

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Victor Renan Julião Nicolich

**A TUTELA DA INFORMAÇÃO ADEQUADA:
A responsabilidade civil do fornecedor por publicidades contendo erros**

Juiz de Fora

2014

Victor Renan Julião Nicolich

**A TUTELA DA INFORMAÇÃO ADEQUADA:
A responsabilidade civil do fornecedor por publicidades contendo erros**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração: Direito sob a orientação do Prof. Me. Plínio Lacerda Martins.

**Juiz de Fora
2014**

Victor Renan Julião Nicolich

**A TUTELA DA INFORMAÇÃO ADEQUADA:
A responsabilidade civil do fornecedor por publicidades contendo erros**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração: Direito sob a orientação do Prof. Me. Plínio Lacerda Martins.

Aprovada em 11 de dezembro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Me. Plínio Lacerda Martins - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Abdalla Daniel Curi
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Me. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Primeiramente, venho dedicar este trabalho ao meu Deus, que sempre esteve comigo, ao meu lado, me fazendo mais que vencedor todos os dias. Toda honra e toda glória à razão de minha vida.

Ao meu pai, *in memoriam*, que partiu para os braços de Deus quando eu ainda era muito pequeno, mas cujo trabalho, dedicação, esforços e amor possibilitaram que hoje eu chegasse até aqui e fosse quem eu sou.

À minha mãe, que, durante todos estes anos, lutou com suas próprias mãos por mim e por minha família, zelando por cada um de nós e, principalmente, nos amando. Você me ensinou em todos estes anos muito mais do que possa imaginar. Não posso deixar de te agradecer, por tudo!

Ao meu irmão, que, acima de tudo, me ensinou a viver. Nele, apesar das circunstâncias desfavoráveis desta vida, encontrei um verdadeiro amigo, que eu sinceramente amo. Carlos, desejo muita felicidade e que a paz do nosso Senhor esteja sempre em seu coração.

Aos meus verdadeiros amigos e irmãos em Cristo que percorreram esta faculdade comigo, pessoas estas que contribuíram em muito para minha formação como aplicador do Direito e, muito mais ainda, como pessoa. Meus mais profundos e sinceros agradecimentos. Ainda que a distância venha anos separar, vocês sempre serão especiais e importantes para mim! Em ordem alfabética: Arthur, Ewerton, Jéssica, Luana, Nathália e Tarcizo.

Ao meu grande amigo e irmão Delanne, *in memoriam*, que partiu tão cedo, mas nos marcou de uma forma muito especial. Feliz mesmo por ter caminhado ao seu lado por todos estes anos... Até breve, meu amigo.

Aos meus queridos amigos Rodrigo e Luiz Henrique, que me deram todo o suporte, compreensão e me ensinaram muito, em todos os aspectos. Acho que não poderia chamá-los de outra forma, senão de amigos. Agradeço mesmo, por tudo.

Aos meus irmãos em Cristo, que se tornaram uma verdadeira família para mim. Agradeço de todo o meu coração pelos conselhos, orações e por todos os momentos que passamos juntos. Não me arrisco a nomeá-los, pois poderia me esquecer de algum de vocês, o que seria total injustiça. Mas fica aqui aquele meu forte abraço!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por seu suporte e sabedoria, que em muito me ajudaram a concluir o presente trabalho e vencer em mais uma etapa de minha vida. De igual forma, agradeço as orações feitas por todos os meus irmãos e familiares, pois esta vitória alcançada não foi só minha, foi nossa!

Mas de forma especial quero tributar meus agradecimentos ao meu querido professor e orientador Plínio, que em muito contribuiu ao nortear meus estudos para desenvolver o presente trabalho. Seu auxílio e ajuda foram sobremaneira fundamentais em todas as etapas! Ainda, ao poder trabalhar mais de perto com você, pude perceber o quão rico em conhecimento é e, da mesma forma, humilde e prestativo. Agradeço pela oportunidade e por toda ajuda conferida para a realização deste trabalho.

“Certamente que a bondade e a misericórdia me seguirão todos os dias da minha vida; e habitarei na casa do Senhor por longos dias.” Salmos 23:6

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo fazer uma reflexão acerca da responsabilidade dos fornecedores quanto aos erros de publicidade por eles veiculada. Para tanto, partindo-se da leitura dos dispositivos pertinentes à matéria, constantes no Código de Defesa do Consumidor, bem como dos princípios que o norteiam, avaliar-se-á se a isenção de medidas cíveis punitivas mostra-se correta. Vez que há flagrante violação de direitos do consumidor e inobservância do dever de clareza, veracidade e vinculação à oferta publicitária, o Estado tem o dever legal de coibir tais infrações. Portanto, à luz da responsabilidade objetiva e da Teoria do Risco e do dever de proteção ao consumidor e à ordem econômica, conclui-se que é cabível e devida a punição do fornecedor ofertante de publicidades que contenham erros, tendo por base os dispostos nos arts. 30 e 35, do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor – Publicidade – Erro – Responsabilidade – Teoria do Risco.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to reflect about the responsibility of suppliers regarding advertising mistakes they conveyed. Therefore, starting from the reading of the relevant provisions to the matters contained in the Consumer Protection Code, and the principles that guide, an assessment going to be made to know if the exemption of punitive civil measures proves to be correct. Since there is flagrant violation of consumer rights and breach of the duty of clarity, truthfulness and linkage to the advertising offer, the State has a legal duty to restrain such violations. So in light of strict liability and Risk Theory and protection duty of the consumer and the economic order, we conclude is appropriate and due the punishment of the advertiser supplier of advertising containing errors, based on the willing of arts. 30 and 35 of the Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Consumer - Advertising - Error - Responsibility - Theory of Risk.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A PUBLICIDADE	13
2.1	CONCEITO.....	13
2.2	A PRÁTICA DA PUBLICIDADE.....	14
2.3	EFEITOS DA PUBLICIDADE NO CONSUMIDOR.....	15
2.4	PUBLICIDADE E PROPAGANDA.....	17
2.5	A OFERTA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROPOSTA DO CÓDIGO CIVIL.....	18
3	OS VÍCIOS DE PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	20
3.1	DEVERES DO FORNECEDOR-ANUNCIANTE.....	20
3.2	LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DE PUBLICIDADE.....	21
3.3	ESPÉCIES DE VÍCIOS DE PUBLICIDADE.....	22
3.3.1	A publicidade enganosa	22
3.3.2	A publicidade abusiva	23
3.3.3	O erro de publicidade	24
3.4	A RESPONSABILIDADE DO OFERTANTE QUANTO AOS VÍCIOS DE PUBLICIDADE.....	25
4	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PUBLICIDADE	29
4.1	PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	30
4.1.1	Princípio da Vulnerabilidade	30
4.1.2	Princípio da transparência	30
4.1.3	Princípio da boa-fé	31
4.2	PRINCÍPIOS PRÓPRIOS À PUBLICIDADE.....	31
4.2.1	Princípio da identificação da publicidade	31
4.2.2	Princípio da vinculação contratual da publicidade	32
4.2.3	Princípio da veracidade	32
4.3	IMPLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS À PUBLICIDADE.....	33
5	DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NOS ERROS DE PUBLICIDADE	35
5.1	DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FORNECEDOR.....	35
5.2	DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ÓRGÃO PUBLICITÁRIO.....	37
5.3	DAS ESCUSAS DO FORNECEDOR.....	39

5.3.1	Da boa-fé objetiva do consumidor.....	39
5.3.2	Da ausência de enriquecimento ilícito.....	41
5.4	DANOS GERADOS ATRAVÉS DO ERRO DE PUBLICIDADE.....	42
6	DA RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR ANUNCIANTE.....	44
6.1	DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIZAÇÃO.....	44
6.2	DA FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ERRO DE PUBLICIDADE.....	44
6.3	DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PUBLICITÁRIO.....	46
6.4	DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR OFERTANTE.....	46
	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Vive-se hoje numa sociedade marcada pelo consumismo, na qual os cidadãos são impulsionados pelo desejo de adquirir e as empresas, indústrias e comércios se digladiam em busca de serem eleitas pelo público e conquistar seu tão sonhado espaço no mercado. Para tanto, na era da informação vivenciada atualmente, o veículo mais significativo nesta epopeia é a *publicidade*, através da qual cada fornecedor expõe suas ofertas e, desta forma, se faz presente no mercado, sendo contemplado pela massa consumerista.

A publicidade, assim, além de ter papel fundamental para o escoamento do produto em destaque, muito mais do que isto, tem o condão de estabelecer clientela para o próprio fornecedor e, indiretamente, fomentar a venda dos demais produtos. Não obstante, há de se elucidar que as boas ofertas também têm o condão de atrair o público para o estabelecimento do vendedor, quer seja físico, quer seja virtual, expondo o então cliente a diversos outros anúncios e sujeitando-o a eventuais compras (*publicidade ricochete*).

Entretanto, ao lançarem a publicidade, comumente os estabelecimentos e fornecedores cometem erros em seus informes que alteram significativamente o valor dos produtos ora ofertados. E muitas vezes, constatados os erros, os fornecedores não movem o aparato necessário para retificar as ofertas, em tempo hábil a não iludir os consumidores e a não expô-los aos demais anúncios do estabelecimento.

Diante de tais casos, a doutrina e os tribunais predominantemente entendem que o fornecedor, por em se tratar de um caso de erro grosseiro, não ficaria sujeito à oferta por ele proposta, não sendo obrigado a vender seu produto pelo preço anunciado que atraiu o consumidor (posição esta que contraria os próprios dispostos legais do Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seus arts. 30 e *ss.*).

Contudo, tento por base a disposição legalmente positivada acerca do tema, considerando-se também os princípios norteadores das relações consumeristas e do Código Civil (CC), não estariam os tribunais e a doutrina majoritária equivocados ao eximir o fornecedor e os anunciantes de arcar com a ônus causado a partir dos erros por eles mesmos gerados? O presente trabalho tem por finalidade não só responder a esta pergunta, como também apontar qual seria a mais eficiente e equânime forma de responsabilização do

fornecedor frente aos consumidores alvejados pela oferta embutida de erros, bem como quais seriam as hipóteses de exclusão desta responsabilidade.

A presente problemática mostra-se relevante vez que tange toda a coletividade hodierna; vez que o homem que vive em sociedade é um consumidor nato e que, não obstante, é constantemente bombardeado pela publicidade manifesta em suas diversas formas de veiculação, qualquer cidadão é vítima em potencial do fato-problema aqui tratado. Portanto, dada a insurgente necessidade de tutela jurídica no caso em apresso, nada mais essencial do que a correta aplicação do Direito, pautada, sobretudo, nos princípios vetores consagrados para interpretação/aplicação normativa e na legislação pertinente posta, a fim de que haja uma satisfatória e idônea concretização do Ordenamento Jurídico pátrio.

Para alcançar seu objetivo, o estudo fundar-se-á na análise dos principais institutos concernentes ao tema proposto, através da leitura do Ordenamento, da doutrina e da jurisprudência. Estabelecida a exposição, far-se-á a devida articulação dos conceitos obtidos, considerando-se como norte o princípio da boa-fé do consumidor, meio pelo qual este torna-se imune a qualquer pressuposição de inidoneidade, incumbindo o dever de se provar a má-fé, caso existente. Com isso, apontar-se-á que direção o aplicador do Direito deve tomar diante do conflito aqui discutido, no caso concreto.

2 A PUBLICIDADE

2.1 CONCEITO

Como bem se espera de um códex normativo, o Código de Defesa do Consumidor não traz em seu texto uma definição do que é a publicidade, restando à doutrina estabelecer seu conceito. Posto isto, cabe primeiramente expor a conceituação universalmente acatada, ainda que sucinta, referida por João M. Loureiro (1985, p. 14): “[...] o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço.”¹

Deste conceito, pode-se extrair objetivamente duas características essenciais à publicidade, quais sejam: a *informação*, vez que o meio publicitário tem o condão precípua de dizer a um número indeterminado de pessoas que o bem ou serviço existe, tem determinadas características e está disponível sob um certo valor; e o *convencimento à adesão*, posto que através das informações o anunciante busca persuadir o indivíduo a adquirir o que está sendo ofertado.

Não obstante tal conceito ser minimamente satisfatório, vez que atribui à publicidade seu caráter de tornar público o bem ou serviço exposto, assim como de expô-lo à venda no mercado (destacando-se o intuito pecuniário), para o presente estudo faz-se necessário também trazer o conceito à luz do entendimento de Eugênio Malanga (1987, p. 11), o qual dá especial destaque ao objetivo final da publicidade: “[...] conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente”.²

Tal conceituação peca por identificar o lucro como objetivo fim comum a toda publicidade, ao passo que há instituições que, muito embora sejam identificadas como fornecedores de produtos ou serviços a consumidores (associações civis, por exemplo), não possuem o intuito lucrativo nas atividades desenvolvidas. Entretanto, a definição trazida pelo autor merece destaque por enfatizar a relação entre o ofertante do anúncio publicitário e o cliente. Conforme descrito, a publicidade também tem por objetivo *angariar novos clientes ou manter a clientela*; além de vender o produto ou serviço ofertado, através de boas ofertas (custo-benefício, via de regra) o fornecedor atrai para si novos clientes ou cria fidelidade nos que já os são; com constantes ofertas a preços baixos, por exemplo, é comum rotular e identificar todo o estabelecimento como sendo *um local bom para se comprar* (ex.: Lojas

Americanas – *Grandes Marcas, Preços Baixos, Todos os Dias*; Walmart – *Preço Baixo Todo Dia*).

Posto isto, somando-se a essência dos conceitos apresentados pela doutrina, pode-se concluir com segurança, para os fins do presente estudo, que a publicidade consiste *no conjunto de meios utilizados para informar o público sobre a existência, características e o preço de um determinado bem ou serviço exposto no mercado, a fim de convencer o consumidor a adquiri-lo e também criar ou estreitar o vínculo entre o ofertante e seu cliente em potencial, gerando ou mantendo a relação de clientela (fidelidade ao ofertante)*.

2.2 A PRÁTICA DA PUBLICIDADE

Definido o conceito, parte-se agora para a aplicação prática da publicidade hodierna. Admite-se ser impossível estabelecer descrição exauriente de todos os meios de publicidade existentes ou analisá-los, não sendo também estes os objetivos do presente estudo; portanto, far-se-á análise geral do funcionamento da relação publicitária, compreendendo a figura do ofertante, do consumidor e do objeto ofertado.

Portanto, tem-se de início a figura do fornecedor (art. 3º, CDC), que detém um bem ou serviço e quer transmiti-lo, mediante a devida paga, a outrem, a saber, o consumidor (art.2º, CDC). Para tanto, deve o primeiro fazer com que o destinatário do bem ou serviço tome conhecimento da existência do objeto em questão e se sinta convencido a querer adquiri-lo. O mecanismo usado para este fim é a publicidade.

Destaca-se que a principal preocupação do fornecedor é a transmissão do bem, sendo então, indiferente para ele quem será o destinatário (consumidor). Daí, a publicidade destinar-se-á a atrair não um indivíduo específico, mas sim qualquer indivíduo que possa querer transacionar com o ofertante do produto ou serviço. Ressalta-se que mecanismos publicitários como a mala direta, apesar de possuírem destinatários certos, os têm apenas por uma questão de estratégia de marketing, visto que estes indivíduos têm maior chance de aderir ao ofertado do que “consumidores normais”; a individualização, neste caso, por uma preferência do fornecedor por aquele determinado sujeito, inexistindo acepção – o importante é transmitir o bem ou serviço.

Para que o possível comprador tome ciência do bem ou serviço e se sinta motivado a adquiri-lo, então, o fornecedor expõe o objeto ao público mediante a publicidade. Para tanto,

se vale de diversos meios, tais quais comerciais televisivos, *folder* de anúncios, panfletos, anúncios dentro de revistas, e-mails promocionais, etc. Para o convencimento, utiliza-se majoritariamente técnicas de flexibilização de pagamento: reduz-se diretamente o preço, faz-se descontos proporcionais ao número de produtos ou serviços a serem adquiridos, permite-se a utilização de diversas instrumentos para pagamento (dinheiro, vale, cheque, boleto, carnê, cartões de crédito das mais diversas bandeiras), estende-se o prazo para pagar através de diversas parcelas de pequeno ou médio valor.

Assim, o consumidor opta por adquirir o produto ou serviço ofertado, fazendo um juízo de *custo-benefício* e considerando sua capacidade aquisitiva no momento do ato. Consumidores bem preparados, por sua vez, também fazem juízo comparativo com ofertas de outros fornecedores e com produtos similares.

Está desenhado de forma objetiva, portanto, o mecanismo publicitário.

2.3 EFEITOS DA PUBLICIDADE NO CONSUMIDOR

Como já dantes afirmado, a publicidade tem por finalidades e efeitos precípuos informar o consumidor e convencê-lo a adquirir o bem ou serviço ofertado. A informação tem o condão de fazer com que o consumidor saiba que o objeto em oferta existe, tem determinadas características e está disponível para aquisição mediante um determinado valor; o primeiro efeito, através da informação, é o *conhecimento ao consumidor*. O segundo efeito, também oriundo da informação veiculada pela publicidade, é o *convencimento*: diante do exposto na oferta, o consumidor pondera se irá ou não fazer a aquisição – quanto melhor for oferta (custo, benefício, qualidade...), maior efeito persuasivo terá, aproximando o fornecedor do seu objetivo de venda do objeto.

Como visto, os dois efeitos aqui mencionados têm aplicação direta na relação comercial a ser estabelecida. Isso porque eles fomentam o objetivo precípuo da publicidade, que é a transmissão do bem ou serviço ora ofertado. Entretanto, a publicidade acaba por gerar também efeitos indiretos, que transcendem esta relação e repercutem gerando outros vínculos entre consumidor e fornecedor.

Pode-se dizer, então, que o primeiro efeito indireto originário da publicidade é o *estabelecimento de clientela* para o fornecedor: se um anunciante tem por praxe expor ao público boas ofertas, ele começará a ser identificado e rotulado como bom ofertante, atraindo

para si consumidores não somente por causa de determinada divulgação de produto ou serviço, mas também por causa de seu próprio nome enquanto fornecedor. Os consumidores, por constantemente verem boas ofertas, passam a adquirir preferência em comprar de determinado anunciante – essa preferência, ocasionada pela confiança gerada, estabelece e mantém o consumidor como *habitual cliente*.

Por fim, tem-se o segundo efeito indireto advindo da publicidade, que é a *exposição compulsória do consumidor a outras ofertas do anunciante*. Cogita-se as seguintes situações^{N.A.}:

Dona Maria, ao ver o anúncio de uma loja na televisão, que ofertava uma excelente máquina de lavar roupas pela bagatela de R\$ 800,00, parcelados em 10x sem juros no cartão, sentiu-se atraída pela oportunidade e prontamente deslocou-se ao estabelecimento do fornecedor. Chegando lá, andando de galeria em galeria, acabou vendo que havia na loja outros produtos interessantes, com preços bons, ainda que não tão bons quanto o da sua futura máquina de lavar. Ficou tão feliz com as outras coisas que viu que, aproveitando o fato de já estar no local, antes de finalizar a compra da máquina, decidiu levar também um forno micro-ondas. Então, Dona Maria, que queria apenas comprar uma máquina de lavar roupas, acabou adquirindo uma máquina e um micro-ondas. A propósito, ela ficou tão satisfeita com o negócio que fez que essa loja agora é a sua preferida, e sempre quando pode, a indica aos seus conhecidos.

Há também o Sr. Pedro, que certo dia, quando lia os seus e-mails pessoais, viu que tinha recebido um informativo de uma loja virtual que oferecia 30% de desconto na compra de qualquer notebook, mas era só enquanto durasse o estoque. Diante dessa maravilhosa oportunidade, que veio bem a calhar pois seu antigo notebook já não estava tão rápido quanto antes, o Sr. Pedro prontamente acessa o sítio eletrônico da loja, por meio do link oferecido, a fim de comprar seu produto. Contudo, enquanto navegava nas páginas do site, viu também muitos outros anúncios de produtos que lhe interessavam. Mas foi quando ele foi fechar a compra, que viu que ali no estabelecimento também vendia câmeras fotográficas digitais de última geração; como a sua estava queimada, decidiu ver qual poderia comprar. Pesquisando mais um pouco, encontrou a melhor câmera digital existente na atualidade, com zoom telescópico e imagem em ultra fantástica resolução. Apesar de o preço estar normal, sem

N.A. Situações hipotéticas sugeridas pelo autor.

descontos, decidiu compra-la também naquele momento, para aproveitar o mesmo frete. Comprando, assim, os dois produtos, o Sr. Pedro também ficou muito satisfeito, tendo uma excelente opinião sobre a loja virtual, que, aos seus olhos, passou a ser referência no que diz respeito a excelentes promoções e produtos da melhor qualidade do mercado.

Pois bem. Os dois exemplos aqui mencionados, que são muito comuns de ocorrer, ilustram que a publicidade de um produto ou serviço no mercado acaba por promover também, indiretamente, a venda de outros bens presentes no estabelecimento do ofertante, quer seja físico, quer seja virtual. Isso porque o consumidor, quando atraído por um “anúncio chamariz”, acaba por se deparar com muitos outros anúncios que jamais teria visto, se não fosse por causa da oferta que primeiro lhe cativou.

Pode-se, então, dizer com segurança que a publicidade de um bem ou serviço repercute indiretamente nas demais ofertas do seu anunciante, gerando outras potenciais aquisições. O exemplo mais ilustrativo se dá no caso de supermercados: o fornecedor expõe ao público suas melhores ofertas, e não todas, e o consumidor, atraído por elas, decide fazer compras neste estabelecimento – como é inviável ficar indo de local em local para realizar pequenas, mas mais lucrativas, aquisições, o consumidor opta por comprar tudo o que precisa naquele estabelecimento, vez que ele simplesmente já está lá.

Em conclusão, pode-se afirmar que a publicidade tem poder de gerar quatro efeitos primários no consumidor, sendo dois deles incidentes diretamente no objeto veiculado e dois deles que atuam de forma tangencial, quer seja estreitando a relação entre fornecedor e consumidor, quer seja promovendo a venda de outros bens e serviços. Posto isto, os efeitos são, respectivamente, *informar o consumidor*, *convencer o consumidor a aderir à venda*, *tornar o consumidor cliente regular do fornecedor* e, por fim, *promover a venda também de outros bens e serviços do fornecedor*.

Em decorrência de todos esses efeitos, ter-se-á um consumidor satisfeito e que apresenta aos seus conhecidos uma opinião favorável sobre o fornecedor.

2.4 PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Estabelecido o conceito-base de publicidade, sua efetivação e os efeitos por ela gerados, é oportuno ressaltar que, ao contrário do que o senso comum entende, publicidade e propaganda não são termos sinônimos, possuindo, na verdade, aplicação bastante distinta.

Conforme salienta a doutrina, o ponto em comum existente entre publicidade e propaganda está no fato de que ambas têm o condão de tornar público o objeto em exposição, levando um número indeterminado de pessoas a conhecê-lo e, com isso, constranger os indivíduos a adquiri-lo. A distinção, entretanto, está justamente no objeto tutelado: enquanto a publicidade trabalha com um produto ou serviço exposto para comercialização (ressaltando-se a presença do fator pecuniário), a propaganda tem o escopo puramente ideológico, concernente à divulgação de uma ideia que se deseja ser aderida pela massa.

Nesse sentido, vê-se a propaganda como o agente responsável por tornar público um ideal político, filosófico, ético, religioso... Portanto, mostra-se perfeitamente cabível falar em *propaganda eleitoral*, ao passo que mostra-se atécnico falar em *propaganda de cosméticos*, por exemplo. Tal distinção é pertinente, vez que a propaganda, desprezando qualquer apelo econômico, foge da tutela do Código de Defesa do Consumidor e portanto dista-se da publicidade.

Em conclusão, tem-se que tanto a propaganda quanta a publicidade exercem uma ação psicológica no público através da divulgação de suas mensagens, que tem condão de *convencer a aderir*, quer seja ao produto ou serviço, quer seja à ideia. Entretanto, enquanto a publicidade tem como fim último o comercial, a propaganda tem por finalidade o ideológico.³

2.5 A OFERTA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROPOSTA DO CÓDIGO CIVIL

Ainda, no presente estudo é importante destacar a existência de diferenças substanciais entre a oferta apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 30 e *ss.*) e a proposta tutelada pelo Código Civil pátrio (art. 427 e *ss.*). É relevante distinguir os institutos porque, apesar de *prima facie* parecerem semelhantes, os objetos tutelados são distintos, gerando, portanto, diferente aplicação normativa e principiológica no caso em concreto.

Num estudo apurado sobre o diálogo das fontes, Cláudia Lima Marques⁴ (2004) observa que as ofertas (tratadas no CDC por legislação a elas pertinente) dizem respeito às relações de consumo propriamente ditas, apenas. Estas são manifestas quando um fornecedor (art. 3º, CDC – pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade comercial) expõe seu bem à venda para um consumidor (art. 2º, CDC), que é o destinatário final na cadeia de consumo. Já as propostas (sob tutela do *códex* Civil), apesar de serem originárias da exposição do bem ao

mercado, não são oriundas de relações de consumo, vez que: *o proponente não desenvolve atividade comercial (pode ser um cidadão comum vendendo um carro, por exemplo) ou o destinatário é um comerciante (e não consumidor).*

A implicação desta distinção se dá no momento de aplicação do Direito ao caso em concreto: em se tratando de proposta, aplicar-se-á precipuamente o Código Civil, bem como os princípios a ele inerentes; em se tratando de oferta, o Código de Defesa do Consumidor será utilizado em primeiro plano. Vez que o presente estudo baseia-se nas relações consumeristas, visando o entendimento da aplicação de responsabilidade ao fornecedor (que desenvolve atividade comercial) em relação ao consumidor (parte hipossuficiente na relação de consumo), não será objeto as propostas do Código Civil.

3 OS VÍCIOS DE PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 DEVERES DO FORNECEDOR-ANUNCIANTE

Antes de analisar os deveres básicos do fornecedor-anunciante, deve-se estabelecer, antes, a quem ele responde diretamente. Se, conforme o art. 2º do CDC (BRASIL, 1990) o consumidor é aquele que *adquire ou utiliza* o produto ou serviço ofertado, para fins de tutela da publicidade optou o código consumerista a alargar a proteção, equiparando a consumidor todo aquele que é exposto às práticas publicitárias: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Portanto, a teor do diploma legal, o anunciante tem deveres não somente diante daqueles que, mediante à publicidade, aderiram ao produto ou serviço ofertado, mas também diante de qualquer cidadão que fora exposto a publicidade.

Posto isto, destacar-se-á a seguir, tendo por base os diplomas legais expressos no Código Consumerista, dois deveres essenciais do fornecedor anunciante.

Em linha de princípio, o primeiro dever trazido pela legislação pertinente é o do fornecedor se sujeitar à oferta por ele exposta. Quer dizer que, com a publicidade, o anunciante fica obrigado a cumprir aquilo que por ele foi anunciado. As informações publicitárias, devida e claramente expressas, passam a fazer parte do contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 1990):

Art. 30. 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.

Já o outro dever do anunciante é o de apresentar sua publicidade de maneira clara, objetiva e contendo informações essenciais ao negócio. O consumidor não pode ter dúvidas e, muito menos, ser surpreendido após ter aderido à oferta; inclusive, diante da existência de potenciais riscos, deve ele ser previamente informado. Note-se que no art. 31, CDC o legislador não obrigou o fornecedor a veicular todas as informações exemplificadas no disposto, mas obrigou o anunciante a, sempre que expor as informações sobre o produto, o fazer de forma clara, direta, capaz de dar plena ciência ao consumidor sobre as características

relevantes trazidas pela oferta. Obviamente, as informações apresentadas, além de claras, devem ser corretas (verossímeis, sem quaisquer tipos de erros). Conforme dispõe o referido artigo (BRASIL, 1990):

Art. 31. A oferta e 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.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Em síntese, a fim de elucidar os principais deveres do fornecedor anunciante, mostra-se oportuna, ainda, a citação do magistério de João Batista de Almeida (1993), que anota:

[...] a publicidade deve ser escoreita e honesta, segundo os requisitos legais. Deve conter uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido. Visa a manter corretamente informado o consumidor, para assegurar-lhe a escolha livre e consciente.⁵

3.2 LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DE PUBLICIDADE

Dada a importância da atividade publicitária, bem como seu poder persuasivo sobre o consumidor, coube ao legislador limitar a liberdade do anunciante, estabelecendo deveres ao fornecedor, direitos ao consumidor, princípios a serem observados e práticas expressamente proibidas. Estas últimas, vez que claramente balizam a margem discricional do ofertante, rotulando os casos em que age em desconformidade com o direito vigente, imputam responsabilidade direta quando violadas.

Conforme traz o Código Consumerista (BRASIL, 1990):

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

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

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

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

Ainda, é importante ressaltar que, quando se fala de proibições ou limitações, há por traz um real intuito de promover controle da atividade publicitária. Mesmo sob uma ordem capitalista neoliberal, faz-se necessária a regulação com intuito de proteger fins maiores garantidos não somente pela legislação especial aplicável, mas também pelo Ordenamento como um todo.

Com as presentes vedações, protege-se não somente o consumidor que adquiriu o bem ou serviço mediante informações viciadas, mas também a coletividade e a própria ordem econômica. Na verdade, como bem ilustra Benjamin (1994), os benefícios do controle de publicidade transcendem a relação fornecedor-consumidor estabelecida precipuamente:

Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (modelo concorrencial); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (modelo informativo); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (modelo da manipulação de preferências); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (modelo cultural).⁶

3.3 ESPÉCIES DE VÍCIOS DE PUBLICIDADE

3.3.1 A publicidade enganosa

Como visto, um dos deveres precípuos de qualquer fornecedor anunciante é veicular informações corretas acerca do bem ou serviço ora ofertado. Preza-se a veracidade, pois o consumidor, enquanto parte frágil e desfavorecida, não pode vir a ser surpreendido ou enganado em decorrência da aquisição daquilo que antes lhe fora ofertado. Assim, coíbe-se a publicidade que, ainda que contenha somente parcial teor de falsidade, seja apta a induzir o consumidor a erro. Expressa o § 1º do art. 37, CDC:

§ 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.

Como o próprio nome já diz, é proibida a publicidade que tenha o condão de *enganar* o consumidor. Ainda que o engano advenha da omissão de informações essenciais, ele é coibido. Ainda que não seja causado engano em concreto, a simples potencialidade de enganar já é rechaçada. Note-se também que o legislador não trabalha com a ideia de dolo ou culpa do anunciante, bastando a mera informação enganosa e seus potenciais resultados para incidir a proibição.

Destarte, tem-se por enganosa a publicidade que tem eficácia suficiente para induzir ao erro o consumidor a respeito das características do bem ou serviço, viciando sua capacidade de livre convencimento quanto a adesão ou não do ofertado. Da proibição, resulta-se a premissa de que o Direito do Consumidor garante ao seu tutelado o direito de não ser enganado. Nas palavras de Benjamin (1991):

[...] o legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa, em demonstração inequívoca de que o fundamento da proibição está no ‘reconhecimento de que o consumidor tem um direito – de ordem pública – a não ser enganado, direito este adotado pelo direito brasileiro’.⁷

3.3.2 A publicidade abusiva

Se por um lado a publicidade enganosa é aquela que tem poder para induzir o indivíduo ao erro quanto às características do bem ofertado, viciando sua cognição no tocante à aquisição ou não do objeto em exposição, a publicidade abusiva é aquela que afronta preceitos morais de suma relevância (discriminação do ser humano, exploração de medo ou superstição, incitação à violência, postura contra o meio ambiente), induza o indivíduo a risco ou se aproveite da incapacidade da criança. A teor do disposto legal contido no art. 37, § 2º, CDC (BRASIL, 1990):

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o

consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Como visto, a publicidade abusiva transcende o caráter comercial da relação oriunda da transmissão do bem ou serviço ocorrida entre fornecedor e consumidor. Mais do que isso, ela afronta valores mediatos ao negócio, mas que têm tão relevante importância que merecem a tutela do Estado nesta situação. É interessante observar que a publicidade abusiva não é necessariamente enganosa; ainda que desprovida de qualquer falácia, a publicidade que, por exemplo, se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, é tida como reprovável e rechaçada pelo Ordenamento, que a proíbe.

Ilustrando a concepção de publicidade abusiva, com base no caráter de ofensa a valores externos à relação de consumo, Crespo (2009) afirma:

Considera-se publicidade abusiva, toda publicidade (caráter consumerista) com o intuito de explorar, oprimir ou agredir determinados valores de uma sociedade.

[...]

Note-se, que as modalidades de publicidade abusiva elencadas neste dispositivo não afetam diretamente o bolso do consumidor, agredindo, por outro lado, importantes valores e princípios da sociedade.⁸

E, Ainda, Benjamin (2009):

O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o de publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor.

O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso.⁹

3.3.3 O erro de publicidade.

Portanto, ao tratar dos vícios de publicidade, o Código de Defesa do Consumidor apenas a aborda a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. Contudo, há um terceiro vício de publicidade que, apesar de não estar expresso, vem sendo considerado e enfrentado tanto pela doutrina quanto pelos tribunais, que é o erro de publicidade.

Este vício ocorre quando o anunciante, por motivos alheios à sua vontade, expõe característica diversa da real sobre o bem ou serviço ora ofertado. Contudo, diferente do que ocorre na publicidade enganosa, o erro não tem força para beneficiar o fornecedor; na verdade, acaba por prejudica-lo. Na prática, pode-se perceber que, via de regra, a publicidade enganosa incide sobre a qualidade do produto, enquanto o erro de publicidade incide sobre sua quantidade ou valor.

Por exemplo, se um anúncio diz (independentemente de haver ou não intenção do anunciante) que uma câmera fotográfica possui 12 megapixels, quando na verdade possui apenas 3, haverá propaganda enganosa – ressalta-se que tal erro acaba por atrair o público e fomenta a venda do aparelho, beneficiando o fornecedor em detrimento do enganado consumidor. Agora, se o anúncio de uma câmera fotográfica trazer o valor de R\$ 299,99, quando, na verdade, seu preço real é de R\$ 699,99 (supõe-se, por exemplo, que o agente publicitário se equivocou na hora de lançar o valor do produto), estaremos diante de erro de publicidade – neste ponto, vê-se que com a venda do bem, o consumidor é o verdadeiro beneficiário e o fornecedor, em contrapartida, sofre prejuízo objetivo.

Visto isto, o erro de publicidade ocorre quando há informação errada veiculada ao produto ou serviço, sendo capaz de beneficiar o consumidor em detrimento do fornecedor. Ainda, caso o referido vício seja vultuoso, a doutrina o rotula como sendo *erro grosseiro*.

3.4 A RESPONSABILIDADE DO OFERTANTE QUANTO AOS VÍCIOS DE PUBLICIDADE

Vistos os três tipos de vício, resta distinguir a responsabilidade do fornecedor quando em suas ocorrências. De um lado, quando há publicidade enganosa ou abusiva, é pacífica a aplicação da responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco do empreendimento, devendo o fornecedor responder por perdas e danos, acrescidos de lucros cessantes (sem prejuízo das sanções penais e administrativas previstas). Diz ser objetiva a responsabilidade, dado o fato de que não se faz juízo de culpa, sendo indiferente ter havido ou não intenção de cometer o erro. Baseia-se na teoria do risco do empreendimento, vez que o anunciante, ao se valer de publicidade, gera risco potencial a todos os consumidores expostos, devendo responder por eventuais prejuízos causados a eles.

Contudo, no caso dos erros de publicidade, opera-se o Direito de distinta forma. Majoritariamente, entende-se que nesse tipo de vício, quer seja grosseiro ou não, o anunciante não deve ser responsabilizado, não devendo, portanto, se vincular à oferta lançada no mercado.

Observa-se, desde já, que a vinculação do ofertante ao valor ofertado é um princípio publicitário, expresso elucidativamente no Código de Defesa do Consumidor, que visa proteger o consumidor frente a eventuais abusos dos fornecedores. Ainda que haja o amparo protetivo da legislação consumerista, a doutrina e a jurisprudência mitigam este princípio, entendendo que é melhor assim o fazer porque o consumidor poderia estar agindo de má-fé ao se aproveitar do erro (ciente da incoerência, buscaria realizar a aquisição para, auferir vantagens em cima do erro cometido) e também para evitar o enriquecimento ilícito do consumidor.

Como exemplo, cita-se alguns julgados de tribunais pátrios brasileiros, com grifos nossos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE ENTREGA DE COISA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO - ANÚNCIO VEICULADO NA INTERNET COM VENDA DE PRODUTO EM VALOR INCOMPATÍVEL COM O REAL DE MERCADO - IMEDIATA CORREÇÃO - ERRO ESCUSÁVEL - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - OFERTA NÃO OBRIGA O FORNECEDOR NOS EXATOS TERMOS PROPOSTOS - PUBLICIDADE ENGANOSA - NÃO CONFIGURAÇÃO - ENTREGA DO PRODUTO - IMPOSSIBILIDADE.

- Nas relações de consumo, a boa-fé, que a lei exige do fornecedor, também é exigida do consumidor.

- Sob pena de violação ao princípio da boa-fé contratual e de enriquecimento sem causa do consumidor, não se pode obrigar o fornecedor a vender mercadoria pelo preço anunciado, se não se vislumbra a existência de dolo, mas sim de evidente erro na informação, verificado pela grande desproporção entre o preço real do bem e o anunciado.

- Não se configura propaganda enganosa o anúncio que contém erro material grosseiro, escusável.¹⁰

VOTO Relação de consumo. Erro grosseiro em oferta veiculada no site da ré. Sentença que julgou procedente o pedido de entrega dos produtos conforme o descrito na oferta, com a cobrança do valor apontado na oferta. Provimento do recurso da ré para julgar

improcedentes os pedidos autorais. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito. Relatório: Ajuizou a parte autora ação narrando: que comprou no site da ré notebook e câmera digital, ambos da marca Sony, em promoção pelo valor total de R\$ 559,99; que efetuou a compra em seu cartão de crédito Visa a ser parcelada em cinco vezes; que a compra foi cancelada pela ré unilateralmente, sem qualquer explicação. Requereu a condenação da ré à obrigação de fazer de entregar os produtos comprados; indenização por danos morais. Sentença que julga procedentes os pedidos para condenar a ré à obrigação de fazer de entregar ao autor os produtos descritos na oferta e cobrar do autor o valor de R\$ 559,99, na forma contratada. Julga improcedente o pedido de compensação por danos morais. Entendeu o Juízo prolator da sentença que se trata de responsabilidade objetiva da ré, mas que não restou caracterizado o dano moral. Recurso inominado da ré sustentando erro grosseiro da propaganda, o descabimento da obrigação de fazer ora imposta. É o relatório. Passo a votar. Entendo que o recurso da ré merece provimento. Isto porque a oferta veiculada no site consiste em erro grosseiro, sendo explícita a desproporcionalidade entre o valor anunciado e o real valor de mercado dos produtos descritos na inicial. **Note-se, nesse aspecto, que não é apenas dever do comerciante a manutenção da boa fé objetiva, mas também do consumidor. Era evidente à época da compra efetivada a desproporcionalidade entre o preço veiculado e o valor dos bens no mercado.** A jurisprudência de nosso E. Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento esposado acima, como se exemplifica na transcrição a seguir: "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO COM PREÇO EQUIVOCADO. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DA RÉ. DISPÕE O ARTIGO 30 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE TODA INFORMAÇÃO OU PUBLICIDADE, SUFICIENTEMENTE PRECISA, VEICULADA POR QUALQUER FORMA OU MEIO DE COMUNICAÇÃO COM RELAÇÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS OFERECIDOS OU APRESENTADOS, OBRIGA O FORNECEDOR QUE A FIZER VEICULAR OU DELA SE UTILIZAR E INTEGRA O CONTRATO QUE VIER A SER UTILIZADO. NA PRESENTE HIPÓTESE, VERIFICA-SE QUE O ANÚNCIO NÃO PODE SER TIDO COMO PUBLICIDADE ENGANOSA, EIS QUE SE TRATA DE PROPAGANDA COM ERRO MATERIAL GROSSEIRO, NÃO SENDO IDÔNEO A INDUZIR O LEITOR A ERRO. A RÉ EM NOTA INFORMOU QUE HOUVE UM ERRO DE IMPRESSÃO NO ENCARTE LOGO APÓS A PUBLICAÇÃO EQUIVOCADA. É MANIFESTA A DESPROPORCIONALIDADE DO PREÇO OFERECIDO NO REFERIDO ANÚNCIO E DO PREÇO NORMALMENTE PRATICADO. A BOA-FÉ OBJETIVA NÃO INCUMBE APENAS AO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS, É DEVER JURÍDICO IMPOSTO TAMBÉM AO CONSUMIDOR, SENDO IMPOSSÍVEL ADMITIR QUE A

TELEVISÃO PUDESSE SER OFERECIDO A POR VALOR TÃO AQUÉM DE SEU VALOR MÉDIO DE MERCADO, BEM COMO QUE O CONSUMIDOR NÃO TENHA PERCEBIDO O MANIFESTO EQUÍVOCO DO ANÚNCIO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. A OCORRÊNCIA DE DANO MORAL NÃO SE EXTRAI DA PURA E SIMPLES PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO COM EQUÍVOCO. NECESSÁRIO, PARA A CONFIGURAÇÃO DESSA ESPÉCIE DE DANO, QUE TENHA SIDO FEITO EM CIRCUNSTÂNCIAS TAIS QUE CONFIGURAM VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA OU LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO DO RECURSO" (0045080-92.2008.8.19.0004 (2009.001.31706) APELACAO - DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO Julgamento: 21/07/2009 - DECIMA SEXTA CÂMARA CIVEL). Destarte, entendo que, em razão do erro claro da veiculação da propaganda, a ré não pode ser obrigada a cumprir a oferta. Entendo que o pleito autoral não merece sucesso. PELO EXPOSTO, voto pelo provimento do recurso da ré para JULGAR IMPROCEDENTES os pedidos autorais.¹¹

Tem-se, pois, que nos casos de erro de publicidade, o aplicador do Direito tem mitigado a vinculação do anunciante à oferta sob duas escusas, a saber: evitar enriquecimento ilícito do comprador e que este estaria agindo contra a esperada *boa-fé do consumidor*. Apesar de tais argumentos, a princípio, parecerem satisfatórios para eximir o fornecedor anunciante de suas responsabilidades, o que acaba por garantir sua impunidade, questiona-se se tal postura é correta e adequada. Ressalta-se desde já que o posicionamento adotado pela doutrina majoritária é simplório ao passo que se atém tão somente à relação isolada existente entre vendedor e comprador, desconsiderando os macro interesses que estão em jogo.

Assim, o foco do presente estudo é, com base nas normas e princípios atinentes ao Direito do Consumidor, aplicáveis à publicidade, ponderar se a postura corrente quanto à responsabilidade por erros é, juridicamente, acertada. Para tanto, far-se-á no presente momento uma análise principiológica da legislação pertinente, estabelecendo os alicerces do Direito Consumerista a fim de chegar a uma conclusão válida quanto ao assunto em questão.

4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PUBLICIDADE

Quando se estuda um novo ramo do Direito, nos bancos das universidades é comum começar o aprendizado fazendo uma leitura dos princípios aplicáveis à particular esfera jurídica sob análise. Isso porque os princípios refletem o posicionamento do sistema em questão, ilustrando como se posiciona o conjunto normativo diante dos problemas e situações a serem enfrentados. Compreendendo os princípios, passa-se a compreender o funcionamento do sistema em si.

Não obstante, os princípios têm condão de também orientar o aplicador do Direito. Quando diante do caso concreto, além de se valer do direito posto, ele pode perfeitamente fazer a leitura do quadro principiológico atinente a matéria em questão e, então, tomar a mais acertada decisão.

Por fim, os princípios também entendidos como sendo mandados de otimização, ou seja, “metas” a serem alcançadas a fim de que os direitos pertinentes ao sistema em análise se concretizem da melhor, mais satisfatória e equânime forma possível, cumprindo o que seria a “vontade do sistema”. Alexy (1997), ao tratar da ponderação dos princípios, assim expõe:

En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.¹²

Ante ao exposto, tem-se que os princípios têm o condão de traduzir o que o sistema jurídico anseia em seu escopo normativo, de orientar o aplicador do Direito quando no caso em concreto e de estabelecer objetivos, finalidades a serem alcançadas da forma mais satisfatória possível.

Dada a relevância do estudo dos princípios para interpretação e aplicação do Direito, far-se-á a análise daqueles que são pertinentes ao Direito do Consumidor, tendo especial foco os aplicáveis à publicidade. A partir desta apreciação, haverá arcabouço para se adentrar na discussão da responsabilidade do anunciante quanto a erros de publicidade e então julgar se o posicionamento majoritário é adequado ou não.

Para tanto, a seguir sucinta análise dos princípios gerais do Direito do Consumidor e dos princípios pertinentes à publicidade.

4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1.1 Princípio da Vulnerabilidade

Trata-se da espinha dorsal do Direito do Consumidor. A partir deste princípio, expresso no art. 4º, I, CDC) tem-se por regra a presunção da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor. Portanto, a teor da igualdade material preconizada pela Constituição Federal (CF/88), a legislação consumerista tenderá contrabalancear a diferença existente entre o poderio do fornecedor e do consumidor, atribuindo a estes vantagens e prerrogativas nas relações de consumo. Ressalta-se, por oportuno, que a presunção de vulnerabilidade é relativa, podendo então ser afastada em concreto.

4.1.2 Princípio da transparência

Conforme expõe Martins (2005)¹³, em remissão ao entendimento de Cláudia Lima Marques:

[...] a transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido e o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.¹⁴

Tem-se, pois, que o princípio da transparência visa assegurar o direito de informação ao consumidor, a fim de que ele possa, antes da concretização do negócio jurídico, vislumbrar todas as condições do contrato, abrangendo desde a oferta até as próprias características do conteúdo ofertado. Aplicável a toda e qualquer relação de consumo, tem particular previsão também no art. 30, CDC, que trata sobre os deveres do ofertante (BRASIL, 1990):

Art. 30. 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.

4.1.3 Princípio da boa-fé

Tal princípio se manifesta como sendo alicerce de quaisquer relações negociais, tanto no Código Civil (art. 422¹⁵) quanto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III¹⁶). Por ele, determina-se que tanto o contratante quanto o contratado devem estabelecer o dever recíproco de se portarem com lealdade e ética no fazimento do negócio jurídico, da sua gênese (momento da criação da oferta e sua publicidade) até a concretização (momento posterior ao fechamento do negócio, compreendendo o período de garantia incidente sobre o bem ou serviço). Nesse escopo, Martins (2005) ainda leciona:

No tocante à aplicação da boa-fé, podemos ressaltar que a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações e que devem também comportar-se segundo a boa-fé que se projeta, por sua vez, nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem se exercitar de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.¹⁷

Por estar intrínseca aos valores sociais, vez que presente e necessária em qualquer nível de relacionamento de um agrupamento de pessoas que constitui uma sociedade, a boa-fé é rigidamente perquirida pelo Ordenamento, não sendo diferente nas relações consumeristas. Aqui, além de ter condão de resguardar as partes envolvidas no negócio jurídico, acaba tendo importância também na manutenção da ordem econômica, vez que se não fosse exigida boa-fé, haveria colapso devido à insegurança instaurada.

Para fins de responsabilização, a boa-fé funciona como pressuposto às partes, devendo haver prova da violação do dever de lealdade e ética pelo interessado.

4.2 PRINCÍPIOS PRÓPRIOS À PUBLICIDADE

4.2.1 Princípio da identificação da publicidade

Previsto no art. 36, *caput*, CDC¹⁸, o princípio aqui referido impõe o dever de veicular a publicidade de tal forma que o consumidor facilmente a identifique como sendo tal. Sobre isso, expressa Benjamin (1997):

A publicidade há de ser identificada pelo consumidor. O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade clandestina, nem a subliminar. Daí que a atividade publicitária se rege, em primeiro lugar, pelo princípio da identificação da publicidade. O Código o acolheu expressamente (art. 36, *caput*).¹⁹

4.2.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

Alicerce da proteção ao consumidor em meio à publicidade, o presente princípio tem condão de obrigar o fornecedor anunciante a cumprir o que fora anunciado através de suas ofertas publicitárias. Dele, conforme continua Benjamin²⁰, o consumidor extrai o direito de exigir o cumprimento do conteúdo comunicado pelo fornecedor.

Conforme dispõe o Código do Consumidor (Brasil, 1990):

Art. 30. 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.

Art. 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 de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

4.2.3 Princípio da veracidade

Através deste princípio, o Código de Defesa do Consumidor teve por alvo rechaçar toda e qualquer publicidade mentirosa, de forma a proteger o sujeito a ela exposto. Grosso modo, determina que toda informação veiculada deve ser correspondente à realidade, sob pena de responsabilização do anunciante. Está previsto no art. 37, § 1º, CDC, quando na definição do legislador sobre o que seria a publicidade abusiva (BRASIL, 1990):

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer

outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Em entusiasta voz, Lopes (1992) declara a importância do princípio da veracidade nas relações de consumo:

Princípio da veracidade é, segundo voz corrente, o mais importante dos princípios da atividade publicitária e foi o primeiro a atizar a pena dos legisladores, não só sob a ótica da proteção aos consumidores, como também no que diz com a concorrência leal entre fornecedores. O escopo moderno desse princípio tem a ver não só com a autenticidade da informação publicitária, mas também com a prova da veracidade (o fornecedor deve possuir os dados fáticos, técnicos e científicos, que embasam a mensagem). Ela exige mais: de um lado, a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características do produto ou do serviço, e, de outro lado, a proibição de fórmulas que possam induzir em erro, inclusive pela ambiguidade ou pelo exagero imperceptível pelo consumidor médio. Em respeito à veracidade, proíbe-se a publicidade enganosa.²¹

4.3 IMPLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS À PUBLICIDADE

Feita esta breve análise dos principais princípios aplicáveis, chega-se às seguintes conclusões:

Primeiramente, pelo princípio da vulnerabilidade, de plano já se reconhece que o consumidor é fraco diante do fornecedor nas relações comerciais. Se não houver intervenção do Estado (por meio do Ordenamento), o hipossuficiente estará fatalmente sujeito a qualquer tipo de abusividade a ele imposta, sendo refém do poderio do detentor dos bens e serviços que a ele são necessários. Se o Estado não coibir práticas abusivas, através de devida responsabilização, estas se repetiram constantemente, prejudicando o consumidor e afetando o mercado em si.

Pela identificação, transparência e veracidade, cria-se para o anunciante o dever de informar de maneira suficiente e adequada o consumidor, sendo que esta informação tem que ser totalmente verossímil. A fuga a esta regra é coibida civil, penal e administrativamente, vez que se não houver repreensão, a falta de veracidade das informações veiculadas acarretará em insegurança e verdadeira desordem no campo econômico comercial.

Pela vinculação à oferta, cria-se responsabilidade do anunciante em se sujeitar ao que fora por ele ofertado, a fim de não deixar em prejuízo o consumidor que fora atraído em enganado pela publicidade inverossímil.

Por fim, pela boa-fé, garante-se o dever recíproco nas relações comerciais das partes agirem com ética e lealdade nos negócios estabelecidos. Havendo desrespeito a esta imposição, a parte que violar tal preceito arcará com a responsabilidade correlata, sofrendo os prejuízos que sobrevierem. É importante ressaltar que a boa-fé, aqui, funciona como pressuposto: presume-se que as partes estejam agindo de boa-fé, cabendo ao prejudicado provar em contrário, afastando a presunção.

Posto isto, tendo uma ideia geral de como o Direito Consumerista se comporta diante da publicidade, limitando o poder discricionário do fornecedor anunciante e revestindo de garantias o consumidor exposto às ofertas, tem-se a base necessária para se chegar a um modelo de responsabilização adequado, no tocante aos erros de publicidade, conforme será exposto a seguir.

5 DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NOS ERROS DE PUBLICIDADE

5.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FORNECEDOR

O termo *responsabilidade* tem condão de designar diversas situações no campo jurídico, sendo o principal escopo do instituto é acarretar a alguém o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação. A responsabilidade civil, por sua vez, é uma responsabilidade que implica no dever de indenizar. Nas palavras de Rodrigues (1996):

Neste sentido, temos o conceito de Responsabilidade Civil definido por Savatier, que define a responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.²²

A responsabilidade civil é classificada como sendo subjetiva ou objetiva. Diz ser subjetiva se o causador do dano agiu culposamente ou dolosamente. Assim, mostra-se imprescindível provar a culpa (*lato senso*) do agente causador do dano para que possa surgir o dever de indenizar. Já a responsabilidade objetiva opera-se independentemente da existência de ação/omissão dolosa ou culposa do agente infrator, bastando que exista relação de causalidade entre o dano sofrido pelo vítima e o ato daquele agente.

Desse modo, vez que a responsabilidade civil objetiva prescinde de comprovação do dolo ou da culpa do agente, ela se manifesta como sendo mais protetiva à vítima, que adquire o dever de mostrar apenas o dano sofrido e o elo existente entre este e os atos do agente causador do dano. Trata-se de responsabilidade calcada no risco assumido pelo lesante, em razão de sua atividade, podendo-se citar, a título exemplificativo, a responsabilidade assumida pelos pais quanto aos seus filhos menores, a responsabilidade do empregador pelos danos causados por seus empregados, a responsabilidade do dono de um objeto que cai da janela de seu apartamento (neste último caso, destaca-se que mesmo sendo ato originário de fortuito, haverá responsabilidade).

Em sede de relações consumeristas, ao determinar como seria manifesta a responsabilidade do fornecedor, o legislador optou por a ele imputar a responsabilidade objetiva, conforme expressa o CDC (BRASIL, 1990), com grifo nosso:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos

Optou-se por tal responsabilização, que foge à regra da responsabilidade civil subjetiva estabelecida pelo Código Civil²³, devido à própria natureza das relações de consumo. O fornecedor, ao desenvolver suas atividades, gera ao consumidor e a terceiros riscos de dano, devendo arcar com os prejuízos causados por sua atividade independente de ter agido ou não com culpa; o próprio desempenho da atividade acarreta riscos de dano aos indivíduos e, caso ocorram, deve o gerador dos riscos (fornecedor por meio da atividade que desenvolve) assumir a responsabilidade. Esta é a Teoria do Risco, sustentada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, há de se falar que, caso fosse adotada a responsabilidade civil subjetiva nas relações de consumo, os direitos dos consumidores ficariam em extremo prejudicados. Primeiramente, porque desvincularia o dever de indenizar do risco gerado pela atividade desenvolvida, vez que só incidiria responsabilização se houvesse ato ou omissão dotado de culpa do agente. Em segundo lugar, porque a necessidade e obrigatoriedade de comprovação de ação/omissão revestida de dolo ou culpa prejudicaria a defesa do consumidor.

Em resumo, pode-se dizer que a Teoria do Risco e a inerente responsabilidade civil objetiva imputam ao potencial gerador do dano um *dever de perfeição*: ele é livre para desenvolver sua atividade, mas, caso gere prejuízos ao consumidor ou a terceiros, fugindo daquilo que lhe fora permitido, deverá repará-los. Se a atividade gerou prejuízos, danos, importa na responsabilidade e eventual reparação.

A responsabilidade civil objetiva também incide no desenvolvimento de atividade publicitária. Quer dizer que o fornecedor tem liberdade para lançar anúncios sobre seus produtos, mas, caso gere algum dano, fica imediatamente responsável por sua reparação. Assim, no caso da publicidade, esta deve ser perfeita no sentido de não acarretar prejuízos ao consumidor ou a qualquer indivíduo a ela exposto. Se a responsabilidade é objetiva, então,

torna-se indiferente a aferir a culpa do fornecedor anunciante, bastando que sua atividade gere prejuízos ao indivíduo ou à ordem econômica para acarretar em responsabilização (quer seja abusiva, enganosa ou contendo erros, pela responsabilidade civil objetiva surge o dever de indenizar, decorrente dos danos ocasionados).

Vale constar que, habitualmente, diante de determinado erro de publicidade, é comum o fornecedor anunciante se escusar afirmando que “não era sua intenção, não era sua vontade” propor uma oferta sob determinado valor errôneo. Entretanto, pela responsabilidade civil objetiva imputada pelo complexo normativo consumerista, tal escusa mostra-se inadequada; ainda que não houvesse intenção, fato é que um anúncio errado fora exposto e gerou expectativa e atração ao consumidor e, posterior, frustração. O ponto mais relevante é que, sem a devida repreensão, a inobservância de um dever de cautela quanto a exposição publicitária fragilizaria o mercado, trazendo ônus e instabilidade ao sistema como um todo – os consumidores iriam se sentir inseguros, não podendo mais crer no que fora anunciado e usufruir do dever de vinculação do anunciante à oferta exposta.

Ressalta-se que, conforme visto, é dever, e não faculdade, do anunciante expor informações claras e verdadeiras (art. 30, CDC), sob pena de ser compulsoriamente vinculado à sua oferta (art. 30 e 35, CDC). O que o complexo normativo consumerista propõe é que, a fim de resguardar o consumidor exposto à publicidade e (potencial) adquirente do produto ou serviço, bem como resguardar a ordem do mercado, coibindo abusos e desleixas de publicidade, torna-se vital impor uma sanção. É imperativo apresentar publicidade adequada.

5.2 DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ÓRGÃO PUBLICITÁRIO

Questiona-se agora: a apresentação de publicidade adequada é uma obrigação de meio (o devedor não se responsabiliza pelo resultado final, mas deve se empenhar da melhor forma para alcançá-lo, a exemplo dos serviços médicos, advocatícios...) ou uma obrigação de resultado (o devedor se compromete a alcançar determinado fim, tornando-se inadimplente se não o fizer)? Conforme acertadamente expõe Graeff-Martins (2011), sobre o tema:

[...] na contratação de obrigação de meio, busca-se simplesmente o desenvolvimento de uma atividade (fazer) no interesse do credor. Se a atividade provocará, em concreto, um efeito útil, é algo que diz respeito ao credor, não mais ao devedor. No segundo tipo contratual (obrigação de resultado), busca-se disponibilizar ao credor o resultado útil de um fazer. Nesse caso, a prestação não consiste no simples

desenvolvimento de uma atividade, mas no resultado útil do próprio fazer. Se o resultado útil faltar, trata-se de inadimplemento, por mais esforço que tenha empregado o devedor.²⁴

Tem-se por óbvio e intuitivo, então, que a obrigação do agente publicitário é uma obrigação de resultado.

Fato é que o agente publicitário, quer seja ele um terceiro, contratado especificamente para veicular certa publicidade, quer seja ele um funcionário do fornecedor, que recebeu designação específica para laborar em favor disso, foi devidamente instruído e remunerado para executar o serviço específico, alcançando o fim desejado. Sendo esta sua atribuição, deve ele empregar mecanismo de controle eficiente para não deixar que erros ocorram e, portanto, a publicidade veiculada possa ser exposta de maneira condizente com a realidade, sem gerar prejuízo às partes envolvidas.

Portanto, havendo erro, há inadimplemento. Assim, o agente publicitário tem sua parcela de responsabilidade nos casos de erro de publicidade, contudo, esta mostra-se subsidiária à do fornecedor. Este, precipuamente, é quem assume o risco diante dos consumidores e quem com eles contrata, devendo responder diretamente. Entretanto, num segundo momento, poderia a seu bel prazer repassar o ônus gerado ao agente publicitário que incorreu em erro, vez que seu dever era veicular informação correta e não o fez; far-se-ia isso, pois, mediante a ação própria, tendo como partes apenas o fornecedor prejudicado e o agente publicitário que cometeu o erro.

Destaca-se, por oportuno, que o fornecedor não pode repassar diretamente a responsabilidade do erro para o agente publicitário, vez que foi o fornecedor quem assumiu o risco diante do mercado consumerista e quem, eventualmente, veio a celebrar contrato com o consumidor. Então, o fornecedor responde porque assumiu o risco da atividade e porque não foi diligente quanto à fiscalização da publicidade veiculada em seu nome. Após responder diante do consumidor prejudicado, o fornecedor tem aptidão para reaver seus eventuais prejuízos do agente publicitário que cometeu o erro (ressaltando-se, mais uma vez, que seu dever era transmitir informações corretas).

5.3 DAS ESCUSAS DO FORNECEDOR

A fim de se eximir de suas responsabilidades, mesmo estando em desconformidade com os preceitos do Direito do Consumidor, os fornecedores levantam em seu favor dois

grandes argumentos que, erroneamente, vêm sendo acatados por parte dos aplicadores do Direito. O primeiro deles é que, diante de erros de publicidade, o consumidor estaria agindo de má-fé ao querer adquirir produto ou serviço a preço inferior ao preço normal. O segundo deles é que eventual responsabilização geraria enriquecimento ilícito ao consumidor.

Conforme será explanado a seguir, nenhum dos dois argumentos merece prosperar.

5.3.1 Da boa-fé objetiva do consumidor

Como visto anteriormente, um dos princípios regentes do Direito do Consumidor é a boa-fé do fornecedor e do consumidor, dado que ambos devem agir, em suas respectivas atribuições, com ética e lealdade nas relações consumeristas. Se houver inobservância ao dever de boa-fé, o Ordenamento imputa forte responsabilização, a fim de coibir a manifestação infração neste sentido. Apesar do rigor existente neste tocante, tem-se que a boa-fé do indivíduo é presumida.

Então, a fim de responsabilizar algum indivíduo por inobservância dos deveres inerentes à boa-fé, deve-se haver prova capaz de afastar a presunção. Portanto, na prática, pode-se dizer que tanto o fornecedor quanto o consumidor estão agindo de boa-fé, até que se prove o contrário.

É importante fazer essa breve remição pois, no tocante aos erros de publicidade, é comum aplicadores do Direito mitigarem o pressuposto de boa-fé do consumidor. Isso porque, diante de um erro de publicidade quanto ao valor de um produto, afirma-se que o consumidor, ao querer comprá-lo por preço muito inferior, estaria se aproveitando do erro, agindo de má-fé e, por conseguinte, não mereceria prosperar. Entretanto, esta afirmação é equivocada.

Juridicamente, conforme exposto acerca da boa-fé, ela só é afastada mediante prova, e este não é o caso. Aqui, houve apenas a presunção de que o consumidor teria a ciência do erro e estaria agindo a fim de locupletar-se dele, mas não houve prova. É fundamental afirmar que, no mercado hodierno, caracterizado pela concorrência, é mais do que normal haver grande oscilação de preço dos mesmos produtos e serviços, ficando difícil estabelecer qual seria o “preço real”. Não obstante, é devido elucidar que os consumidores pertencem a diferentes classes sociais, possuindo nível de conhecimento variável: não se pode exigir que um senhor

de baixa renda tenha o mesmo conhecimento acerca de preço e qualidade de bens e serviços que um jovem da classe média, possuidor de computador e curiosidade, tenha.

Ainda a este respeito, não podia deixar de ser mencionado o corriqueiro advento de superpromoções no mercado de consumo. Não poucas vezes o consumidor se depara com promoções com descontos de preços acima do normal, a fim de liquidar o estoque, atrair consumidores ou outros motivos. Fato é que hoje é possível encontrar passagens aéreas para outras regiões do país a menos de R\$ 100,00! Então, o consumidor, estando de boa-fé, pode ser facilmente atraído por erros de publicidade acreditando veementemente estar diante de uma superpromoção. Ilustra o afirmado o seguinte julgado (com grifos nossos):

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. OFERTA PUBLICADA EM LOJA VIRTUAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA OFERTA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E TRANSPARÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR O PRODUTO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL. SENTENÇA REFORMADA. 1. Nulidade processual. Alega a parte autora nulidade processual em razão de não ter o Juízo acatado seu pedido de aditamento à peça inicial. Trata-se de matéria preclusa, pois caberia à parte impugnar a decisão no momento oportuno, logo que indeferido seu pedido. Preliminar rejeitada. 2. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, obriga o fornecedor que a fizer, veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30 do CDC). Princípio da vinculação da oferta. 3. **Não há que se falar em erro grosseiro na publicidade do preço, pois as empresas normalmente promovem a venda de produtos abaixo do preço de custo para atrair clientela, liquidar produtos fora de linha ou até mesmo promover maior publicidade da empresa.** Mas no caso em tela, após a publicidade, a empresa recorrente aprovou o pedido, expediu boleto para pagamento, acusou o pagamento e marcou data para entrega do produto, somente comunicando o consumidor sobre "erro sistêmico" quando este reclamou que o prazo de entrega havia transcorrido sem que recebesse os produtos. 4. Diante dos princípios da informação e da boa-fé objetiva, o art. 35 do CDC faculta ao consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação. 5. Simples inadimplemento contratual, sem outros fatores, não ofende a honra subjetiva da pessoa, não havendo que se falar em danos de natureza moral. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido.²⁵

Posto isso, a alegação de que o consumidor que buscou adquirir produto abaixo do preço normal agiu de má-fé é seguramente rechaçável. A única forma de afastar a boa-fé seria mediante prova e através de aferição no caso em concreto. Como exemplo hipotético de

incidência de má-fé, pode-se citar o caso de um agente publicitário que cometeu propositalmente erro de publicidade e informou a seu amigo consumidor mal intencionado para que fosse a tal loja comprar aquele produto – isso sim é má-fé real!

5.3.2 Da ausência de enriquecimento ilícito

Outro argumento levantado é que se o fornecedor for obrigado a se vincular à oferta contendo erro, haverá enriquecimento ilícito para o consumidor. Apesar de aparentemente ser coerente esta afirmação, tem-se que uma análise mais aprofundada dos fatos revelará ser esta uma parcial verdade.

Primeiramente porque a responsabilidade no presente caso não tem apenas o condão de reparar o consumidor, sendo também eficaz quanto a necessária punição do fornecedor por seu erro, bem como a constrangê-lo a não mais veicular publicidade equivocada, instigando-o a se portar com maior diligência. Sem essa repreensão, devido à falta de diligência das empresas o mercado ficaria instável quanto à credibilidade das publicidades, prejudicando tanto os consumidores, quanto os fornecedores e a própria ordem econômica em si.

Não obstante, também cabe elucidar que o ganho da empresa não se restringe à venda do bem ou produto ora ofertado. Isso porque a publicidade também tem o condão de expor o consumidor aos demais produtos ofertados no estabelecimento (físico ou virtual) do fornecedor, fazendo assim *publicidade indireta ou ricochete*. Portanto, mesmo sem poder comprar o produto cujo anúncio foi retificado por ocasião de erro, o consumidor acabou sendo atraído ao fornecedor em si e até mesmo adquirir outro produto, que não teria visto se não fosse a publicidade equivocada que o atraiu. Por fim, a publicidade também tem o condão de estabelecer clientela, fazendo com que consumidores criem vínculo com o fornecedor em si.

Disso, depreende-se que não é correto questionar a responsabilidade do anunciante alegando enriquecimento ilícito porque a finalidade da eventual reparação transcende a mera compensação ao prejudicado, sendo eficaz e necessária à punição do fornecedor, bem como ao desestímulo da desídia quanto à publicidade veiculada. Se não houver punição com caráter pedagógico, as instituições irão permanecer prejudicando consumidores e não atuando com diligência na veiculação de suas ofertas.

5.4 DANOS GERADOS ATRAVÉS DO ERRO DE PUBLICIDADE

Vista a forma como se manifesta a responsabilidade do fornecedor quando veicula publicidade com erro, a participação do agente publicitário e as escusas apresentadas pelos fornecedores, resta saber quais os danos gerados.

O primeiro dano causado incide diretamente na pessoa do consumidor. Este, que estava sob a expectativa legítima de adquirir um bem ou serviço sob determinado valor, é posteriormente surpreendido quando o fornecedor se recusa a obedecer ao anúncio, dizendo ter ocorrido erro na hora de torna-lo público. Seguem agora dois exemplos.

Imagina-se o consumidor que assiste um comercial de televisão no qual um televisor é ofertado pelo preço de R\$ 1.199,00. No dia seguinte, ele sai de sua casa e vai até o estabelecimento do anunciante com o exclusivo intuito de adquiri-lo, mas só que ao chegar lá é informado de que houve erro e o valor real do bem é R\$ 1.999,00, não sendo possível vendê-lo pelo anunciado. Nota-se, pois, que o consumidor teve sua legítima expectativa frustrada, saiu de sua casa enfrentando o trânsito, gastando dinheiro para deslocar-se, despendendo seu tempo para que, ao chegar no local, fosse verdadeiramente decepcionado.

Da mesma forma, imagina-se o consumidor que se deparou com a mesma oferta, mas através de um site na internet, fez a compra online, pagou o boleto bancário e, ansioso, aguardava a chegada de seu televisor. Contudo, passados 5 dias após o pagamento, recebeu um e-mail informando que aquela oferta estava errada e que o produto não lhe seria entregue, a menos que ainda pagasse a diferença existente. Mais uma vez, o consumidor sai prejudicado e frustrado, devendo esperar a boa vontade do fornecedor para depositar o valor pago em sua conta bancária.

O outro dano causado pelo erro de publicidade não incide diretamente na esfera do consumidor afetado, mas sim, na ordem econômica e no mercado em si. Isso porque a existência de erros de publicidade fragiliza sobremaneira a confiança nos anúncios; se não houver efetiva coerção contra tal prática, os anunciantes não serão tão diligentes quanto à fiscalização (vez que um serviço publicitário seguro e de melhor qualidade requer maior investimento) e o número de erros aumentará. Aumentando os erros, diminui-se a credibilidade dos anúncios e estes instrumentos de comércio serão menos eficazes na venda

de bens e serviços. Com os anúncios perdendo força, a divulgação ficará restrita e, assim, tanto os consumidores quanto os fornecedores restarão prejudicados.

Há, então, a implicação da responsabilidade objetiva e da Teoria do Risco nas relações de consumo, abarcando-se também a publicidade consumerista. Pode-se dizer, seguramente, que havendo o fornecedor gerado risco por meio do uso de atividade publicitária e tendo ele causado eventual prejuízo por erro nela contido, é adequada sua responsabilização, satisfazendo o caráter reparatório (ao consumidor diretamente prejudicado), punitivo (ao fornecedor que incidiu em erro) e pedagógico (ao fornecedor que incidiu em erro e a todos os demais fornecedores, para que se sintam constrangidos a não violar a regra de publicidade clara e verdadeira, vinculada à oferta apresentada).

6 DA RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR ANUNCIANTE

6.1 DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIZAÇÃO

Ante a todo o exposto, em apertada síntese ressalta-se o porquê de ser imperioso imputar responsabilidade ao fornecedor por erros de publicidade, havendo eles ocorrido mediante culpa ou não. Assim, pode-se dizer que é cabível a responsabilização vez que:

- a) era dever do fornecedor ser eficaz e diligente quanto aos anúncios por ele trazidos ao mercado;
- b) a responsabilidade do fornecedor é objetiva, então, a existência ou não de intenção de lesar é indiferente, havendo dever de indenizar de plano;
- c) o consumidor foi lesado e teve uma legítima expectativa (a oferta adere ao contrato e obriga o fornecedor²⁶) frustrada – ainda que o prejuízo moral não seja suficiente a ensejar reparação específica a título de danos morais, fato é que houve sim um prejuízo e que este deve ser de alguma forma reparado;
- d) pela Teoria do Risco, o fornecedor tem a permissão de criar riscos aos consumidores, mas tem também o dever de arcar com os prejuízos a eles causados e;
- e) a ausência de responsabilização fará com que os fornecedores não se prestem à devida diligência na hora de veicular suas ofertas, fazendo com que haja verdadeira insegurança e descrédito quanto aos anúncios, o que repercutirá negativamente no mercado de consumo como um todo (de consumidores até fornecedores).

6.2 DA FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ERRO DE PUBLICIDADE

Vista a incidência de responsabilidade civil, resta saber como esta se manifestará. A princípio, deve-se ressaltar que a indenização não poderá se pautar numa simples valoração de prejuízos morais ao consumidor frustrado, pois este caso não comporta a incidência de danos morais (embora muitos aplicadores do Direito confundam isso, afastando a responsabilidade pelo erro de publicidade sob a alegação de não haver danos morais, mas sim *mero aborrecimento*). São duas matérias distintas.

O valor precipuamente protegido não é a esfera moral do consumidor, mas sim a relação de consumo em si; o consumidor ora enganado merece ser responsabilizado não porque ficou profundamente abalado pelo desgosto gerado através da frustração do erro, mas sim porque ele e os demais consumidores têm direitos a serem garantidos pelo Ordenamento, tais quais a publicidade clara e verdadeira, bem como a obrigação do ofertante de se limitar ao que por ele fora ofertado.

Se, por outro lado, pretendesse punir o fornecedor anunciante com a proibição de proferir quaisquer publicidades durante determinado período, estar-se-ia impondo sanção demasiadamente prejudicial, pois diante de toda a concorrência existente ele rapidamente perderia espaço no mercado e suas vendas ficariam afetadas.

Portanto, conclui-se que a melhor forma de responsabilizar o ofertante infrator é aplicar a lei consumerista! Conforme expressa os art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, o ofertante se obriga a cumprir o que fora por ele ofertado e, caso não o faça, pode o consumidor prejudicado escolher entre exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou rescindir o contrato, sendo restituído e reparado em perdas e danos, caso haja. *In verbis* (BRASIL, 1990):

Art. 30. 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.

Art. 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 de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Dado o respaldo legal, é imperioso que o aplicador do Direito, diante de casos de erro de publicidade, se valha dos preceitos reparatórios e punitivos existentes no Código, posto que são eficientes para proteger o consumidor e a ordem econômico-comercial.

6.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PUBLICITÁRIO

Punido o fornecedor, resta analisar a responsabilização do agente que deu direta causa ao erro de publicidade. Conforme já exposto, o fornecedor não pode se eximir de sua responsabilidade frente ao consumidor alegando ter sido erro do agente publicitário e este o verdadeiro responsável. A partir do momento em que o anunciante assume o risco da publicidade, assume a correlata responsabilidade por eventuais prejuízos causados.

Portanto, contra o agente publicitário (quer seja funcionário do anunciante, quer seja alguém ou alguma empresa contratada justamente para isso), restaria ao fornecedor ajuizar posterior ação civil de reparação por danos materiais, cujo valor será correspondente à diferença entre o preço real do bem ou serviço e o preço pelo qual ele foi adquirido pelo consumidor.

6.4 DOS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR OFERTANTE

Por fim, resta determinar quando a responsabilidade do anunciante será afastada. Cabível será quando houver comprovada má-fé do consumidor e quando o fornecedor promover correção eficiente.

Conforme já exposto em tópico específico, a boa-fé do consumidor é pressuposto e somente pode ser afastada mediante prova. Assim, caso o fornecedor consiga comprovar a má-fé do consumidor (e não apenas alega-la ou pressupô-la), não haverá mais responsabilidade. Como exemplo, cita-se o caso em que o consumidor está em conluio com o agente publicitário e, quando por este informado de um erro cometido, efetua a compra com o claro intuito de se locupletar às custas do fornecedor. Agora, presumir que o consumidor está de má-fé devido ao baixo valor é um equívoco antijurídico tremendo, vez que os preços no mercado oscilam bruscamente com a concorrência e com a desvalorização no decorrer do tempo, bem como não raramente é possível presenciar superpromoções com preços notadamente inferiores ao padrão.

Lado outro, também será possível ao fornecedor eximir-se da responsabilidade se, em tempo hábil, promover correção eficiente da publicidade. Então, válido seria se valer de anúncios corrigidos que alcançassem a mesma proporção de consumidores que o anúncio errado alcançou, sendo veiculado de igual forma, a ponto de avisar eficientemente a todos da existência do erro (não necessariamente fazendo uma errata, sendo suficiente colocar o valor

correto, a fim de não macular a própria reputação no mercado). Entretanto, no caso de compras pela internet, se já houver sido efetuada a compra (com o fechamento do pedido) ou se no caso de compras em loja física, se o consumidor só vir a ser informado do erro no momento da compra (tendo se deslocado de seu lar para a loja, a fim de efetuar o negócio), a correção do erro terá sido ineficaz, dada a expectativa legítima frustrada e não terá o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor.

CONCLUSÃO

Como visto, a legislação consumerista e os princípios orientadores do Direito do Consumidor caminham no sentido de limitar o exercício da publicidade de maneira ampla, impondo deveres fundamentais a serem observados pelo anunciante, tais quais a clareza, veracidade e a suficiência de informações. Mais do que isto, a fim de proteger o consumidor determinou-se que a oferta veiculada obriga o anunciante e adere ao contrato a ser estabelecido, devendo então ser estritamente observada na realização do negócio.

Apesar de os vícios tocantes à publicidade enganosa e à publicidade abusiva serem devidamente rechaçados, percebe-se que o aplicador do Direito não tem tratado com o mesmo vigor os erros de publicidade. Nestes casos, tem sido afastada a responsabilidade do fornecedor de tal forma que o causador do erro fica impune e todo o ônus é suportado pelo consumidor. Seria esta a posição correta a ser adotada?

Resgatando a lógica do Direito Consumerista, entende-se que o tratamento concedido pelos aplicadores do Direito tem sido inadequado, ao passo que todo o sistema caminha no sentido de coibir os prejuízos causados por erro de publicidade. A única forma eficiente de assim o fazer é atribuindo responsabilidade e a devida punição. Dessa forma, tendo por base a responsabilidade civil objetiva ao fornecedor imputada (manifesta pela Teoria do Risco, que determina ser punível aquele que gera riscos através do empreendimento desenvolvido, quando dos riscos surtem danos), bem como o fato de que se mostra injusta a impunibilidade do fornecedor (vez que gerou dano ao consumidor e à ordem consumerista), deve o fornecedor anunciante responder pelos erros por ele causados à luz dos arts. 30 e 35, do Código de Defesa do Consumidor.

Posto isto, nos casos de erro de publicidade, salvo quando houver comprovada má-fé do anunciante ou quando houver correção eficiente de informação, deve ser o fornecedor impelido a realizar o negócio nos moldes do que fora por ele ofertado, ressarcir o consumidor através de outro bem ou serviço de valor equivalente ou restituir o dinheiro e perdas e danos, segundo a escolha do consumidor prejudicado. Esta imposição, além de compensar o consumidor, terá o condão de coagir o ofertante e a todos os demais fornecedores a não serem displicentes quanto ao dever de cuidado nas publicidades, resguardando assim a ordem consumerista e impedindo que haja um crescimento significativo de erros de publicidade.

Deve-se operar, pois, a responsabilidade civil objetiva e o consequente dever de reparar dos fornecedores ofertantes, quando na ocorrência de erros de publicidade.

REFERÊNCIAS

- ¹ LOUREIRO, João M., Direito do Marketing e da Publicidade, Ed. Semanário, Lisboa, 1985, p. 14.
- ² MALANGA, Eugênio. Publicidade uma introdução. 4. ed. Edima, 1987. p. 11
- ³ CHAISE, Valéria falcão. A publicidade em Face do Código de Direito do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11
- ⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. Revista da Esmese – Escola Superior de Magistratura de Sergipe, nº 7, 2004, p. 15-54.
- ⁵ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do Consumidor, Ed. Saraiva, 1993, p. 89
- ⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, vol. 9, 1994, p. 25.
- ⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 1991, p. 151
- ⁸ CRESPO, Leandro; CELANO, Cristal e RESTREPO, Carolina. Publicidade Abusiva. 2009
- ⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; Marques, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 210
- ¹⁰ MINAS GERAIS. TJMG - Apelação Cível 1.0145.10.067598-5/001, Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira , 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/04/2012, publicação da súmula em 08/05/2012
- ¹¹ RIO DE JANEIRO. TJRJ - RI: 03266713320108190001 RJ 0326671-33.2010.8.19.0001, Relator: LIVINGSTONE DOS SANTOS SILVA FILHO, Quarta Turma Recursal, Data de Publicação: 14/12/2011 15:35
- ¹² ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p 173.
- ¹³ MARTINS, Plínio Lacerda. Anotações ao Código de Defesa do Consumidor – Conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro. Forense. 3 ed. p 9.
- ¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995
- ¹⁵ BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil), Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
- ¹⁶ BRASIL. Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos

consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica

¹⁷ MARTINS, Plínio Lacerda. Anotações ao Código de Defesa do Consumidor – Conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro. Forense. 2005. 3 ed. p 11.

¹⁸ BRASIL. Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, 5. Ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1997, p. 320

²⁰ BENJAMIN..., p. 320

²¹ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. Direito do Consumidor I. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992, p. 157.

²² RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 24 ed.. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6

²³ BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil), Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

²⁴ GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, vol. 5, Revista dos Tribunais. 2011 p. 755.

²⁵ DISTRITO FEDERAL. TJDF - ACJ: 20140710133347 DF 0013334-26.2014.8.07.0007, Relator: LEANDRO BORGES DE FIGUEIREDO, Data de Julgamento: 11/11/2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/11/2014 . Pág.: 394

²⁶ BRASIL. Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Art. 30. 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.