

“ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES À OFERTA E À PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR”

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS

Advogada e Mestranda em Direito Processual Civil - PUC-Campinas

INTRODUÇÃO

As matérias referentes à oferta e à publicidade encontram-se dispostas nos artigos 30 a 35 e 36 a 38 respectivamente, do Código de Defesa do Consumidor.

É sabido que por meio da oferta, que constitui uma manifestação unilateral de vontade, torna-se pública a intenção de contratar de alguém, assim como as principais condições que norteiam o contrato. Daí se aferir que tal expressão da vontade deve ser clara e objetiva para não dar margem a interpretações errôneas, distantes da realidade dos fatos. Isso, essencialmente com o intuito de se tutelar o direito dos consumidores, que são, quase sempre hipossuficientes¹. Sendo que, como o próprio Código de Defesa do Consumidor

⁽¹⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 123. *O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico. A vulnerabilidade,..., é conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção do mais “pobre”.*

salienta em todas as suas passagens, os consumidores, seja de forma direta ou indireta, devem ter seus direitos (que por muito tempo lhes foram denegados), garantidos de forma efetiva.

O Código de Defesa do Consumidor pátrio sofreu significativa influência dos direitos francês e norte-americano, assim como da Diretiva 84/450, da Comunidade Económica Europeia, de 10 de setembro de 1984.

A preocupação em se coibir os abusos provenientes do *marketing* deu origem a medidas jurídicas como a possibilidade de imputação de sanções penais e administrativas conforme o caso concreto, além de também ser objeto de análise do direito privado, na esfera contratual, que de forma alguma poderia prescindir de mecanismos de defesa de tal ordem.

A crescente complexidade das relações de consumo com envolvimento direto dos processos de publicidade comercial, voltados para um mercado de consumo de massa pede um estudo mais aprimorado da matéria e de suas vertentes para melhor tutelar os interesses dos consumidores.

A sociedade de consumo é direta e diariamente influenciada por mecanismos de persuasão manifestados das mais diversas formas, o que evidencia a necessidade e importância do trato sério e analítico da questão.

Tradicionalmente, tem-se que a oferta somente poderia se perfazer e ter existência e validade estando presentes os requisitos básicos, a saber: a coisa vendida e o seu preço, ser dirigida a seu destinatário, além de ter que ser firme. Na ausência de tais requisitos, haveria tão somente um *convite a fazer oferta*. Não obstante, mesmo no Direito Tradicional, não havia a exigência de que a referida oferta se manifestasse por meio de um contrato completo, sendo necessário pelo menos fixar a coisa e o preço, elementos indispensáveis ao negócio.

Como já salientado, a complexidade das relações sociais, mais precisamente, das relações de consumo, suscitava novos conceitos e interpretações da realidade, principalmente tendo-se em vista o fato de que, muitas vezes, ocorre o anonimato dos sujeitos responsáveis pelo *marketing*, o que dificulta a sua responsabilização.

Dessa forma, hodiernamente, tem se dispensado à publicidade um caráter contratual, o que altera significativamente o conceito de oferta, tudo para melhor tutelar os direitos do consumidor.

A oferta (no sentido do CDC entendida como *marketing*), analisada em uma realidade massificada da sociedade de consumo, mostra-se na maioria das vezes como coletiva, ou seja, tendo por princípio atingir o maior número possível de consumidores. Ela pode ser compreendida pela enorme variedade de métodos e instrumental utilizado para voltar os olhos do consumidor para os produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores. E, se tais técnicas forem suficientemente precisas, poderão servir de instrumento de transmissão de oferta vinculante. Não obstante, a falta de objetividade, individualidade e clareza são comumente os traços marcantes das ofertas que, em uma sociedade radicada no capitalismo selvagem, imperam. As lesões aos consumidores resultam em grande parte do descaso ao qual a temática do Direito do Consumidor foi relegada, o que tem sido paulatinamente alterado com o surgimento e desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor. A oferta e *marketing* de caráter vinculativo, desde que precisas, acabam sendo sinônimos, abrangendo a infinidade de métodos, técnicas e instrumentos que de alguma forma colocam o consumidor em contato com os produtos e serviços existentes no mercado.

Além das técnicas de indução pessoal, a oferta abrange aquelas de cunho coletivo e difuso, como as promoções de vendas e a própria publicidade, manifestações próprias do *marketing*.

Consoante lição de João Batista de Almeida², *em função do cunho protetivo que se pretendeu emprestar à nova legislação e da sedimentação jurisprudencial da matéria, o legislador acolheu integralmente a orientação pretoriana, ao dispor que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47). O que se fazia até então, com base no entendimento dos tribunais, agora terá por fundamento a própria lei.* Importa salientar, no entanto, que tal regra, não consiste em um

⁽²⁾ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.148.

dogma, uma verdade incontestável, afinal, podem ocorrer exceções, que só com a análise do caso em concreto poderão ser detectadas.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ARTIGOS 30 A 34 - REFERENTE À OFERTA:

Conforme disposto no artigo 30 CDC: *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.*

Esse dispositivo abrange todas as formas em que o *marketing* se manifesta, sendo assim aplicável, dentre outras matérias, à publicidade. Assim, essa norma faz menção não só à publicidade, mas também à informação, sendo que, importa salientar, que se por um lado toda publicidade veicula algum tipo de informação, por outro, nem toda informação é publicidade, o que demonstra a distinção entre os termos. A oferta, como instrumento de veiculação de mensagens publicitárias, engloba informação e publicidade. E nessa relação de comunicação, o emissor corresponde ao fornecedor, enquanto o consumidor faz as vezes de receptor, o destinatário da mensagem. Fica claro que o fornecedor tem papel ativo e o consumidor, papel passivo nessa relação, o que sinaliza para a necessidade de que o ordenamento jurídico tutele seus direitos como parte mais vulnerável.

O princípio da vinculação, explicitado e acolhido plenamente nesse dispositivo, requer a presença de certos requisitos, a saber: a exposição, que faz com que o consumidor tome conhecimento do que está sendo ofertado; a oferta (informação ou publicidade) que deve ser satisfatoriamente precisa, sendo que o simples exagero só irá vincular o fornecedor quando relacionado diretamente ao preço.

A necessidade de que o Direito seja adequado à sociedade para a qual foi pensado foi de indiscutível importância para os processos de publicidade comercial começarem a ser entendidos como fazendo parte do próprio mecanismo do contrato, o que deveria lhe garantir caráter público.

A vinculação tem o condão tanto de obrigar o fornecedor a contratar, quanto de inserir algo em contrato.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

Para vincular o fornecedor, a informação deve ter uma precisão satisfatória, sendo que o potencial persuasivo dependerá do destinatário da oferta.

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor siga a regra do “prometeu, cumpriu”, existem aqueles que teimam em desrespeitá-la. Diante de tal quadro, o consumidor pode optar pelo cumprimento forçado da obrigação ou a aceitação de um outro bem de consumo, ou ainda, pode escolher a rescisão e restituição do valor já pago acrescido das perdas e danos (art. 35 CDC e artigo 6º, VII do CDC).

Apesar de ser importante para a economia de mercado, a publicidade deve ter limites. A fiscalização da publicidade tem embasamento econômico, jurídico e ético. A publicidade, que nem sempre é transparente, cria expectativas na mente do consumidor, que por serem legítimas, merecem ser tuteladas. A vulnerabilidade do consumidor, expectador passivo do anúncio, a sua boa-fé etc não podem ficar à mercê de publicidades enganosas, o que demonstra a imprescindibilidade de se responsabilizar ao menos o anunciante por aquilo que veiculou. Mesmo que não determinante, é inegável a influência que a publicidade tem sobre as decisões dos consumidores, sobre seu comportamento contratual, sendo mais significativa dentre aqueles que possuem menor poder de discernimento. E tendo em vista a alarmante realidade social brasileira, verificam-se as conseqüências de tal influência (na maioria das vezes) nociva na vida das pessoas.

Como ressaltado por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³, *O consumidor é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente.*

A responsabilidade civil, centrada no princípio de que a ninguém é lícito lesar direito de outrem, não poderia ignorar a publicidade e sua potencialidade em causar danos ao consumidor.

Se antes os anúncios não eram considerados como parte do negócio, e por isso não vinculantes, após o Código de Defesa do Consumidor

⁽³⁾ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 217.

passou a gerar responsabilidades nas órbitas civil, penal e administrativa em função das necessidades reais da sociedade.

Se por um lado, o nosso ordenamento permite a veiculação de uma variedade quase que infinita de propagandas de produtos e serviços, por outro, impõe aos empresários o ônus de cumprir o que prometeram e reparar as lesões que por ventura causem aos consumidores.

Importa salientar que a oferta é determinada pelo Direito.

Espera-se que a oferta destinada à pessoa determinada ou não, seja clara, precisa, transparente, que não dê margem a equívocos, demonstrando com firmeza a intenção de obrigar-se, possuindo em seu bojo ao menos as cláusulas essenciais do contrato, como o preço e a coisa. Deve conter informações corretas, claras, precisas, ostensivas (de fácil percepção) e em língua portuguesa acerca de suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Caso não se apresente com tais características, seja devidamente analisada para que se apure a responsabilidade do ofertante. A vinculação contratual da mensagem publicitária é evidenciada principalmente nos artigos 30 e 35 do CDC.

Tendo em vista as conseqüências geradas pela publicidade, como, muitas vezes, formadora de opinião, seria absurdo tratá-la como mero convite à apresentação de ofertas.

A necessidade de criar mecanismos hábeis no sentido de responsabilizar o fornecedor e obrigá-lo a cumprir aquilo que por meio de anúncio havia prometido era óbvia. O fato de a oferta não ser vinculante fazia com que o (oblato) consumidor ficasse à mercê do fornecedor (vinculando-se ou desvinculando-se conforme a sua conveniência), gerando insegurança. Uma maior vinculação e um menor poder de liberação parece ser o melhor caminho nesse sentido.

No Brasil, o fenômeno publicitário, em momento anterior às grandes alterações advindas com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, vinha sendo tratado na fase pré-contratual, sem que lhe fosse atribuída qualquer importância ao processo formativo do consenso negocial, dessa forma, não vinculante. Hodiernamente, em nosso país, a oferta é obrigatória, o que demonstra que os contornos da oferta publicitária sofreram modificações se comparados ao tratamento clássico. Reduziu-se seu grau

mínimo de precisão ou completude, não se exigindo mais a presença de todos os elementos essenciais do contrato (como detalhes sobre a coisa e o preço).

Outras alterações, como o fato de o anúncio não precisar ser inequívoco, já que o caráter equívoco, na verdade, prejudica mais o peticitante publicitário, na medida em que não é mais considerada ineficaz, e sim, vinculante como qualquer outra. No afã de melhor tutelar os direitos do consumidor, a legislação que hoje regula as relações de consumo não traz a antiga exigência de que para vincular, a oferta deveria ser “plena, completa, íntegra”.

A oferta publicitária, pelo novo tratamento legal, até mesmo constitucional, ganhou caráter de irretratabilidade. Dessa forma, é irrevogável durante o prazo fixado pelo anunciante ou outro razoável, além da imposição de um dever genérico de informação, dentre outros.

Diante da preocupação de proteger de forma ampla os interesses do consumidor, tratado como hipossuficiente, a partir da informação prestada, ou da publicidade feita, com suficiente precisão, ou com a apresentação da oferta, surge ao consumidor um direito potestativo criado pelo fornecedor. Invertem-se os papéis e o fornecedor de dono da situação passa a ter que se sujeitar às consequências de seu ato, e, havendo aceitação pelo oblato, o contrato será entendido como concluído.

O Direito do Consumidor, ou melhor, o Direito de forma geral deve tentar acompanhar as mudanças da sociedade para a qual foi idealizado, para atender ao menos de forma satisfatória as suas expectativas. Assim, não pode adotar modelos exageradamente rígidos ou preconceituosos.

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

Esse dispositivo legal diz respeito, essencialmente, à oferta não publicitária, no que tange ao dever de informar que cabe ao fornecedor sobre certos dados do produto ou serviço. O rol salientado é apenas enumerativo. Uma das formas mais eficazes de se prevenir lesões aos direitos dos consumidores é tomar medidas de prevenção para que as mesmas não cheguem a ocorrer. Assim, a informação preambular ou pré-contratual é de

suma importância. Na hipótese de o fornecedor não observar tal dispositivo, o magistrado ou a autoridade administrativa pode determinar que proceda da forma correta, independentemente da reparação e da repressão administrativa e penal.

De forma sintética e ilustrativa, é possível enumerar os elementos que devem ser observados pela oferta e apresentação, como lembrado por Luiz Antonio Rizzato Nunes⁴;

a) informações: corretas, claras, precisas, ostensivas, em língua portuguesa;

b) sobre produtos e serviços em relação às suas: características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem;

Além dos riscos que apresentem: à saúde e a segurança do consumidor.

A informação se perfaz basicamente em dois momentos principais. O primeiro diz respeito a uma informação precedente, como a publicidade, ou a acompanha, como a embalagem, o bem de consumo. Consistiriam na informação pré-contratual e contratual respectivamente. Ambos, com a finalidade de incitar o consumidor à realização de um ato de consumo consentido.

A informação adequada, verdadeira, que se dá por meio da oferta é imprescindível para que a informação contratual seja efetivada da melhor forma possível para o consumidor. Importa salientar, que o dever de informar corretamente o consumidor não se limita ao fornecedor, abrangendo todos os agentes que ofereçam ou apresentem produtos e serviços no mercado. E, na falta de fabricante nacional, sendo o produto importado, o ônus de informar é do importador, assim como é do consumidor a responsabilidade de prestar informações sobre produto que teve a embalagem por ele violada com o intuito de venda a granel. Também deve ser ressaltado aqui, que a obrigação de informar *a posteriori* sobre riscos conhecidos apenas tardiamente é partilhada por todos os agentes econômicos, até mesmo pelos órgãos públicos (artigo 10, parágrafos 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor). Não se discute aqui

⁽⁴⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 374 e 375.

a existência ou não de boa-fé daquele que deixou de informar, salvo no caso de aferição de responsabilidade subsidiária.

Cabe salientar que a Seção II constante do CDC, trata especialmente da informação pré-contratual, enquanto a contratual encontra-se disposta no Capítulo VI desse mesmo CODEX, pelos artigos 46 e 54, parágrafos 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

A lei procurou obstar a utilização de termos vagos e/ou ambíguos, imprecisos. O direito a informações completas e precisas sobre os produtos e serviços que o consumidor deseja adquirir não deve permanecer tão somente na letra fria da lei, devem ser concretizadas do mundo real para que tal garantia seja efetivada. A escolha livre do consumidor deve estar alicerçada em informações que o possibilitem aferir se aquilo que ele desejava adquirir não foge de suas expectativas. Os enganos devem ser evitados ao máximo, e a parte que possui mais condições de informar é o fornecedor, e por isso, é ele quem deve ter esse ônus.

O esclarecimento do consumidor com relação aos produtos e serviços pelos quais esteja interessado faz parte de um movimento que procura garantir o verdadeiro exercício da cidadania para os indivíduos. Isso para que ele deixe de ser o objeto que, por muito tempo, muitas vezes, se sujeitou a ser, e passe a ser um dos principais sujeitos atuante e cômico na relação de consumo. Nesse sentido, procura-se afastar a utilização de linguagem técnica ou inacessível, admitindo-se apenas informações claras, que possam ser compreendidas pelos consumidores.

Com relação à exigência da informação ter que ser prestada em nossa língua pátria, cabe ressaltar, que no caso de não existir similar em nossa língua, o fornecedor poderá utilizar a palavra estrangeira desde que a explique na medida da necessidade. Não se proíbem informações em outra língua desde que as mesmas venham acompanhadas das respectivas traduções. Muitas vezes, a utilização de outros idiomas serve a práticas condenáveis de *marketing*. O objetivo aqui não é fazer qualquer distinção entre bens brasileiros e importados, o que se procura é informar o consumidor adequadamente acerca dos produtos e serviços existentes no mercado. Tal norma comporta exceções, como por exemplo, em relação aos estabelecimentos que só vendam produtos importados, seções de importados de grandes supermercados e magazines, em razão de demonstrarem claramente o caráter especial de tal fornecimento. Outra exceção que cabe aqui mencionar

é com relação aos nomes comerciais ou marcas registradas que não precisam estar em português.

Informações como características dos produtos e serviços; qualidades dos produtos e serviços (relativas à utilidade, designando-se o fim a que o produto ou o serviço se presta além de informações sobre como agir para obter do mesmo o melhor em termos de uso e consumo) ; quantidade em geral do produto (número de unidades existentes na embalagem, seu peso líquido com a exclusão do peso da embalagem etc); composição em regra dos produtos (principalmente alimentos de todo tipo, embalados, enlatados, naturais e derivados, as bebidas, os medicamentos etc), o preço visível dos produtos e serviços (partindo-se sempre da regra de que preço só existe à vista e que não pode ser confundido com forma de pagamento. Disso se extrai, que há a possibilidade de a forma variar, porém, o preço, deve obrigatoriamente ser o mesmo que foi estipulado à vista da compra), a garantia dos produtos e serviços, os prazos de validade dos produtos e serviços, a origem , em regra para os produtos, além dos riscos dos produtos ou serviços são imprescindíveis para o bom esclarecimento do consumidor. Tal listagem pode ser ampliada, mas nunca restringida, pois isto contrariaria determinação constante do Código de Defesa do Consumidor, devendo assim, ser afastada.

Sendo veículo de *marketing*, também a embalagem não pode ser enganosa e abusiva.

Artigo 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único - Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Consoante esse dispositivo, o fabricante e o importador possuem a obrigação de assegurar ao consumidor os componentes e peças de reposição que por ventura venha a precisar para o conserto do produto e seu necessário e constante funcionamento de forma adequada. Dessa forma, a obrigação de fornecer peças de reposição (peças e componentes) enquanto durar a fabricação do produto é do fabricante e do importador, não do simples distribuidor. Por outro lado, o dever de assistência técnica, como prestação de serviços alcança além do fabricante e do importador, também o distribuidor por ser inerente à sua atividade no mercado. Mesmo após o encerramento da

fabricação do produto ou importação, o fabricante e o importador, respectivamente, ainda têm tal dever de prestar assistência com peças e componentes, conforme prazo a ser fixado por lei, ou, na falta deste, mediante observância de prazo razoável. Em decorrência do vago sentido que se depreende da proposição “período razoável de tempo”, a solução dos casos em concreto dar-se-á caso a caso, dependendo especialmente das peculiaridades de cada um.

Artigo 33 - Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Este dispositivo, que é um complemento das regras dispostas nos artigos 30 e 31 trata de regramento específico de modalidades de promoção de vendas, tal o grau de vulnerabilidade do consumidor em relações de consumo como estas. O consumidor, muitas vezes, fica sem saber quem é o fabricante do produto, o que dificulta a tutela de seus interesses.

Importa salientar que a aquisição de produtos e serviços por telefone, reembolso postal, Internet, mala direta entre outras formas possui regulamentação especial disposta no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 34 - O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

A responsabilidade do fornecedor pelos atos dos prepostos (mesmo os autônomos) é solidária, para melhor amparar o consumidor e coibir expedientes fraudulentos. Tal regra apesar de óbvia por decorrer naturalmente da natureza jurídica dos negócios de compra e venda no mercado, pareceu ser necessária aos olhos do legislador. Isso, tendo em vista o fato de os fornecedores geralmente se negarem a assumir a responsabilidade que a eles cabia em função de atos praticados por seus prepostos ou representantes autônomos.

Artigo 35 - 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 da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.*

Esse artigo diz respeito à responsabilidade que advém da não observância do princípio da vinculação. A oferta somente estará satisfeita, quando cumprida a oferta. A força obrigatória da publicidade, de seu caráter vinculativo, fica aqui salientada. O sentido do dispositivo encontra-se no fato de que não se admite recusa. No caso de o fornecedor descumprir a oferta ou publicidade em razão de assim desejar ou não ter condições de cumprir o prometido, abrir-se-á para o consumidor (por meio da via amigável ou judicial), a possibilidade de optar pelo cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, ou alternativamente e à sua escolha, aceitar um outro bem de consumo ou prestação de serviço equivalente, com complementação do pagamento ou restituição da diferença, ou ainda, rescindir o contrato, com a restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e composição de perdas e danos (artigo 35, I a III). Cabe também lembrar que se o contrato já tiver sido concluído com a omissão de algum elemento previsto na oferta ou publicidade, o consumidor poderá exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga acrescida das perdas e danos além de danos morais. Perdas e danos devem aqui ser entendidas como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais. O dano decorreria da negativa do cumprimento da oferta (a não-entrega ou não-prestação), não se falando em vício ou defeito, sendo que em ambas as hipóteses o consumidor está na posse do produto ou no usufruto do serviço. Dessa forma, havendo recusa, significa que o produto não foi entregue e o serviço não foi prestado. Objetivou-se com tal regra, coibir de forma imediata, que o fornecedor se recuse a cumprir a oferta, apresentação e/ou publicidade como decorrência do disposto no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵, *Como instituto jurídico, a oferta não tem vida própria. É o que o Direito*

⁽⁵⁾ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1998. p. 219.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

quer que seja e determina que é. Seus contornos, requisitos, conteúdo e efeitos são fixados pelo ordenamento.

No afã de efetivamente coibir práticas enganosas lesivas ao consumidor, além das sanções administrativas, são também aplicáveis a tais casos, as sanções penais dos artigos 66 e 67 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 7º, VII, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Com relação a anúncio transmitido em desarmonia do querer do anunciante, cumpre lembrar que, como regra geral à oferta é válida da forma em que foi veiculada, salvo se o seu destinatário (tomando-se por base o homem médio) tem consciência ou de modo razoável deveria entender que era hipótese de equívoco. Afinal, não é a vontade real do anunciante que tem o condão de obrigar contratualmente, e sim, aquilo que na realidade foi transmitido publicitariamente, o objeto do anúncio. O vínculo jurídico nasce no momento em que se transmite a oferta. Aplica-se assim, a teoria da confiança, sendo que o fornecedor, que é quem controla exclusivamente a publicidade (negócio jurídico unidirecional) é quem deve arcar com os riscos de possíveis equívocos, e não o consumidor, que é a parte vulnerável da relação de consumo e que passivamente confiou no conteúdo da veiculação.

Na medida que o anunciante opta pela oferta publicitária, que é pública, de forma direta ou indireta assume os encargos que acompanham as facilidades. Mesmo porque, há de se frisar que uma das inovações do Código de Defesa do Consumidor foi justamente a elevação da responsabilidade objetiva como regra a ser aplicada às relações de consumo (com exceções previstas em lei).

A publicidade é difusa e requer cautela e garantias, tendo-se em vista que o consumidor não pode ser lesado em função da confiança que depositou na palavra do fornecedor, ou melhor, naquilo que foi transmitido. Os riscos profissionais devem ser arcados tão somente pelo fornecedor, independente de dolo ou culpa, mesmo que exista previsão contratual em contrário.

O anúncio integra a corrente de produção e comercialização de bens que traz riscos que devem ser arcados pela parte que melhores condições possui não só para detectar, mas também para corrigir e prevenir “equívocos”.

Consoante os artigos 30 e 35 do CDC, haveria uma limitação passiva do princípio na medida em que o anunciante é quem se responsabilizaria perante as obrigações oriundas da aplicação do princípio da vinculação. A

Agência e o veículo seriam então responsabilizados tão somente em casos excepcionais, quando agissem com culpa.

2. ALGUMAS QUESTÕES RELEVANTES QUE ENVOLVEM A TEMÁTICA - OFERTA E PUBLICIDADE:

A publicidade como uma manifestação social difusa pode ser hodiernamente compreendida como inerente à sociedade de consumo. Ela encontra-se especificamente disposta no Código de Defesa do Consumidor no capítulo “Da proteção contratual”, além de incluir-se nos “Direitos Básicos do Consumidor” (artigo 6º, IV), além de ser tratada no Título II, “Das Infrações Penais”, que disciplina acerca de crimes publicitários, dentre outros, e na parte administrativa e suas sanções a temática também é abordada (artigo 56, XII).

A preocupação maior da publicidade é a de divulgar de forma direta ou indireta, uma atividade econômica (envolvendo geralmente bens e serviços). Sua meta é aproximar o produto e/ou serviço do consumidor. A obrigação de o fornecedor informar adequadamente o consumidor (artigo 31 do CDC) não significa que o mesmo tenha que efetivar tal determinação por meio da publicidade. Disso se extrai, que o fornecedor não tem a obrigatoriedade de anunciar, já que isso é um direito seu que se desenvolve por sua conta e risco. Cabe ressaltar aqui, que tal regra comporta as exceções dispostas nos artigos 10, parágrafos 1º e 2º, 56, XII, e 60 do CDC, referentes à hipótese de o fornecedor ser informado tardiamente dos riscos do produto ou serviço, e no caso de contrapropaganda, respectivamente.

A publicidade pode ser controlada de três maneiras: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado, ou por meio de um sistema misto. O último sistema foi o adotado pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio.

Tendo em vista a grande variedade de direitos e aspectos que a publicidade alcança, não poderia esta deixar de ser regulada pelo direito. Na verdade, o que se pretende com isso é coibir a extrapolação da publicidade, além de expedientes reprováveis como a concorrência desleal e medidas direcionadas a enganar principalmente o consumidor. Sua concepção, de mera informação passou a ser a de instrumento de persuasão.

Apesar de os termos publicidade e propaganda serem utilizados como sinônimos no Brasil, não era essa a intenção do legislador do CDC. Consoante a etimologia, o vocábulo “propaganda” tem origem no latim “propaganda, do gerúndio de *propagare*, “coisas que devem ser propagadas”. Disso se extrai que a palavra relaciona-se a idéia de propagação de princípios, idéias, conhecimentos ou teorias. E, o termo “publicidade”, sinaliza para a qualidade do que é público ou do que é feito em público. Para diferenciar tais vocábulos, é possível destacar que enquanto se observa que a publicidade visa sempre o lucro, possui um conteúdo comercial para divulgar certo produto ou serviço, é paga e identifica seu patrocinador; a propaganda possui um fim ideológico, filosófico, político, econômico ou social, nem sempre é paga ou identifica o seu patrocinador, além de, regra geral não objetivar lucro. Cabe lembrar, que o Código de Defesa do Consumidor pátrio tratou apenas da publicidade em seus dispositivos.

A publicidade se constituirá em institucional ou promocional. A institucional (corporativa), se dá quando houver maior preocupação com a marca do que propriamente com o produto em si, e a promocional (do produto ou serviço), ocorre quando se almejam resultados rápidos com relação à entrada de produtos no mercado (demanda primária), ou ainda com relação à demanda seletiva, que procura salientar determinada marca em detrimento de outras. Assim, a diferença entre ambas reside no fim que cada uma persegue.

As duas fases da publicidade se consubstanciam no momento da criação e o da produção. Somente após a efetivação de tais fases é que a mensagem publicitária se perfaz. Sua criação pode ser artesanal (rara nos dias atuais), ou profissional. Cabe lembrar, que a criação publicitária não ocorre de súbito, sendo subdividida nos seguintes momentos: o do *briefing* (referente às informações e expectativas que o anunciante transmite à agência), e o da reflexão estratégica (que se dá no interior da agência com a colaboração de vários profissionais da área no sentido de elaborar a publicidade em conformidade com o que o cliente deseja), até que a criação ocorra verdadeiramente.

Em seguida à criação inicia-se a fase da produção da criação publicitária, e mais tarde, a execução da campanha.

O controle legal (artigo 170, V, da Constituição Federal), não tem por meta aniquilar as forças da publicidade, e sim, coibir seus abusos. Mesmo porque, consoante o artigo 5º, inciso XXXV da CF assegura que as lesões ou

ameaças a direito devem passar pela apreciação do Judiciário, o que inclui a publicidade.

Constata-se a existência de muitos diplomas legais que abordavam o tema da publicidade mesmo antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo, a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), a Lei nº 4.680/65, o Decreto nº 57.960/66, o Código de Auto-Regulamentação Publicitária de 1978, a Lei nº 4.728/65, a Lei nº 5.768/71, a Lei nº 6.463/77, o próprio Código Penal em seu artigo 283, a Lei das Contravenções Penais (artigos 42 e 20), a Lei de Economia Popular (artigo 3º, VII), a Lei nº 7.802/89 (artigos 7º e 8º), entre outros. Tais dispositivos, desde que não conflitem com o Código de Defesa do Consumidor pátrio continuam sendo aplicáveis às relações de consumo.

Não foram tão somente as relações contratuais de consumo objeto de preocupação do legislador consumerista. A tutela do consumidor abrange também a fase de expectativa de consumo (da persuasão), momento que precede as relações contratuais de consumo, ou melhor, a sua efetivação.

Vários são os princípios que norteiam e fundamentam a regulamentação das relações de consumo. São eles: o princípio da identificação da publicidade (artigo 36 do CDC), o princípio da vinculação contratual da publicidade (artigos 30 e 35 do CDC), o princípio da veracidade da publicidade (artigo 37, parágrafo 1º do CDC), o princípio da não abusividade da publicidade (artigo 37, parágrafo 2º), o princípio da inversão do ônus da prova (artigo 38 do CDC), o princípio da transparência da fundamentação da publicidade (artigo 36, parágrafo único), e o princípio da correção do desvio publicitário (artigo 56, XII).

3. APONTAMENTOS SOBRE OS ARTIGOS 36 A 38 - CONCERNENTES À PUBLICIDADE:

Artigo 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.

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

Importa salientar que esse artigo foi inspirado no Direito Francês e que o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária tratou o assunto de forma similar (artigos 9º e 28).

Têm-se como lícitas tão somente as mensagens publicitárias que puderem ser imediatamente detectadas pelo consumidor de forma clara. Publicidades dúbias, na maioria das vezes, só possuem um objetivo : ludibriar seu destinatário utilizando-se de sua boa-fé. Publicidades clandestinas ou subliminares devem ser tratadas com severidade de forma a reprimi-las, tendo-se em vista o seu alto potencial lesivo. Dessa forma, o anúncio publicitário deve ser caracterizado pela clareza e possibilidade de identificação imediata do consumidor, vedando-se claramente a publicidade clandestina.

Mesmo com todo esse esforço demonstrado no sentido de expurgar os mais variados expedientes contrários ao direito, problemas como o relativo ao *merchandising* (a difusão de produtos introduzidos de forma indireta em programas e filmes) e o *teaser* (anúncio do anúncio), teimam em se manifestar. Seria uma forma de mascarar mensagens com o intuito de aliciar o consumidor a procurar por determinados produtos ou serviços de forma traiçoeira. Não obstante não haver vedação explícita do merchandising, não há dúvidas de que seus malefícios são de grande monta. Eles deveriam se adaptar aos princípios do Código como o da identificação da mensagem, transmitindo durante os créditos o aviso de que durante o programa haverá a divulgação de produtos ou serviços.

Uma outra prática publicitária é o *teaser*, que tem por finalidade preparar o mercado para a verdadeira campanha publicitária, anunciando um outro anúncio, procurando trabalhar sempre com a curiosidade do consumidor. O Código de Auto-Regulamentação Publicitária trata desse assunto em seu artigo 9º, parágrafo único. Falta a ele imediatidade, o que fere especialmente o princípio da identificação da publicidade, já que o *teaser*, na verdade consiste em uma parte da mensagem publicitária.

A liberdade de o fornecedor poder anunciar com amplitude seus produtos e serviços vem carregada da obrigação de agir com responsabilidade e de forma fundamentada.

Importa ressaltar que o ônus de dar acesso cabe ao fornecedor e não à agência, que só como exceção responde nas hipóteses de publicidade enganosa. A não observância do princípio da Transparência da Fundamentação dá azo à responsabilização civil (responsabilização independente de boa ou má

fê do anunciante), administrativa e penal (artigo 69, delito doloso, havendo necessidade de se aferir sobre a vontade do agente).

Artigo 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva

Parágrafo 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.

Parágrafo 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite de deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Parágrafo 3º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Parágrafo 4º - Vetado - Quando o fornecedor de produtos ou serviços se utilizar de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contra-propaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente.

Este dispositivo tem por fim coibir a publicidade enganosa ou abusiva de forma abrangente e flexível. Assim, não se trata de vedar a publicidade, mas somente às maculadas por expedientes enganosos ou abusivos. A publicidade enganosa encontra-se também disposta nos artigos 20, 23, 24, 25, 26, 27 entre outros do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

O tratamento dispensado tradicionalmente pelo direito ao erro (CC, artigos 86 a 91) e o dolo (CC, artigos 97), e o princípio da boa-fê não era suficiente para compor todas as questões crescentemente complexas acerca

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

do tema da publicidade enganosa. As alterações legais para tentar resolver tal problemática eram imprescindíveis.

Cabe frisar aqui uma diferenciação que deve ser feita entre publicidade enganosa e falsa. A publicidade falsa é um tipo de publicidade enganosa, e uma publicidade enganosa não necessariamente será falsa. Isso se dá porque não se pode afirmar que um enunciado publicitário seja completamente verdadeiro ou falso. Uma publicidade pode ser correta, porém enganosa. A questão toda está centrada no fato de que a publicidade é fruto do potencial criativo de pessoas que utilizam os mais variados recursos (artísticos ou não), para convencer outras.

A publicidade enganosa⁶ pode se dar de forma comissiva ou omissiva. Enquanto no primeiro tipo, o fornecedor faz alguma afirmação, presta informações capazes de induzir o consumidor a acreditar em algo que não condiz com a realidade, levando-o a erro, no tipo omissivo ele deixa de transmitir algo necessário para a boa compreensão da mensagem publicitária, o que acarreta uma análise errônea da realidade por parte do consumidor. Assim, no tipo omissivo, o que induz o consumidor a erro é a falta de informações imprescindíveis para a boa compreensão da publicidade (como por exemplo, frisar que o anúncio está transmitindo tão somente uma imitação ou uma demonstração simulada) e que por isso são obrigatórias. Ambas são repudiadas pelo Código de Defesa do Consumidor por influenciarem o consumidor de forma a prejudicá-lo.

A falsidade que macula a publicidade pode ser total (todas as informações são falsas) ou parcial (nem todas as informações são falsas, mas continua sendo enganosa).

Diferentemente do campo penal, não se perquire aqui, acerca do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) para reprimir seu comportamento desvirtuado na análise da publicidade enganosa. Para o Código de Defesa do

⁽⁶⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.442. Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos. Logo, 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.

Consumidor o que mais importa é tutelar de forma ampla, os interesses do consumidor.

Não se exige que o consumidor tenha sido enganado concretamente pela publicidade enganosa, sendo necessário apenas, que se afira sobre a potencialidade, a capacidade de leva-lo a erro.

A respeito da publicidade enganosa (e sua efetiva indução), em outros diplomas legais, cabe lembrar do artigo 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 (Lei da Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo).

Ao analisar a potencialidade de a mensagem publicitária induzir a erro, procurar-se-á tutelar de forma especial o consumidor mais vulnerável, verificando o anúncio sobre o prisma objetivo (conteúdo), e subjetivo (com relação ao tipo de consumidor que pode ou foi prejudicado pelo anúncio).

A mensagem deve ser analisada de forma contextual, ampla, e não meramente tendo-se em vista a sua literalidade.

O exagero publicitário, atualmente, tem recebido tratamento similar ao das outras formas publicitárias de enganar. Somente em alguns casos onde o exagero for notoriamente inofensivo, incapaz de medição objetiva (tanto que os clientes nem acreditam), com falta de precisão suficiente, que o fornecedor poderá afastar sua responsabilidade. Isso, se, de qualquer forma, mesmo sendo impreciso, não for capaz de levar o consumidor a erro ou abusar dos valores sociais, já que se isso ocorrer, o fornecedor não poderá se valer de tal defesa.

Anúncios dúbios, que admitem várias interpretações, são considerados enganosos em razão de sua potencialidade de levar o consumidor a erro.

No tratamento da temática relativa à publicidade, não se pode deixar de salientar que é necessário que se analise tanto as alegações explícitas como as implícitas. Afinal, tanto uma quanto a outra podem ser enganosas e lesionar direitos dos consumidores.

Dados essenciais gravitam geralmente em torno de informações acerca de adequação, preço e segurança, além de outros, dependendo do caso em concreto.

Assim como ocorre na oferta, onde se exige que a mesma veiculada em nossa língua pátria, se dá com a publicidade. Objetiva-se com essa obrigatoriedade, a melhor observância do princípio da veracidade.

No que tange à publicidade abusiva, há de se salientar que da forma como foi tratada pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio, trata-se de uma inovação. O artigo 37, parágrafo 2º do CDC exemplifica algumas espécies de publicidade abusiva, sendo que em todas está presente o desrespeito a valores da sociedade, mesmo que nem sempre ocorra prejuízo econômico ao consumidor, o que a diferencia da publicidade enganosa. Também cabe lembrar, que pode ocorrer uma publicidade ser abusiva mas não enganosa, assim, mesmo dentro do requisito de veracidade, pode acabar sendo proibida em decorrência de prejudicar os interesses dos consumidores.

A publicidade abusiva encontra semelhanças com a concorrência desleal no âmbito do direito do consumidor. O conceito de publicidade enganosa ainda não está solidificado, costuma-se dizer que o que não for enganoso é abusivo, ou então que abusivo seria aquilo que fosse ofensivo à ordem pública, o que não é ético, entre outras considerações.

São exemplos de publicidade abusiva: a discriminatória, a exploradora do medo ou superstição, a que incite à violência, a publicidade antiambiental, a publicidade que induz à insegurança, a publicidade dirigida aos hipossuficientes (exemplo: idosos e crianças), entre outros.

No que tange à publicidade comparativa, deve-se salientar que a mesma não foi proibida pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio. Desta se exige a observância, assim como para qualquer outra modalidade de publicidade, principalmente, dos princípios publicitários básicos da não-abusividade e da veracidade.

A não proibição no sentido de que a publicidade comparativa seja veiculada não significa que seja permitido que o anunciante ofenda pessoalmente seu concorrente de forma leviana, sem provas. Assim, a comparação deve gravitar em torno de elementos essenciais e verificáveis com exatidão, com objetividade. Isso, para que essa modalidade de publicidade não se torne mais um instrumento para que o abuso e a enganosidade sejam perpetrados nesse meio.

A publicidade referente a produtos como o tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, em decorrência do grande potencial de lesividade para toda a sociedade devem ser especialmente analisadas. Em decorrência disso, tais matérias foram tratadas constitucionalmente (artigo 220, parágrafo 3º, II; parágrafo 4º), e pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 102, *caput*, do CDC), quando o tratamento administrativo dessa for

insatisfatório e necessitar de atuação mais rigorosa do Poder Público. Aqui deve ser lembrado que uma publicidade, mesmo quando dentro dos parâmetros da Lei nº 9.294/96 e do Decreto nº 2.018, de 1.10.96, pode vir a ser considerada enganosa ou abusiva por não observar devidamente os princípios constitucionais ou consumeristas.

A responsabilidade pelos desvios da publicidade normalmente recai sobre o anunciante ou a quem o anúncio beneficia, e em casos excepcionais, pode ter que ser arcada pela agência e pelo próprio veículo.

Enquanto a responsabilidade do anunciante, civilmente analisada, é objetiva em relação à publicidade enganosa e abusiva, a agência e o veículo serão responsabilizados apenas quando atuarem com dolo ou culpa.

A contrapropaganda, (que deveria ser denominada de contrapublicidade), tem como finalidade combater a publicidade enganosa ou abusiva revelando a realidade do que foi veiculado (a falsa imagem), mesmo que esta já não esteja mais sendo veiculada. Afinal, mesmo após a cessação de sua veiculação, ela continua surtindo efeitos, na medida em que passa a fazer parte da memória das pessoas, ou até mesmo de seus arquivos pessoais (na hipótese de tratar-se da mídia impressa, como jornais, malas diretas etc), para eventual utilização em compra futura. A contrapropaganda encontra previsão expressa, como pena no artigo 56, inciso XII do CDC c/c artigo 60 do mesmo CODEX.

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

Este artigo refere-se ao princípio obrigatório da inversão do ônus da prova na publicidade. Importa lembrar, que o tema da inversão do ônus da prova também é tratado no artigo 6º, VIII⁷, do Código de Defesa do Consumidor.

É desnecessário que o magistrado se manifeste sobre a inversão do ônus da prova de que trata o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor,

⁽⁷⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código do Consumidor: direito material (artigos 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.p. 122-123. ...na hipótese do artigo 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

já que a aplicação da mesma independe de sua vontade. Procura-se com isso, que a publicidade observe os princípios da veracidade e da correção entre outros que objetivam tutelar os interesses do consumidor resguardando-o de esquemas abusivos, mensagens dúbias e mal fundamentadas. Assim, o ônus de provar que a mensagem publicitária observou os princípios da veracidade (não-enganosidade) e correção (não-abusividade) ficam ao encargo do patrocinador da publicidade, o fornecedor-anunciante. No que tange à agência e ao veículo, ambos, arcarão também com o ônus de provar a veracidade e a correção da informação ou comunicação publicitária nas hipóteses em que forem responsáveis solidários do anunciante.

Em função de tal dispositivo, afasta-se do consumidor a incumbência de provar que as afirmações feitas na mensagem publicitária faltam com a verdade. Consoante se depreende da leitura do artigo 36 do CDC, a determinação de obrigação de guarda dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem pretende não só proteger o consumidor contra anúncios enganosos e abusivos, como também proteger o anunciante, no caso de o mesmo ter que provar o que fala e apresenta na publicidade. Assim, se o fornecedor não cumprir tal regra, terá grande dificuldade de se desincumbir do ônus de provar a veracidade e a correção da mensagem publicitária da qual é responsável.

CONCLUSÃO

Em razão da crescente complexidade das relações humanas, e, mais precisamente, das relações de consumo, o tratamento legal dispensado à oferta e publicidade (Código Civil, art. 1.087, e Código Comercial, artigos. 121 e s.) precisou ser revisto e alterado no afã de que ficasse mais adequado à nova realidade social.

O consumidor brasileiro necessitava com urgência dispor de tutela normativa efetiva para tutelar seus interesses. O Código de Defesa do Consumidor, apesar de todos os questionamentos que suscita, representa, sem dúvida alguma, um grande avanço e um desafio de nossa era. O CDC pátrio tutela não apenas o consumidor efetivo, mas também o consumidor potencial, propenso a consumir ou exposto à oferta, como se extrai da leitura de seu artigo 29.

O fato de a publicidade deixar de ter um caráter simplesmente informativo para influir na vida do cidadão de forma tão significativa a ponto de alterar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamento demonstra que a mesma não pode ser relegada ao descaso pelo Direito. Ela consiste hodiernamente em um mecanismo com grande capacidade de influenciar o consumidor nas relações de consumo, especialmente nos momentos do convencimento e de decisão de consumir. E, todos os dias, o consumidor é induzido a consumir, envolvido pelas tramas pegajosas da publicidade de massa, muitas vezes sem ao menos ter consciência disso, de sua vulnerabilidade, suscetibilidade, diante, principalmente dos grandes meios de comunicação com “seus mundos de fantasia” vendidos em “leves parcelas” que o ludibriam de forma tão profunda que chegam a modificar suas escolhas.

Consoante dispositivo legal, aquele que detém o monopólio da informação tem o ônus de informar, sendo que este dever de informar do fornecedor é absoluto, como pode ser constatado pela leitura do artigo 6º, III do CDC. É o fornecedor quem faz a oferta na intenção de apresentar, lançar, divulgar ou vender um produto ou serviço. Em decorrência disso foi normatizado que além de responsável pela oferta feita de forma direta, o fornecedor responde de forma solidária por aquela feita por seus empregados, agentes e representantes, inclusive os autônomos, que em nome dele atuaram (conforme artigo 34 do CDC).

Em se tratando de relações de consumo, a oferta consiste em todas as propostas de fornecimento de produto ou serviço, por meio de apresentação, informação ou publicidade no intuito de criar interesse no consumidor em potencial a ponto de torná-lo cliente. E, a publicidade é um instrumento utilizado para que a oferta seja veiculada, sujeitando-se por isso, aos mesmos requisitos e regime de responsabilização (artigos 30, 35, 36, 37 e 38 do Código de Defesa do Consumidor). Todo tipo de publicidade deve respeitar a dignidade humana de forma global, a escolha livre e consciente dos indivíduos, pois seria absurdo que o Direito admitisse qualquer tipo de atividade contrária a essa determinação. Na medida em que a oferta atua em momento anterior à concretização do ato de consumo, influenciando o consumidor, é imprescindível que as informações veiculadas sejam completas e adequadas para que o consumidor tenha seu direito de livre escolha verdadeiramente assegurado.

Tendo-se em vista todo o mal, seja potencial ou efetivo, que a publicidade enganosa ou abusiva pode vir a causar ou causa aos consumidores, coibi-la é medida que se impõe. Mesmo porque, não se pode fugir do princípio

"ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS CONCERNENTES...

que norteia todo o Código de Defesa do Consumidor como subsistema autônomo, que é o de tutelar de forma ampla os interesses do consumidor tido como hipossuficiente nas relações de consumo.

BIBLIOGRAFIA

GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor; Comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A Publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor: Importante capítulo do direito econômico*. In: Defesa do Consumidor: textos básicos. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987.

BULGARELLI, Waldirio. *Publicidade enganosa: aspectos da regulamentação legal*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 24, nº 58, abr./jun. 1985.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.