fazer o consumidor criar em seu âmago o interesse de adquirir novo produto ou serviço, mesmo que não esteja realmente precisando dele.

Para melhor entendimento do conceito de publicidade, faz-se imprescindível a distinção de seus dois elementos:

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 **ononsense**. Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é 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 (BENJAMIN, 2010, p. 213-214, negrito do autor).

Destarte, a publicidade é um meio de divulgação de produtos e serviços com o fim de incentivar a venda destes, diferenciando-se, portanto, da propaganda, uma vez que esta, em suma, visa à propagação de ideias, buscando novas adesões ao sistema ideológico ao qual esteja vinculada. Dessa forma, a primeira visa criar o interesse do consumidor pela coisa divulgada, bem como conceber prestígio ao produto ou a marca do anunciante, difundindo, ainda, um estilo de vida.

Conclui Cohen (2012, p. 305 apud BENJAMIN et al 2005, p. 305):

[...] publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas dos meios de comunicação de massa, a

fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.

Não obstante, atividade publicitária envolve três agentes: o anunciante, a agência de publicidade e os veículos de comunicação nos quais são veiculadas as publicidades. No que pertine ao anunciante, este é o que almeja a divulgação do produto para que ocorra a venda. Por sua vez, a agência é responsável pelo planejamento e divulgação da publicidade do anunciante. Por fim, há o veículo de comunicação, que é o meio pelo qual a mensagem publicitária é divulgada e transmitida aos consumidores.

Os consumidores são os destinatários da mensagem publicitária, que de acordo com o legislador, no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990, n.p.). Ademais, equipara-se a consumidor toda a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que estejam intervindo nas relações consumeristas.

Percebe-se, portanto, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor visa proteger todas as pessoas que estejam envolvidas, direta ou indiretamente, na relação de consumo, estendendo a sua aplicação à coletividade dos consumidores.

Dessa forma, conclui-se que a publicidade apresenta o produto ou serviço ao consumidor, tornando-o conhecido pela massa consumidora, bem como visa persuadir o consumidor para aquisição do produto ou serviços.

3 PUBLICIDADE ENGANOSA

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro regulamentou e vedou, no artigo 37, a publicidade enganosa e a abusiva. Porém, em razão de apresentar cláusulas gerais, é possível a garantia do controle de legalidade das variadas inovações publicitárias, desde que a Doutrina e Jurisprudência acompanhem a mudança contínua dos padrões sociais.

Com relação à publicidade enganosa, esclarece Rizzato Nunes (2012, p. 550):

[...] o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, “gato por lebre”. Pensa que está numa situa-

ção, mas, de fato, está em outra. As formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se de impacto visual para iludir, de frases de efeito para esconder, de afirmações parcialmente verdadeiras para enganar.

Por outro lado, na mesma obra, Nunes, acerca da publicidade abusiva, esclarece:

O CDC proíbe as propagandas abusivas dizendo que é abusiva, entre 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 a sua saúde ou segurança. O caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor (NUNES, 2012, p.573).

Para o presente artigo importa a publicidade enganosa, da qual resulta uma distorção na decisão dos consumidores, induzindo-os a erro quanto às condições de contratação ou quanto às verdadeiras características do produto ou serviço anunciado, em razão da imprecisão ou inverdade das informações veiculadas, ou ainda, pela omissão de dados essenciais.

A previsão legal pune a indução a erro e também a potencialidade de a redação publicitária levar os seus alvos ao engano, como ocorre nas ações de tutela coletiva da publicidade, em que é exigida apenas a demonstração do dano potencial, isto é, da real capacidade que a divulgação possui de induzir um grupo de consumidores a erro. É nesse sentido que a doutrina afirma que a proibição da publicidade enganosa visa proteger a incolumidade volitiva e econômica do consumidor.

Entretanto, quando se trata de tutela do consumidor individual não há que se falar em indução a erro ou sequer prejuízo econômico, se a escolha de aquisição de produto ou serviço ocorreu de modo consciente e, de qualquer forma, a sua escolha ocorreria do mesmo modo para atender as suas preferências ou vantagens propiciadas pelo produto ou serviço.

Ademais, a rejeição da publicidade enganosa é verificada também na Lei de Concorrência Desleal (Lei nº. 9.279/1996), podendo motivar, no âmbito das empresas, ilícito civil e penal. Por outro lado, embora o CDC não disponha quanto à proteção dos concorrentes contra a publicidade enganosa de terceiros, há expres-

sa regulamentação na Diretiva Europeia 2016/114/CE, considerando que a publicidade enganosa pode causar danos também às empresas, uma vez que pode ocasionar desvio de clientela por diversos motivos, como a infamação da imagem da empresa concorrente.

3.2 ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DA PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa pode se revelar de dois modos, seja pela omissão ou ação. Efetivamente, dispõe o §1.º do art. 37, do CDC, que:

§ 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 (BRASIL, 1990, n.p.).

E o terceiro parágrafo do artigo retro, no que lhe concerne, esclarece que a enganabilidade por omissão ocorre quando o texto publicitário deixa de informar ao consumidor dado essencial do produto ou serviço.

Nesse sentir, de acordo com o disposto no referido código, a publicidade enganosa pode ser verificada quando ocorrer a divulgação de informação total ou parcialmente falsa, compelindo o consumidor em erro no que pertence às características do produto ou serviço anunciado (enganabilidade por comissão), como também através da informação verídica, que, todavia, deixa de informar ao seu destinatário sobre algum dado essencial de produto ou serviço, ou seja, sobre algum informe que seja imprescindível ao conhecimento do consumidor no processo de escolha.

Poderão, também, ocorrer as duas modalidades de enganabilidade em uma mesma publicidade, ou seja, caso, simultaneamente, seja veiculada no texto publicitário informação falsa e seja omitida alguma informação relevante sobre o bem ou serviço.

Importa salientar que em quaisquer das situações acima elucidadas haverá a afronta ao CDC, tendo em vista que a declaração da vontade do consumidor para a celebração da relação consumerista estará eivada de vício em virtude da informação distorcida.

Destarte, do texto do §1º do art. 37, do CDC, extrai-se que a mensagem publicitária apresenta potencial enganoso capaz de induzir o consumidor em erro e influir o seu comportamento econômico, que seria distinto caso

estivesse melhor informado sobre as características do produto/serviço ou de suas condições de contratação. Verifica-se, portanto, o nexo causal entre a mensagem e o comportamento viciado do consumidor (BRASIL, 1990).

Por seu turno, em pedidos de natureza difusa/coletiva no exame do nexo de causalidade entre a mensagem e a indução em erro é prescindível a comprovação do dano efetivo. Sendo primordial apenas a verificação da capacidade da mensagem de influir na vontade do consumidor pela sua desinformação ou pelo dado informado de forma equivocada, isto é, é preciso que a mensagem tenha capacidade de enganar o seu destinatário. Assim, mesmo dispensando o dano concreto, é preciso verificar o dano potencial, isto é, a efetiva potencialidade do texto publicitário de induzir em erro uma coletividade de consumidores. Portanto, conclui-se que o dano potencial é condição de ilicitude da publicidade enganosa. A redação publicitária que seja apta a induzir em erro seus destinatários não podem ser tipificada como enganosa.

3.2.1 Informações ou mensagens que podem ser objeto de controle de enganabilidade

Inicialmente, cumpre definir os tipos de informação ou mensagem que podem ser alvo de controle de enganabilidade. Extrai-se do artigo 37, §1º, do CDC, que está sujeita ao controle de enganabilidade “[...] qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário” (BRASIL, 1990, n.p.) que possa induzir o consumidor em erro acerca das características e qualidades de produto/serviço. Isso significa que não é qualquer informação que é objeto da norma, mas tão somente aquela que seja de caráter publicitário, o que remete ao próprio conceito de publicidade abordado no Tópico 1 deste artigo.

Nas palavras de Dias (2010, p. 101):

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

exercício de uma atividade profissional para divulgação de produtos e serviços ao público em geral com vistas a promover o seu consumo.

Há diversas mensagens que se encaixam no conceito de publicidade prevista no artigo 37 do CDC, assim, podem-se mencionar as estratégias de marketing como as promoções, que são levadas ao conhecimento do destinatário-consumidor por meio de embalagens de produto, panfletos, outdoor etc. Com relação às embalagens de produto, estas devem conter, como já dito, dizeres promocionais e não meramente informativos.

O acórdão abaixo, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, determinou que o fornecedor procedesse à rotulagem de todos os produtos que contivessem ou fossem produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, contendo a informação acerca da sua existência, por considerar que ao ser omitida a informação quanto à origem, propriedade e características do produto, impossibilita os consumidores da escolha de alimentos provenientes de modificação genética e outros sem essa peculiaridade. Este é o acórdão:

DIREITO DO CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DO CONSUMIDOR. AGRAVO RETIDO SOBRE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NÃO CONHECIDO. NORMAS SOBRE ROTULAGEM DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS CONTENDO OGM. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE /INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 2º DO DECRETO 4.680/03 SOBRE ROTULAGEM. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PARA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS DO CONSUMIDOR, MÉRITO. DIREITO À INFORMAÇÃO NA EMBALAGEM/ROTULO DOS PRODUTOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO ALIMENTO. LEI 11.105/02 SOBRE FISCALIZAÇÃO DE ATIVIDADES COM OGM'S E ROTULAGEM COMPULSÓRIA. ILEGALIDADE DO ART. 2º DO DECRETO 4.680/03 EFICÁCIA SUBJETIVA ERGA OMNES DA SENTENÇA. [...] 4. Merece ser mantida por seus próprios fundamentos a r.sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que a) **Bungue Alimentos S/A proceda à rotulagem de todos os produtos que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, contendo informação acerca de sua existência, independente do percentual;** (b) que a União, por meio de seus órgãos de fiscalização e controle, exija que, na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ao animal que contenham ou sejam produzidos a partir de

GM'S conste informação clara ao consumidor, no rótulo/embalagem do produto, sobre a existência de elemento transgênico, em observância ao disposto no art. 6º. III, e art. 37, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor acima do limite de impor certo do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto. [...] 8. **Produtos alimentares em percentual de transgênia abaixo de 1% (um por cento), não sendo rotulados como OGM's, induzem o consumidor em erro, pois é omitida informação quanto à origem propriedade e características, impossibilitando aos consumidores a escolha de alimentos provenientes de modificação genética e outros sem essa peculiaridade.** 9. Agravo retido não conhecido. 10. Apelações improvidas (BRASIL, 2012, p. 340, grifos nossos).

Importante frisar que, *a priori*, a embalagem do produto não deve ser considerada publicidade. Para que seja possível a incidência do conceito legal de “informação ou comunicação de caráter publicitário” é preciso que a natureza publicitária esteja presente nas mensagens ou, ainda, nos desenhos gráficos apostos à embalagem ou ao rótulo do produto, como se pode verificar nas embalagens que constam a promoção “leve mais e pague menos”, ou dos dizeres ou imagens que enalteçam a eficácia, características ou propriedades dos produtos a fim de chamar a atenção do consumidor.

Com efeito, o fornecedor tem o dever de informação acerca das características dos produtos e serviços ofertados, ressalte-se, porém, que é dever do consumidor ler as informações constantes no material publicitário, embalagem ou rótulo do produto.

Por fim, contemplando o conceito abrangente de publicidade do artigo 37, do CDC, insta mencionar a conhecida prática ilegal de *trade-dress*, situação que gera confusão no consumidor em razão da utilização de cores, imagens, marca e desenhos semelhantes às de um produto concorrente, de modo que o consumidor adquire o produto acreditando ser de outro fornecedor. Além do *productplacement* (conhecido no Brasil como *merchandising*) e a publicidade redacional. Esta tem aparência de matéria jornalística, uma vez que apresenta as características de produtos ou serviços de forma mais descritiva. Por seu turno, o *productplacement* poderá ser avaliado à luz do artigo 37 do CDC desde que a exibição de produto ou serviço durante a veiculação não esteja vinculado ao programa televisivo ou cinematográfico, mas sim a um pedido do fornecedor.

Merece também atenção a publicidade on-line, veiculada através da *internet* ou aparelhos que tenham acesso à *internet*, como celulares e *tablets*. O site é uma

das formas mais comuns de divulgação de publicidade, que pode fornecer diversos recursos para aquisição *online* de produto/serviço e esclarecimento de dúvidas. Sendo, ainda, muito comum a utilização de janelas *pop-up* (peça publicitária que se destaca na tela do usuário), banner, envio de e-mails, torpedos etc.

Ademais, novas modalidades de comunicação em informações de caráter publicitário, como *instagram*, *blogs*, publicidade *indoor* (no interior do estabelecimento, banheiros de bares e restaurantes, a exemplo), igualmente devem atender aos princípios da transparência e não abusividade.

3.2.2 A análise do potencial enganoso da mensagem publicitária

Uma vez verificado o caráter publicitário da informação ou comunicação veiculada aos consumidores, deve o julgador passar à avaliação objetiva do seu potencial enganoso. Trata-se de tarefa substancial, considerando que a licitude ou ilicitude decorre desta análise.

O termo “capaz de induzir em erro”, previsto no artigo 37, §1º, do CDC significa que a publicidade, para ser considerada ilícita, deve conter elementos suficientes para ludibriar o consumidor, levando-o à falsa percepção da realidade. Trata-se, assim, de certificar-se da existência denexo de causalidade entre a mensagem publicitária e o engano dos consumidores. É válido lembrar que, no âmbito da tutela coletiva, basta a verificação do potencial enganoso para gerar efeitos civis, mesmo que não cause o dano efetivo.

Destarte, Benjamim (2010) alerta que não se deve confundir a publicidade falsa com a enganosa, tendo em vista que aquela é apenas um tipo desta, esclarecendo ainda que a publicidade pode ser enganosa sem necessariamente conter uma informação falsa.

Há falsidade quando as informações constantes da publicidade não forem condizentes com as reais características do bem/serviço ou com as condições de contratação divulgadas. Por oportuno, é salutar falar que a regra, em publicidade, é a da inversão do ônus da prova, que fica a cargo do fornecedor.

É o que prevê as regras contidas nos artigos 36 e 38 do CDC:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos

que dão sustentação à mensagem.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem patrocina.

Nesse sentido, cabe ao fornecedor provar a veracidade ou exatidão dos dados e informações veiculadas em suas mensagens publicitárias e afastar a alegação de enganabilidade.

Entretanto, nem toda publicidade falsa é enganosa, tendo em vista que é necessário que ela seja capaz de induzir o consumidor em erro.

É correto afirmar que a publicidade, ainda que verdadeira, pode levar ao engano se apresentar ambiguidade, inexatidão ou omissão de dado essencial. Nos casos de inexatidão ou ambiguidade, a publicidade não contém necessariamente falsidade, mas o sentido de alguma de suas informações pode ocasionar confusão ou dúvida interpretação entre o público destinatário. Exemplifica Dias (2010, p. 109):

Exemplo de ambigüidade verificamos na decisão do TJRS em Ação Civil Pública envolvendo repelente cujo rótulo ostentava a informação “com piretro natural” que, embora verdadeira, na medida em que o produto continha efetivamente “piretro natural” em sua composição, o Tribunal entendeu que o adjetivo “natural” poderia levar os consumidores a crerem que o repelente era em sua integralidade natural (i.e., desprovido de componentes sintéticos). Concluiu o TJRS que a utilização da informação “piretro natural”, ainda que verdadeira, é inapropriada para produtos com algum grau de toxicidade, podendo gerar duplo sentido aos consumidores, determinando a exclusão daquela alegação do produto repelente.

Com relação à omissão de dado essencial na publicidade, trata-se de dado relativo às características dos produtos ou serviços ou de suas reais condições de contratação, o que impossibilita o consumidor de fazer as suas escolhas com plena consciência da causa. Com efeito, haverá omissão de informação relevante quando esta é apta a modificar ou redimensionar o alcance das afirmações ou indicações constantes da oferta publicitária, ou se dela resultarem condições ou limites à utilização do produto ou serviço anunciado e que não forem de qualquer forma ressalvadas no material publicitário.

Tais omissões poderão influir na escolha econômica do consumidor e por isso devem estar presentes da publicidade para evitar falsa percepção da realidade, de modo a possibilitar ao consumidor uma decisão esclarecida.

A jurisprudência pátria também entende que há inexistência passível de enganosidade a publicidade que não traz a informação clara sobre o limite temporal de promoção, bem como apresenta a informação vaga em relação à quantidade dos produtos sujeitos à oferta.

Portanto, podem ser diversos os meios de indução em erro, e o engano poderá recair sobre um mais ou elementos do produto ou serviço, como características, natureza, qualidade, origem. Todavia, para a verificação da aptidão enganosa da publicidade o julgador precisa adotar como parâmetro fundamental a figura do consumidor, pois se a publicidade não for capaz de induzi-lo em erro, por falsidade, ambiguidade ou omissão, a publicidade não poderá ser considerada enganosa, pela ausência de nexo de causalidade.

3.2.3 O consumidor como parâmetro fundamental da avaliação da ilicitude da publicidade

Segundo Dias (2010, p. 112), o conceito mais acertado de consumidor é:

[...] doutrina e jurisprudência caminham paulatinamente no sentido de adotar a figura do consumidor como aquele dotado de um mínimo de crítica e atenção, isto é, como figura de mediana perspicácia: nem esperto nem desprovido de um mínimo de discernimento.

Essa concepção enxerga o consumidor como pessoa dotada de um mínimo de discernimento e atenção, sem, todavia, deixar de reconhecer a sua efetiva posição de vulnerabilidade, oriunda da assimetria reconhecida pelo CDC, de informações existentes entre o fornecedor e o consumidor, e assim protegê-lo em situações em que se mostram necessitados de tutela à luz desse padrão de consumidor de mediana perspicácia, variável consoante o público-alvo do produto/serviço em questão.

O perfil do consumidor razoável compreende aquele que dedica um mínimo de atenção diante das informações veiculadas pelo fornecedor sobre o produto ou serviço que tem interesse. Cumpre esclarecer que essa diligência mínima não significa que o consumidor deva fazer grandes interpretações para compreender o texto publicitário ou sequer deter algum conhecimento técnico ou específico para tanto. As informações, como dispõe a legislação brasileira, devem ser claras e objetivas, não exigindo, portanto, grande esforço aos destinatários para a sua perfeita compreensão.

Com efeito, tratando-se de publicidade enganosa, a capacidade crítica e de atenção deve ser avaliada con-

siderando o público-alvo, podendo, pois, ser maior ou menor, a depender dos destinatários dos produtos ou serviços envolvidos. As diferenças entre os públicos devem ser consideradas pelo intérprete quando da análise da publicidade, a fim de realizar de forma mais justa a existência de ilicitude.

3.2.4 Da tutela coletiva e o estudo da coletividade para avaliação da ilicitude da publicidade

Especialmente em relação à tutela difusa da publicidade, cumpre ao julgador ser o intérprete da coletividade diante de determinada mensagem. Entretanto, é preciso definir e ponderar também o grupo de consumidores atingidos ou alcançados pelo texto publicitário, estudando intimamente esses destinatários, a fim de avaliar a enganosidade da publicidade.

O artigo 37 do CDC dispõe de forma não exaurida os principais aspectos da indução em erro, podendo esta recair sobre a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, preço, origem ou quaisquer outros dados pertinentes ao produto ou serviço. Estes elementos, que inegavelmente auxiliam na avaliação da enganosidade, apresentam uma valoração indicativa, a fim de direcionar a indagação do intérprete sobre a indução em erro, contudo, não elucidam como proceder a referida análise.

Quando se está diante de uma tutela coletiva, impõe-se, também, a análise de outros critérios concomitantes para constatação da aptidão objetivamente enganosa da publicidade, sendo imprescindível a investigação dos destinatários da mensagem publicitária em cujo âmbito a indução em erro deve ser avaliada. Com a proibição da publicidade enganosa busca-se evitar a turbação de uma eventual relação consumerista. Assim, reitera-se que os destinatários do texto publicitário devem ser estudados desde o primeiro momento.

Ademais, a análise da publicidade não pode ocorrer baseada tão somente em critérios gramaticais ou literais, mas sim no significado juridicamente relevante da mensagem de caráter publicitário, considerando o sentido que ela transmite para o público destinatário, isto é, sob a ótica do consumidor.

Destarte, entende-se que para análise dos danos difusos oriundos de veiculação publicitária a caracterização do destinatário da publicidade apresenta-se como elemento avaliativo essencial para a precisa e fundada verificação do efetivo potencial lesivo da publicidade. Ressalte-se que cumpre avaliar o conteúdo publicitário

à luz da vulnerabilidade do destinatário.

Com efeito, nas palavras de Lucia Dias, com o conceito de consumidor por equiparação, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pelo art. 29 do CDC: “[...] a investigação [...] dos efeitos da publicidade a partir de seus destinatários para fins de avaliação de ilicitude consiste em critério que, ademais, se harmoniza” (BRASIL, 1990, n.p.). Assim, cabe ao intérprete utilizar como referência não só os destinatários efetivos do produto, como também os indivíduos que possam ser considerados destinatários ideais da publicidade enquanto potenciais consumidores de determinado produto/serviço.

Cumprido, então, esclarecer quem seriam os consumidores por equiparação. O artigo 29, supracitado, amplia o conceito de consumidor e enquadra aqueles que são potenciais consumidores dos produtos e serviços. De modo que a defesa do consumidor ocorrerá de forma preventiva, protegendo a todos que possam estar expostos às práticas ilícitas, como a publicidade enganosa.

Portanto, em razão do disposto no artigo 29 do CDC, mesmo aqueles que não forem efetivos consumidores do produto ou serviço anunciado, contudo podem vir a sê-lo, estão preventivamente protegidos contra a publicidade enganosa, o que reforça a necessidade de investigação do destinatário da mensagem publicitária na avaliação da tutela coletiva.

Nesse desiderato, entende-se que a análise da publicidade para verificação da aptidão de enganabilidade deve atentar ao público-alvo, real e potencial, dos produtos e serviços, bem como devem ser avaliadas as características específicas dos bens/serviços veiculados na publicidade. Saliencia-se que também deve ser verificada a condição de vulnerabilidade consoante o consumidor, de modo que a avaliação da publicidade de acordo com o seu público-alvo ou potenciais consumidores aproxima o intérprete de uma avaliação mais realista.

3.2.5 A definição do caráter enganoso a partir da sondagem

Parte da doutrina considera ser imprescindível a realização de pesquisa de opinião para alcançar a real percepção do teor da mensagem publicitária pelo público-destinatário, a fim de evitar-se subjetivismo da parte do julgador no momento da análise da ilicitude.

Com efeito, segundo Dias (2010, p. 198):

As pesquisas de opinião – realizadas por institutos idôneos e especializados em interrogar

– podem ser um importante instrumento na demonstração da percepção do consumidor típico diante de uma mensagem cuja enganabilidade ou abusividade esteja sob análise, auxiliando o julgador na sua decisão. Como observam os especialistas que defendem esse meio de prova, antes mesmo de ser difundida uma campanha publicitária são realizados testes demoscópicos próprios para verificar o seu impacto persuasivo, de modo que parece lógico que o julgador percorra, a posteriori, o mesmo iter na avaliação de eventual enganabilidade da publicidade. Ademais, por meio de tais pesquisas evitar-se-ia que os órgãos julgassem de formas diversas e até mesmo contraditórias o comportamento do consumidor médio diante de uma publicidade tida como enganosa.

Há significativas vantagens na utilização de pesquisa como meio de prova, principalmente na avaliação da ilicitude no âmbito da tutela difusa/coletiva. Todavia, são grandes as dificuldades para a sua aplicação.

Dentre as primeiras, podem-se citar o tempo, o custo e a garantia do contraditório na produção da referida prova. Ademais, o tempo preciso para a maturação desse tipo de pesquisa é vultoso, de forma que em casos urgentes a prova, embora de imponente importância, não obteria seus resultados em tempo hábil, podendo, ainda, surgir em tempo processual muito longínquo da divulgação da publicidade, inclusive, sendo possível que não esteja mais nem em circulação, prejudicando, também, a resposta dos envolvidos na pesquisa.

Outra dificuldade apontada por Dias (2010) ao utilizar a técnica de pesquisa para avaliação da ilicitude consiste na estipulação ou não de percentual mínimo para caracterização da enganabilidade. Conclui que a utilização de pesquisas de opinião, embora seja lícita e efetiva para ambas as partes do processo, apresenta significativos impedimentos para a sua aplicação, de modo que, a depender do caso concreto, poderá ser inviável a sua utilização ou até mesmo descabida, caso o julgador, se valendo de uma análise mais ampla, esteja convencido de que os elementos disponíveis já motivam o seu convencimento, estando, assim, em inteiras condições de proferir o seu veredicto diante da publicidade levada à juízo.

Por fim, salienta-se que em sendo utilizado este tipo de pesquisa a sua valoração deve ocorrer de modo prudente e concomitantemente com os outros elementos presentes no caso concreto, de modo a garantir que o entendimento consolidado seja o mais idêntico à percepção dos consumidores.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PUBLICIDADE ENGANOSA

Existem diferentes espécies de responsabilidade civil, tais como subjetiva e objetiva, e ainda, contratual e extracontratual. A responsabilidade objetiva decorre da existência do nexo causal e o efetivo dano; a subjetiva, por outro lado, decorre da culpa, para então analisar a presença dos demais elementos. A responsabilidade objetiva é regra presente para os danos causados por publicidade ilícita, seja ela enganosa ou abusiva. A responsabilidade civil contratual deriva de um contrato, a extracontratual, no entanto, é aquela em que o agente infringe um dever legal.

A constatação da ilicitude da publicidade, seja na modalidade enganosa ou abusiva, enseja o dever de reparar os danos eventuais causados. O direito à indenização poderá ser cumulativo com os danos materiais e/ou morais, conforme previsto no artigo 6º do CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (BRASIL, 1990, n.p.)”.

É este dispositivo que introduz no CDC o direito à reparação dos danos sofridos pelos consumidores, inserindo no referido ordenamento a responsabilidade civil objetiva na reparação dos danos, sejam eles individuais ou coletivos. Com efeito, esclarece Nelson Nery Junior (1992, p. 212):

[...] o caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor ressalta do texto do art. 6º, VI, quando não se exige, para que haja o dever de indenizar, a ocorrência de dolo ou culpa do fornecedor. [...] Comoconsequência da locução ampla do art. 6º, VI, do Código, vê-se que qualquer que seja a natureza e origem dos danos causados ao consumidor, serão indenizáveis a título objetivo. Tanto a responsabilidade contratual quanto a aquiliana são de natureza objetiva, seja por inadimplemento contratual, acidente de consumo (fato do produto ou serviço – art.12), vício do produto ou serviço por inadequação (art. 18), derivada da publicidade enganosa ou abusiva (art. 37) etc.

Assim, a responsabilidade civil decorrente da ilicitude de publicidade é a mesma para quaisquer relações consumeristas, isto é, objetiva. Segundo o entendimento de Lucia Dias (2010), trata-se de sistemática fundada na teoria do risco do empreendimento e, por isso, requer apenas a comprovação da existência de nexo causal entre a ação ou omissão do agente (especificamente no

presente trabalho, a publicidade ilícita em razão da enganosidade) e o dano gerado, ainda que em sua potencialidade.

Não há, sequer, que se falar em má ou boa-fé do anunciante/fornecedor, tampouco a sua intenção em afrontar os dispositivos legais e princípios jurídicos quando da influência sobre a decisão do consumidor. Ademais, a avaliação da presença de dolo ou culpa do fornecedor será útil apenas como parâmetro para determinação do *quantum* indenizatório.

Assim, será sempre existente a responsabilidade civil quando da demonstração da relação de causalidade entre a publicidade e o dano causado. Destarte, na prática, o que realmente interessa são os efeitos causados pela conduta do agente ou os que podem potencialmente advir dela.

Por outro lado, o dever de reparação do fornecedor não é automático, ele surge desde que sejam verificados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, isto é, quando da demonstração da ação ou omissão, do dano causado (individual ou coletivamente) e o nexo causal entre eles, sendo necessário, todavia, como já abordado no presente trabalho, que a publicidade seja apta a induzir o consumidor em erro.

Reitera-se: caso a mensagem publicitária não possua efetiva capacidade de enganar o consumidor em erro não haverá publicidade ilícita, e, em decorrência da ausência de nexo causal, não haverá responsabilidade civil, ante a ausência de pressuposto do dano.

Imperioso mencionar que a Lei 8.078/90 não só estabelece a responsabilidade civil objetiva como regra, mas também dispõe acerca da responsabilidade solidária. É o que prevê o artigo 34, do CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (BRASIL, 1990, n.p.)”.

No entanto, o teor do referido artigo é visto pela doutrina e jurisprudência com reservas, como elucida Herman Benjamim. Em razão do texto do dispositivo, em regra, o consumidor somente pode demandar contra o anunciante da oferta, sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela impossibilidade de o consumidor demandar contra a agência e o veículo de comunicação, conforme ementa doravante transcrita:

Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula 282/STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da Súmula 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propaganda ou anúncio enganoso ou abusivo. Ausência de

responsabilidade. CDC, art. 38. Fundamentos constitucionais. I. Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II. É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III. As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, arts. 3º e 38). IV. O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante – não às empresas de comunicação (art. 3º, CDC). V. Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial (BRASIL, 2007, p. 568).

Entretanto, com o adequado apreço ao legislador e à jurisprudência tal entendimento contraria os preceitos de proteção do Código de Defesa do Consumidor e responsabilização objetiva, uma vez que se atribuindo a responsabilidade a uma das pessoas envolvidas na publicidade a presunção de solidariedade estabelecida pelo referido diploma legal é afastada.

Na precisa Lição de Tartuce (2014, p. 259):

A publicidade parece entrar no risco-proveito ou no risco do empreendimento da agência e do veículo, que devem responder solidariamente pela comunicação. Por fim, deveria ser aplicado, por analogia, o entendimento constante da Súmula 221 do STJ, que trata da responsabilidade civil dos órgãos da imprensa, in verbis “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Por tais argumentos, entendemos que, havendo uma publicidade ou oferta que causou danos aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais). Destaque-se que essa também é a posição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes.

No julgado a seguir colacionado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal responsabilizou solidariamente a montadora de automóveis e a concessionária correspondente pelas informações mal prestadas quando da veiculação das informações em meios de comunicação:

Processo civil. Propaganda enganosa. Concessionária (revenda). Montadora (fabricante). Responsabilidade solidária. Reconhecimento da legitimidade passiva. Direito do consumidor.

Descumprimento da oferta veiculada em revista de âmbito nacional. Consequências estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor. Dano moral não configurado. Nos termos do art. 30, do Código de Defesa do Consumidor, a concessionária de veículos é responsável solidária pela publicidade veiculada pela respectiva montadora em revista com circulação nacional, daí porque rejeita-se a alegação de ilegitimidade passiva. Tendo em vista que as partes debateram sobre a questão de mérito e a prova resume-se a análise dos documentos juntados pelas partes e sua subsunção às normas legais, rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva, é possível avançar e decidir o próprio mérito da demanda nos termos do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil. A publicidade enganosa, consistente em eventual discrepância entre as características do veículo anunciado e aquele que foi adquirido, não enseja a compensação por dano moral, a menos que se comprove a exposição a alguma situação capaz de atingir a integridade física e psíquica do consumidor, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 35, estabelece as consequências próprias desse inadimplemento, quais sejam o cumprimento forçado da oferta, a entrega de outro produto equivalente, ou rescisão do contrato, com as consequências financeiras daí advindas, a critério do consumidor. Recurso conhecido e provido para reconhecer a legitimidade passiva da ré, mas, no mérito, julgar improcedente o pedido contido na inicial (BRASIL, 2009, n.p.).

Noutro ponto, com relação aos danos causados, normalmente, estes são de natureza patrimonial, uma vez que o ilícito está relacionado, neste caso, à escolha econômica do consumidor por serviços ou produtos, embora em alguns casos possa haver danos morais. Insta salientar, porém, que em tutela individual não há dano decorrente pela mera circulação do texto publicitário, o que, por seu turno, ocorre na tutela coletiva, desde que constatada a enganiosidade, considerando que a mensagem publicitária consegue alcançar seus destinatários e potenciais consumidores diante da sua veiculação.

Ademais, o anunciante não pode buscar o afastamento da sua responsabilidade aduzindo que não teve a intenção de causar danos ao destinatário da publicidade, ou induzi-lo em erro, pois, não importa o que deu origem à publicidade enganosa, basta que a mensagem seja objetivamente capaz de causar enganiosidade.

Note-se que, como já explanado neste trabalho, incumbe ao fornecedor o ônus de demonstrar a veracidade ou a suficiência das informações que veicula em seu texto de caráter publicitário, no caso da publicidade

enganosa. Noutros termos, é responsabilidade do anunciante comprovar a inexistência dos efeitos nocivos decorrentes da divulgação de sua mensagem publicitária, ou ainda, que não há nexo de causalidade entre dano e a publicidade.

Ademais, conclui Tartuce (2014, p. 256-257):

Como não poderia ser diferente, em sintonia com o sistema adotado pelo CDC, a responsabilidade civil que decorre da vinculação da oferta e da publicidade é de natureza objetiva, em regra. Como ensina o Ministro Herman Benjamin, “Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil.

Nesse desiderato, entende-se que o controle da publicidade é de grande valia para a sociedade, uma vez que previne a turbação da relação de consumo, bem como coíbe a enganiosidade em face do consumidor.

4.1 DANO MORAL DIFUSO E SUA REPARAÇÃO NA PUBLICIDADE

Concebendo dano como “qualquer lesão a interesse juridicamente protegido”, há de se ressaltar que a violação dos interesses coletivos, tutelados pelo ordenamento jurídico, pode gerar consequências de ordem patrimonial e extrapatrimonial, todavia, na maioria das vezes, resulta apenas em uma lesão extrapatrimonial, a qual decorre da mera violação do direito.

Não se pode olvidar que a doutrina e a jurisprudência concebem à pessoa jurídica o direito à reparação de danos sofridos. Cumpre notar, também, que o ordenamento jurídico reconhece expressamente a possibilidade de reparação extrapatrimonial de interesses coletivos e difusos, havendo, ainda, previsão na Magna Carta, bem como na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, acerca da legitimidade do Ministério Público para propositura de Ação Civil Pública na defesa de interesses coletivos, como meio ambiente e consumidor.

São características inerentes à coletividade a sua indeterminação, em razão da tutela dos direitos difusos. Refere-se a toda uma coletividade, não tendo titularidade certa, mas sim relevância social, e a indivisibilidade

do seu objeto. O bem jurídico tutelado não é passível de divisão, e por isso a proteção de um resulta na proteção de todos.

A proteção em face da publicidade enganosa pertence aos interesses difusos. Verifica-se, assim, a indeterminabilidade dos seus destinatários, a indivisibilidade do objeto ora tutelado, e também o fato de seus sujeitos estarem ligados pela mesma circunstância de fato, que é a exposição à publicidade enganosa. Mostra-se, pois, indivisível o interesse jurídico, já que se busca preservar e proteger os consumidores nas relações pré-contratuais de consumo.

Os interesses coletivos, por seu turno, estão relacionados a uma parcela determinável ou determinada de pessoas, isto é, pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas, ao passo que os interesses difusos estão ligados a uma parcela indeterminada ou indeterminável de sujeitos.

Destarte, na publicidade ilícita pode-se realizar pedidos de obrigação de fazer (retirada da publicidade ou produto de comercialização) e de não fazer (proibição a novas publicidades). Também se pode falar na reparação do dano moral coletivo a essa categoria de consumidores, como ocorre nas ações civis públicas promovidas por uma das Promotorias de Defesa do Consumidor de Natal, em que o valor é destinado ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

Dedicando atenção para a jurisprudência pátria, em sentença proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Norte, nos autos da Ação Civil Pública 0040290-13.2009.8.20.0001, ajuizada pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Natal, o M.M. Julgador, ao entender ser enganosa a publicidade veiculada pela empresa “Lojas Insinuante Ltda”, em virtude do não cumprimento do texto publicitário veiculado, condenou a empresa ré ao ressarcimento, a título de dano moral coletivo ao consumidor, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), pelo não cumprimento da oferta anunciada, bem como à cominação da multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada novo desatendimento aos termos da oferta veiculada por informe publicitário (BRASIL, 2014).

Portanto, acerca do dano moral coletivo decorrente de publicidade ilícita, pode-se concluir que consiste na reparação a violação de interesses coletivos e difusos juridicamente protegidos, que mesmo não tendo titular determinado tem sua proteção justificada diante da relevância social que apresentam, bem assim, tem por função compensar os danos causados injustamente à coletividade em sua esfera não patrimonial, além de prevenir o mercado contra a reincidência ou a nova ocorrência de condutas similares.

5 CONCLUSÃO

Diante o exposto, afere-se que para caracterização da enganosidade de publicidade é considerado não somente o que está disposto no artigo 37 do CDC, mas também diversos elementos, a fim de que melhor se assemelhe o entendimento do julgador à percepção do consumidor-destinatário.

Contudo é preciso que a publicidade seja capaz de induzir o consumidor em erro, bem como seja estudado o alvo da publicidade, uma vez que para a caracterização da ilicitude é imprescindível a indução em erro do destinatário ao qual ela é direcionada.

Além disso, para fins de responsabilização, a análise ocorrerá de modos distintos, tendo em vista que na seara individual há que buscar aferir o induzimento em erro na escolha do consumidor, que, provavelmente, seria distinta se tivesse sido a ele informado os dados pertinentes. Todavia, caso aquela fosse a escolha do consumidor, mesmo ciente de todas as informações, em razão dos seus interesses pessoais, não será a publicidade entendida como enganosa.

Por outro lado, no âmbito coletivo é preciso apenas

que haja nexos causal entre a ilicitude e o dano causado, sem que necessariamente cause um dano concreto, pois, com a mera capacidade de indução em erro da coletividade resta configurada a ilicitude da mensagem publicitária, por ser responsabilidade objetiva, como foi discutido no presente artigo.

Portanto, a caracterização da enganosidade na publicidade a ser analisada deve ser realizada com base no Código de Defesa do Consumidor, sendo analisados os critérios determinados pela doutrina e jurisprudência em cada caso, consistindo em verificar e fundamentar a decisão a ser proferida nas peculiaridades do caso concreto e assim concluir pela responsabilização do agente causador da ilicitude, de modo a evitar que mais consumidores tenham os seus direitos lesados. Além do mais, é necessário que aconteça alteração nas normas vigentes, passando estas a conter elementos específicos para determinação da ilicitude de publicidades, já que a previsão generalista causa insegurança para as partes, pois cada juiz pode analisar o caso de acordo com seu bom senso e entendimento, mesmo que norteados pela doutrina, e isso faz com que alguns casos semelhantes possam ter desfechos diferentes.

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

BITTENCOURT, Luciana Gomes. Os limites jurídicos da publicidade nas relações de consumo brasileiras: as manipulações de desejo nas relações pré-contratuais consumeristas. **Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22585/os-limites-juridicos-da-publicidade-nas-relacoes-de-consumo-brasileiras-as-manipulacoes-de-desejo-nas-relacoes-pre-contratuais-consumeristas/3>> Acesso em: 1 maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 2 maio de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 maio de 2016.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 maio de 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. Direito do consumidor e administrativo. Ação civil pública ajuizada pelo ministério público federal para defesa dos interesses difusos do consumidor. Agravo retido sobre produção de prova pericial não conhecido: TRF-1 - ac: 471 pi 2007.40.00.000471-6, da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal, Relator: Desembargadora Selene Maria De Almeida, 24 de outubro de 2012, **Diário da Justiça Federal**, 07 de novembro de 2012, p. 340.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula 282/STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da Súmula 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor: STJ – REsp 604.172/SP, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 27 de março de 2007, **Diário da Justiça**, 21 de maio de 2007, p. 568.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo civil. Propaganda enganosa. Concessionária (revenda). Montadora (fabricante). Responsabilidade solidária. Reconhecimento da legitimidade passiva. Direito do consumidor: TJDF – Recurso 2007.01.1.123989-4 – Acórdão 353.651, da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Relator: Juiz César Loyola, **Diário da Justiça**, 05 de maio de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Ação Civil Pública: 0040290-13.2009.8.20.0001, Promotoria de Defesa do Consumidor de Natal, Relator: Juiz Airton Pinheiro, 19 de março de 2014, **Diário da Justiça**, 04 de abril de 2014.

CAMARGO, Nathalia Regina Burger de. Publicidade enganosa e abusiva e a responsabilidade civil do anunciante no código de proteção e defesa do consumidor. **OAB Santa Catarina**, 2011. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/publicidade-enganosa-e-abusiva-responsabilidade-civil-do-anunciante-no-codigo-protecao-defesa-consum/291>> Acesso em: 13 maio de 2016.

COHEN, Dorothy. Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012 apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DIAS, Lucia Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOREA, Claudia Regina Gaspar. Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor. **JurisWay**, 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9645> Acesso em: 20 maio de 2016.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade**: uma introdução. 4. ed. São Paulo: Edima, 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 1. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. O regime da publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36607/o-regime-da-publicidade-enganosa-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>> Acesso em: 20 maio de 2016.

DIREITONET, Equipe. Publicidade e responsabilização civil. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6647/Publicidade-e-responsabilizacao-civil>>. Acesso em: 13 maio de 2016.

RAMOS, Ana Carenina Pamplona Pinho. Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, Mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11209&revista_caderno=10>. Acesso em: 14 abril de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos Publicitários**. Curitiba: Juruá, 2007.

YOSHINO, André Motoharu. MP pode agir em caso de publicidade enganosa. **Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-19/ministerio-publico-agir-publicidade-enganosa>> Acesso em: 20 maio de 2016;