



Recebido em 15 out. 2015.

Aceito em 26 out. 2015.

DIREITO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIZAÇÃO POR PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA: ANÁLISE DO CASO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE INTERNET MÓVEL ILIMITADO POR EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL.

*Cecilia Ethne Pessoa de Oliveira**

*Gabriela Mariel Moura de Azevedo***

RESUMO: Pretende-se analisar a responsabilização dos fornecedores e agentes publicitários que abusam de seus direitos, divulgando publicidades enganosas e abusivas no mercado de consumo. Serão diferenciados, então, os conceitos de publicidade e propaganda, bem como os de publicidade enganosa e abusiva, destacando-se os respectivos tratamentos jurídicos, sobretudo do Código de Defesa do Consumidor. Comparar-se-á, ainda, tais conceitos de publicidade ao caso dos contratos de fornecimento de internet móvel ilimitado de empresas de telefonia julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de comprovar a veiculação de publicidade de conteúdo e justificar a decisão liminarmente proferida.

Palavras-chave: Relação de consumo. Publicidade enganosa. Responsabilização.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a publicidade é uma das ferramentas mais eficientes para a promoção e circulação de bens e prestação de serviços. No contexto de uma sociedade capitalista, os anúncios tornam-se fundamentais para o desenvolvimento das relações de consumo, da economia e da própria sociedade, possuindo a capacidade de induzir e persuadir o consumidor.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 7º período.

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 7º período.

Entretanto, no afã de promover a venda em massa e obter lucros, tem sido comum que esse incentivo às práticas consumeristas estejam eivados de ilicitude, uma vez que divulgam determinados produtos ou serviços de forma enganosa ou abusiva, o que inevitavelmente trazem malefícios ao consumidor, agente vulnerável na relação.

Diante disso, não se pode deixar de regulamentar juridicamente os atos publicitários, buscando-se, principalmente, evitar os abusos e os danos que mitiguem os direitos e interesses dos consumidores. Nesse contexto, impende a análise acerca da responsabilização administrativa e penal das condutas publicitárias ilícitas, a luz da disciplina legal do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como do Código Penal.

Assim sendo, é objeto de estudo do presente trabalho a responsabilização penal e administrativa dos fornecedores que, nos atos publicitários, praticam condutas ilícitas, vinculando publicidades enganosas no mercado de consumo. Dessa feita, inicialmente devem ser estudados os aspectos conceituais que envolvem os institutos da publicidade e da propaganda, destacando-se a diferença e as características próprias de cada um desses termos. Além disso, incube também observar especificamente o que seria publicidade enganosa e publicidade abusiva, uma vez que o próprio CDC disciplina e destaca a diferença entre tais tipos de publicidade ilícita. Ademais, será analisado um caso concreto no qual se observou a vinculação de publicidade enganosa por parte de uma empresa de telefonia móvel cujo dano ao consumidor chegou a ser discutido e julgado em tribunais.

2 PUBLICIDADE E PROPAGANDA: ASPECTOS CONCEITUAIS

A respeito desse tema, Maria Elizabete Vilaça aduz que:

Essa distinção doutrinária não foi, de regra, observada pelo direito positivo brasileiro, que, em inúmeros diplomas legais, como por exemplo a Lei 4.680/65, utiliza os termos propaganda e publicidade como sinônimos. O Código do Consumidor incide no mesmo vício, ao referir-se à contrapropaganda, quando deveria aludir à contrapublicidade. De resto, na linguagem vulgar e comercial as expressões são utilizadas indiferentemente (LOPES. 2009, p. 158-159).

Diante disso, será analisado nesse capítulo os conceitos, objetos e fins aos quais se destinam a publicidade e a propaganda, como também as principais diferenças entre tais institutos.

2.1 Propaganda: conceito e objeto

Do ponto de vista etiológico, o termo “propaganda” (latim: propaganda) impende em “coisas que devem ser propagadas” carregando a intenção de divulgar aquilo que se faz fundamental ser conhecido pela sociedade. O instituto da propaganda, assim, traduz uma forma de comunicação essencialmente voltada para a difusão de ideias ou ideologias. Nesse diapasão, Vidal Serrano Nunes Junior conceitua a propaganda como:

toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade. (2001, p.16)

Dessa maneira, a propaganda se traduz na técnica que visa obter a adesão de pessoas a um sistema ideológico, político, social, econômico, educativo ou religioso, utilizando-se, muitas vezes, dos mesmos meios da publicidade, todavia, o seu objeto é de natureza ideológica e não comercial ou lucrativa.

Pode-se citar como exemplo de propaganda a veiculação na mídia de campanhas estatais envolvendo determinadas questões como trânsito, meio ambiente, saúde pública, cidadania. São, portanto, posturas ideológicas e sociológicas do Estado as quais objetivam educar a sociedade, instruir, difundir certo conhecimento, com o fim de alcançar a maior quantidade possível de pessoas e que essas possam aderir e agir consoante está sendo propagado.

2.2 Publicidade: conceito e objeto

O vocábulo “publicidade”, por sua vez, derivado do latim *publicus*, traduz a qualidade daquilo que é destinado ao público, sob a perspectiva comercial e econômica. Nunes Júnior entende por publicidade “o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços” (2001, p. 22-23). Cláudia Lima Marques conceitua a publicidade como “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado” (1999, p. 673). Enxerga-se, assim, que a publicidade tem como objeto as relações de consumo, ou seja, a atividade comercial, as quais se originam na venda de um produto ou prestação de um serviço onde de um lado está o fornecedor e de outro o consumidor.

Diante disso, tem-se que, seja a publicidade direta ou indireta, sempre dirá respeito às relações de consumo, almejando a venda de produtos ou prestações de serviço. Cumpre esclarecer que se entende como publicidade direta o anúncio que se destina a venda de produtos ou serviços específicos, o qual informa, desde já, o preço e as condições de pagamento. A publicidade indireta, por sua vez, veicula apenas o nome da empresa, com o intuito de demonstrar, de modo geral, a qualidade dos produtos e serviços, as vantagens e características daquela empresa, que, ressalva-se, não deixa de promover os produtos e serviços por ela fornecidos.

Além disso, pode-se considerar que a publicidade possui quatro aspectos fundamentais. Segundo Nunes Junior, a publicidade possui enfoque material, subjetivo, conteudístico e finalístico (2003, p. 114). O aspecto material manifesta-se por meio da comunicação social, a qual integra o próprio conceito de publicidade e se utiliza da televisão, rádio, internet, revistas e demais meios de comunicação para transmitir ao consumidor a mensagem que carrega a divul-

gação de determinado produto ou serviço. No que se refere ao aspecto subjetivo, o mesmo pode ser vislumbrado por meio das instituições públicas ou privadas, personalizadas ou não, que se ocupam com a publicidade de seus produtos, valendo-se, então, da subjetividade para alcançar os consumidores.

Em relação ao enfoque conteudístico, tem-se a vinculação econômica. Como já tratado, a publicidade se dirige às relações de consumo, tem característica comercial e, assim, objetiva a lucratividade, o que torna a vinculação econômica essencial para caracterizá-la. Por fim, a perspectiva finalística refere-se ao objetivo de, direta ou indiretamente, promover a venda de produtos e serviços por meio de uma divulgação efetiva. Esses quatro aspectos esclarecem, portanto, a própria definição do que seria a publicidade, bem como as características que marcam esse instituto, o diferenciado da propaganda.

No CDC, a publicidade é tratada especificamente no Capítulo V, Seção III, todavia o legislador não se preocupou em conceituá-la, ficando sob responsabilidade de a doutrina atribuir um conceito formal. É possível constatar que a distinção feita pela doutrina entre propaganda e publicidade por certas vezes não foi observada pelo legislador. A própria CF/88 incide no vício de confundir os conceitos quando, por exemplo, se refere à publicidade utilizando termos como “propaganda” e “propaganda comercial”¹.

Contudo, apesar da ausência de um conceito formal e da confusão entre os institutos, os termos utilizados na CF/88 e, especialmente, no CDC expressam o sentido da publicidade, ou seja, referem-se claramente aos anúncios de vinculação econômica dos produtos e serviços.

Sendo assim, estabelecidas essas premissas conceituais, esclarece-se que não será foco do presente trabalho as propagandas, as quais, como já foi tratado, tem cunho ideológico, mas sim anúncios publicitários sob a perspectiva comercial e econômica que envolve os consumidores como agentes da relação.

3 PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

É cediço que atualmente a publicidade é uma das ferramentas mais eficientes para a promoção e circulação de bens e prestação de serviços. No contexto de uma sociedade capitalista que estimula o consumo em grande escala, os anúncios de vinculação comercial tornam-se vitais para o desenvolvimento da economia e da própria sociedade consumerista. Paulo Vasconcellos Jacobina afirma que a publicidade não é só conteúdo, já que não se resume a informar as pessoas sobre as características de um produto ou serviço, mas, sim, um meio de despertar na mente a necessidade de consumir (1996, p. 32).

1 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXIX - *propaganda comercial*. (grifo nosso)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 4º A *propaganda comercial* de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessária advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. (grifo nosso)

Nesse contexto, o indispensável incentivo às práticas de consumo e o anseio de obter o sucesso esperado fazem com que anunciantes e veículos de comunicação faltem com a verdade, divulguem informações falsas, omissas, desvirtuadas e utilizem-se da publicidade ilícita sem medir os efeitos maléficos que podem causar ao consumidor. Tais condutas excedem os limites legais impostos e ludibriam os consumidores, prejudicam a concorrência, bem como ferem a ordem pública, a moral e o direito.

Assim, no afã de coibir e limitar tais excessos cometidos ao exercer a atividade publicitária, surgiram as proibições legais de vinculação de publicidades enganosa e abusiva, as quais se revelam por infringir os princípios da relação de consumo e as normas legais pertinentes, estando essa proibição expressa no CDC.

3.1 Publicidade enganosa

O CDC, no artigo 37, § 1º, aduz que a publicidade é enganosa quando apresenta conteúdo completamente ou parcialmente falso induzindo o consumidor em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços². Ademais, o legislador previu no § 3º do mesmo dispositivo a possibilidade da conduta enganosa por omissão, consistente em deixar de se informar ao consumidor dado essencial a respeito do produto ou serviço.

Nesse sentido, a publicidade enganosa é aquela que macula, essencialmente, os princípios da veracidade e boa fé e para a sua caracterização faz-se necessário que consistam elementos não verdadeiros relacionados a determinado produto ou prestação de serviço que sejam objetos do anúncio.

Segundo Rizzato Nunes, “o Código foi exaustivo e bastante amplo na conceituação do que vem a ser publicidade enganosa. O dispositivo quis garantir que efetivamente o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma meia-verdade” (2007, p. 459). O aduzido autor ainda afirma que “o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponde à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou ainda, a sua garantia etc.” (2007, p. 460).

Nesse contexto, nota-se que o legislador, ao dispor sobre a proibição da publicidade enganosa, buscou assegurar ao consumidor o direito fundamental da liberdade de escolher conscientemente, com a certeza de que sua vontade não estaria viciada e tampouco iludida por um anúncio publicitário enganoso.

Além disso, o já referido dispositivo do CDC permite esclarecer que a conduta enganosa do fornecedor pode ser comissiva ou omissiva. Na conduta comissiva, a publicidade enganosa revela-se pela ação direta na campanha, ou seja, o anunciante insere na peça publicitária

² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

¹ 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.

informações que não deveriam dela constar por não corresponderem com que o produto ou serviço é de fato. A conduta omissiva, por sua vez, demonstra-se pela ausência de informação essencial do produto ou serviço, corresponde, portanto, ao descumprimento de um dever objetivo por parte do anunciante em informar o consumidor a respeito de certos dados fundamentais para a contratação.

Diante dessas considerações, pode-se entender que a modalidade enganosa é uma espécie do gênero da publicidade ilícita - ao lado da publicidade abusiva que será tratada a seguir - voltada à manipulação da vontade consciente e livre do consumidor, com o potencial de causar danos e prejuízos patrimoniais.

3.2 Publicidade abusiva

No que tange a publicidade abusiva, o CDC disciplina no § 2º do artigo 37 que essa conduta é caracterizada nos anúncios que possuam caráter discriminatório, independente de sua natureza, que incite à violência e que explore o medo ou superstição. Ademais, o código também disciplina como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, que desrespeite normas ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à própria saúde e segurança.³

A partir da disciplina legal verifica-se, então, que a publicidade abusiva está relacionada, principalmente, com conteúdos publicitários discriminatórios, seja de ordem social, econômica ou racial ou que se utilizem da crença, do medo, da superstição e da inexperiência do consumidor e se aproveite da sua vulnerabilidade subjetiva para adquirir vantagens econômicas. Acerca disso, Rizzato Nunes considera que “o caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos que a publicidade possua ao causar algum mal ou constrangimento ao consumidor” (2012, p. 111).

Nesse contexto, importante se faz destacar que a publicidade abusiva não caracteriza, necessariamente, um prejuízo patrimonial ao consumidor, mas o caráter ilícito se configura no momento em que carrega conteúdos que agredem importantes valores e princípios da sociedade, afrontando, ao mesmo tempo, a moral, a ética e os bons costumes. Assim, na publicidade abusiva não se encontra, obrigatoriamente, uma inverdade e nem sempre tem o potencial de induzir o consumidor a erro, porém, torna-se ilícita por macular o consumidor como pessoa, lesando a sua integridade moral ou física.

4 RESPONSABILIZAÇÃO PELA VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADES ENGANOSAS E ABUSIVAS

³ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 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.

A prática da publicidade é garantida constitucionalmente, devendo reger-se pelos princípios de proteção e liberdade de expressão, opinião e criação, livre iniciativa e igualdade (art. 5º, XXXV, XVII, 170, 220, §§ 3º e 4º, e 22, parágrafo único, da CF/88), logo, como é um direito, cabe ao sujeito deste exercê-lo ou não. Mesmo assim, ao sujeito desse direito se impõe um ônus, pois tem dever de respeitar as regras e princípios atinentes a quem realiza tal atividade, com vistas a proteger o consumidor das manipulações dos anúncios publicitários, que por vezes o coage ao consumismo. Nesse sentido, coaduna o doutrinador Comparato (1974, p. 15):

O consumidor é vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto de exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência. Compra um objeto ou paga por um serviço, não porque a sua marca atesta a boa qualidade, mas simplesmente porque ela evoca todo um reino de fantasia ou devaneio de atração irresistível.

Sendo assim, como afirma o autor retro mencionado, claramente a publicidade induz o consumidor, atraindo-o e o levando a consumir diante do fácil acesso e exposição à propaganda, posto a popularização e a grande diversidade de meios de comunicação.

Por conseguinte, em razão da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo corroborada pela criação do CDC, implementado pela Lei nº. **8.078, de 11 de setembro de 1990**, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII; 170, inciso V da CF/88 e art. 48 de suas Disposições Transitórias, bem como com fulcro no artigo 5º, XXXV, CF/88, lei alguma poderá impedir de ser apreciado pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, se fez necessária a responsabilização do anunciante publicitário que abusa desse seu direito para induzir o consumidor e enganá-lo. À esse respeito, entende Mazon (2011, p. 538) que:

Para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária à vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos – basta a atividade. Basta à atividade de publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-auxiliares.

Destarte, a caracterização da mensagem publicitária, seja ela enganosa ou abusiva, conforme já diferenciado, independe da existência de dolo por parte do anunciante. Posto não ser considerada a intenção do anunciante, para efeitos civis, mas o objeto da informação que a compõe, o público-alvo e o contexto no qual é divulgada. Por consequência, o elemento subjetivo, isto é, o desígnio de induzir o consumidor ao erro ou culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia, apenas importará na esfera penal para o enquadramento do ato no tipo penal correspondente.

Não é determinante, portanto, se houve ou não má-fé por parte do anunciante, se foi o meio publicitário ou os próprios adquirentes dos produtos que realizaram tal prática, se o

fornecedor buscou evitar a veiculação de tal mensagem viciada, ou ainda se o consumidor foi enganado de fato no caso concreto. Suficiente é observar se a publicidade tem a capacidade de enganar o consumidor na situação prática. Logo, basta, conforme disposto por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, se constatar a existência da denominada “capacidade de indução ao erro” (2011, p. 203), ou seja, “sua capacidade de induzir em erro o consumidor, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual” (2011, p. 341).

Assim sendo, o CDC juntamente com o sistema de autorregulação e a participação da Administração, além do Poder Judiciário, se tornam aliados para promover os interesses dos consumidores, estando sujeito à apreciação judicial qualquer ato ou atividade que venha provocar danos a alguém, inclui-se aí a publicidade.

Nesse contexto, importante é a existência do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁴ conjuntamente com as disposições do CDC e a participação da Administração que do Poder Judiciário no intento de conter os abusos praticados contra os consumidores e promover o direito destes, estando sujeito à apreciação judicial qualquer ato ou atividade que provoque dano a alguém, inclusive a publicidade.

Ainda assim, merece destaque o CDC, no âmbito publicitário, ao passo que prevê repercussões legais aos que praticam essas condutas abusivas, tendo inovado em relação ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que o preexistiu, pois, apesar de neste já haver repercussão quanto a condutas inadequadas, não detinha a clareza jurídica que trouxe aquele, ao tratar do regramento jurídico da publicidade, dando-lhe capacidade de vinculação contratual e sistematizando as normas de controle das mensagens publicitárias.

O CDC, nesse sentido, se aprofunda a questão da publicidade, pois se restringe ao aspecto comercial, sendo a propaganda tutelada por outros diplomas. Como exemplo disso, há o artigo 6º, IV desse diploma legal que determina ser direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa, abordando-a no âmbito civil, e impondo como sanção administrativa a contrapropaganda para fins de pena específica às infrações cometidas (art. 56, XII).

Assim preconiza o CDC, em seu artigo 6º, III e IV, a necessidade de a informação ser prestada de forma adequada e clara em relação aos produtos e serviços, especificando quantidade, características, composição, qualidade e preço, como também alertando dos riscos que apresentem, além de determinar a proteção do consumidor contra publicidade enganosa, publicidade abusiva, publicidade clandestina (merchandising), métodos comerciais coercitivos ou desleais, e outras práticas que lhe prestem informações errôneas ou omissivas.

O CDC trata também da segurança do consumidor, preocupando-se, especialmente, com a incolumidade física e a vida do consumidor, conforme disposto no artigo 6º, I, CDC, que garante a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos decorrentes de práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos e o seu art. 8º que proíbe o

4 BRASIL. CBAP (1978). **Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 14 out. 2015.

comércio de produtos e serviços que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, com exceção dos considerados normais e previsíveis devido a sua natureza e fruição, sendo os fornecedores obrigados a prestar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

O CDC, então, justamente por buscar proteger o hipossuficiente na relação de consumo, que é o consumidor, e, no intento de equiparar as partes desiguais nessa relação, no que tange à publicidade, mais especificamente, criminalizou, conforme disposto em seus artigos 67 e 68, respectivamente, a prática de *publicidade abusiva*, determinando a detenção de três meses a um ano e multa àquele que faça ou promova publicidade que sabe ou deveria saber ser abusiva e detenção de seis meses a dois anos e multa àquele que faça ou promova publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Acerca dessa tutela penal constante no CDC, cumpre salientar, por conseguinte, que as condutas penalmente tipificadas praticadas contra o consumidor e as relações de consumo, lhe conferem maior efetividade no que se refere à defesa do mesmo ao passo que as reprimem.

O CDC, nesse sentido, merece maior atenção em relação às demais leis existentes, pois detém maior grau de especialidade, possuindo mais requisitos descritos na norma geral e sobressaindo-se sobre o Código Penal e legislação extravagante. Assim, os consumidores têm que ficar mais atentos às informações passadas nos meios de comunicação, na hora de adquirir um produto ou serviço para não ser lesado ao comprar um produto ou serviço.

No que se refere à Publicidade Enganosa ou Abusiva, tratado no art. 67 do CDC, então, Almeida (2010, p. 169) define o seu objeto, sujeito, tipo e consumação. Segundo esse autor, o objeto jurídico dessa conduta recriminada é o direito do consumidor de ser exposto à informação correta, protegido contra a publicidade de natureza enganosa ou abusiva e de ser prevenido contra danos patrimoniais e morais, descritos através do artigo 6º, incisos II, III, IV e VI, portanto concretizados no art. 37, §§ 1º, 2º e 3º, do CDC de acordo com os princípios da confiança, boa-fé, transparência e equidade, já que o bem jurídico protegido é a confiança e a segurança que devem prevalecer nas relações de consumo.

Demais disso, Almeida (2010, p. 169) classifica o sujeito como ativo ou passivo. Assim, serão sujeitos ativos os profissionais responsáveis pela criação e produção da publicidade, bem como os responsáveis pela veiculação nos meios de comunicação, conseqüentemente, o sujeito passivo será o próprio consumidor que, segundo o artigo 2º do CDC, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, posto ser ele quem é exposto à publicidade enganosa ou abusiva.

Por conseguinte, em relação aos responsáveis pelo dano decorrente da mensagem publicitária veiculada ao consumidor, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu art. 3º, determina: “Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor”.

Desta forma, infere-se que todos os responsáveis desde elaboração até a apresentação da mensagem publicitária respondem pelos danos causados (ALMEIDA, 2010, p. 169), sendo

considerados responsáveis solidariamente, posto o artigo 45 desse mesmo Código expor acerca da igualdade entre os responsáveis, e coadunar com o entendimento do artigo 7º do CDC, o qual equipara a responsabilidade de forma direta e solidária.

Salienta-se que, especificamente, quando se trata do fornecedor, este concorre com responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 12 do CDC, ao passo que o fornecedor é o detentor de toda a informação utilizada para publicização de um produto, logo, responsável pelos possíveis danos que vier a causar. A agência de publicidade, por sua vez, é responsável pela criação publicitária, ao passo que seus serviços são contratados pelo fornecedor.

Ainda assim, segundo entendimento doutrinário, existe divergência quanto em relação à responsabilidade da agência, observe-se que o autor Nunes (2012, p. 524) entende que a responsabilidade objetiva e solidária entre fornecedor e agência, bem como as eventuais cláusulas contratuais de limitação de responsabilidade celebradas entre eles apenas têm eficácia na relação interna, logo, não afetariam a relação com o consumidor.

Outra vertente, porém, afirma que a responsabilidade da agência para com o fornecedor é solidária e limitada, diz respeito, logo, a responsabilidade subjetiva, já que é necessária a comprovação do dano ou culpa da agência para que nasça a objetividade da responsabilidade, assim, conforme Grinover (2007, p. 367), defensor dessa tese, “a agência e o veículo só são corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo em sede civil”.

Nesse sentido, apesar do confronto doutrinário, entende-se que a agência de publicidade tem seu papel como participante da cadeia publicitária no sentido de fiscalizar as informações apresentadas, e, ao se omitir desse dever, deve responder, independentemente de culpa, no seu sentido amplo, pelos danos que forem causados, isto é, de forma solidária e ilimitada, ou seja, sem discussão de culpa.

Noutro pórtico, acerca do veículo de comunicação que é responsável pela divulgação da publicidade ao consumidor, merece destaque pelo fato de levar até o consumidor a informação do produto do fornecedor, então, é também responsável pelo que é veiculado e elaborado pela agência. A responsabilidade do veículo de comunicação é solidária e objetiva assim como a da agência de publicidade, segundo determinado no art. 45, caput do Código de Autorregulamentação Publicitária⁵.

Portanto, entende-se que o veículo de comunicação deve controlar o que veicula, bem como observar e fiscalizar eventuais danos de publicidade, recusando-se a veicular esse tipo de publicidade danosa, sob pena de responder de forma solidária e objetiva.

Importante é ainda destacar que a responsabilidade do fornecedor anunciante, das agências publicitárias e dos veículos de comunicação, é solidária, de acordo com o claro enunciado do § único do artigo 7º do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão

5 BRASIL. CBAP (1978). **Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 14 out. 2015.

solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Contudo, há uma exceção, que diz respeito ao caso específico de o veículo de comunicação não poder ser responsabilizado quando o anúncio não apresentar objetivamente e nele próprio o teor de abusividade.

Já com relação ao tipo, este pode ser classificado, segundo Almeida (2010, p.169), em objetivo, quando fizer referência à atuação, entendida no sentido de criar e/ou executar do publicitário e à promoção, quando feita diligência para veiculação da publicidade enganosa ou abusiva pelo responsável da veiculação. Ainda pode ser classificado em subjetivo, que será o dolo direto, quando a veiculação dessa publicidade decorrer da vontade livre e consciente de fazer ou promover, ou a culpa, quando tal publicidade for divulgada em decorrência de imprudência, imperícia e negligência do publicitário e/ou do responsável pela publicação, posto devesse saber do perigo da veiculação dela ao consumidor, bem como que se trata de conduta tipificada como crime.

A consumação, finalmente, trata-se da ação de fazer ou veicular publicidade nos meios de comunicação, independentemente de haver concretizado dano ao consumidor (ALMEIDA, 2010, p. 169).

A partir da análise dos dispositivos legais mencionados do CDC, conclui-se que uma vez veiculada a publicidade danosa, seja ela abusiva ou enganosa, caberá ao consumidor buscar a reparação dos danos a ele causados, bem como cobrar aos órgãos fiscalizadores a culminação de sanções aos responsáveis. É importante destacar, ainda, que as sanções previstas para a *publicidade enganosa* não visam a reparação de danos, mas sim punição dos que participaram de sua elaboração e divulgação, já as sanções aplicadas nos casos de *publicidade abusiva*, detêm tal caráter reparatório.

Diante do exposto, é importante expor acerca das sanções administrativas e penais cabíveis quando diante de casos de publicidade enganosa ou abusiva. Sendo assim, administrativamente, com o fito de coibir a publicidade abusiva, é cabível a interposição de ação civil pública, arguindo a suspensão liminar da publicidade e a cominação de multa, além da contra-propaganda que é meio cautelar de controle dessas práticas ilícitas.

Destarte a remoção ou sustação da publicidade, é uma pena imposta aos responsáveis por essa prática publicitária reprimida legalmente e visa à retirada de circulação da publicidade danosa, no intento de impedir que sejam gerados mais prejuízos aos consumidores. Tal sanção pode ser imposta pelos órgãos extrajudiciais como é o CONAR⁶, omo também pelo Poder Judiciário, e é a espécie de sanção mais aplicada nesse crime publicitário em específico, pois é entendimento comum que para ser reparado o dano causado é necessário, antes de tudo, a sua cessação.

A multa é outra sanção possível de ser aplicada nesses casos de publicidade danosa. Nesse sentido, entende Speranza (2013, p. 36) que a “multa, via de regra, não é pena imposta

6 BRASIL. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **Missão**. São Paulo. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 14 out. 2015.

em primeira infração, e sim pelo descumprimento reiterado de outra penalidade, ou reincidência sobre infração”. Do exposto, infere-se que tal sanção de cunho pecuniário é culminada ao causador dessa publicidade com caráter punitivo, pois visa punir o autor dessa prática publicitária ilegal com o fito de impedir a ocorrência de futuras práticas lesivas semelhantes. Ademais, como é considerada pena administrativa, é imposta por órgãos alheios ao Poder Judiciário, como o PROCON, a quem cabe fiscalizar o direito do consumidor.

Outra sanção passível de ser imposta é a advertência a qual, segundo Speranza (2013, p. 36), “é tratada na seção que pertine às sanções, pois macula o responsável, tornando evidente sua conduta irregular, que, se não for revista espontaneamente, será objeto de sanção mais gravosa”. Porquanto a advertência se trata de uma espécie de aviso direcionado ao responsável pela publicidade enganosa ou abusiva, o qual lhe orienta no sentido de corrigir sua conduta, normalmente quando se trata de uma primeira conduta irregular, e preferível de ser aplicada nesses casos para evitar pena mais grave, a exemplo da multa.

A contrapropaganda, ou melhor, a contrapublicidade, ao seu passo é sanção mais grave e diz respeito à imposição feita ao infrator de veicular nova propaganda retificando informações da propaganda danosa anteriormente divulgada, nos mesmos meios em que esta publicidade lesiva foi realizada, de forma a atingir o mesmo público e reverter os efeitos danosos então ocasionados, a qual, por conseguinte, deve ser custeada pelo infrator. Logo, é obrigatória quando aplicada e deve reparar o dano causado pela publicidade enganosa ou abusiva, sendo, antes de qualquer coisa, retirada de circulação a propaganda danosa.

Já na seara penal, as sanções possíveis estão dispostas nos artigos 63, 66, 67, 68 e 69, do CDC. Podem, segundo estes dispositivos normativos, ser sancionadas penalmente as condutas de omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, invólucros ou publicidade, fazer afirmação falsa ou enganosa sobre produto ou serviço, bem como promover publicidade que sabe ou deveria saber que é enganosa ou abusiva ou deixar de organizar dados fáticos, técnicos ou científicos que dão base à publicidade, sendo passíveis de ação pública incondicionada e sujeitas a pena de detenção e multa, variando conforme cada caso.

Quanto aos delitos considerados mais graves, isto é, os dolosos, estes são punidos, segundo os § 2º do artigo 63 e § 2º do artigo 66 do CDC, sendo aplicadas, cumulativamente, detenção e multa, e sendo possível, ainda, a concessão de *sursis*, que é uma suspensão condicional da pena, a suspensão do processo e o cumprimento em regime semi-aberto ou aberto da pena, devendo ser processada a ação perante o Juizado Especial Criminal, conforme permite o Código Penal brasileiro.

Todavia, além do CDC, com intuito de impedir que a publicidade enganosa ou abusiva constranja ao consumidor pessoa física ou a empresas, é fundamental a atuação do CONAR⁷,

7 BRASIL. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **Missão**. São Paulo. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 14 out. 2015.

que é uma organização não-governamental criada com o intento de promover a liberdade de expressão da publicidade, como também de defender os preceitos constitucionais da propaganda comercial.

Essa organização busca, então, atender às denúncias de consumidores, autoridades, associados ou às formuladas pelos integrantes da própria diretoria, aplicando, conforme os preceitos básicos da ética publicitária, o controle das atividades publicitárias mediante a execução do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do qual se utilizam para fiscalizar e punir anúncios publicitários danosos, sendo presumida a boa-fé dos responsáveis destes e lhes assegurando o duplo grau de jurisdição, isto é, o devido processo legal.

5 PUBLICIDADE ENGANOSA NO CASO DO BLOQUEIO DA INTERNET MÓVEL PELAS OPERADORAS DE TELEFONIA

A Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do estado do Rio de Janeiro (PROCON-RJ) interpôs Ação Civil Pública contra as empresas de telefonia OI S/A, TELEFÔNICA BRASIL S/A, CLARO S/A e TIM CELULAR S/A, instaurando o processo nº. 0052224-82.2015.8.19.0001 visando à proteção ao consumidor⁸. Segundo o sítio do PROCON-RJ em matéria deste ano de 2015, referidas operadoras modificaram, unilateralmente, os contratos de telefonia com internet ilimitada, firmados com seus clientes, ao passo que antes o serviço de acesso à internet móvel era apenas reduzido após a utilização da franquia de dados contratada pelo consumidor, e, com tal alteração, os clientes de planos pré-pagos passaram a ter esse serviço cortado quando o limite da franquia era atingido, desrespeitando a publicidade feita de que esse serviço seria “ilimitado”.

Nesse sentido, acertadamente, a decisão de 30 de abril de 2015 da juíza de Direito Maria da Penha Nobre Mauro, da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro deferiu liminar no citado processo, determinando que tais empresas de telefonia não mais bloqueassem o acesso dos consumidores de tal serviço de internet no estado, quando firmados contratos de serviço ilimitado, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Assim decidiu essa nobre magistrada, pois, a alteração contratual de forma unilateral constitui prática abusiva já que se trata de publicidade enganosa e prática comercial desleal ou coercitiva, isto é, práticas criminalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como exposto, das quais decorre responsabilização civil aos autores.

A juíza alertou, nessa decisão, que *“Os princípios que norteiam as relações de consumo asseguram ao consumidor informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, bem como o protegem contra a publicidade enganosa e as práticas comerciais desleais ou coer-*

8 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Ação Civil Pública** nº 0052224-82.2015.8.19.0001. Relator: Juíza de Direito MARIA DA PENHA NOBRE MAURO. Data de Julgamento: 30/014/2015. Data de Publicação: DJERJ 08/05/2015, fls. 264-273. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2015.001.043125-3&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 14 out. 2015.

citivas”. Segundo a julgadora, as relações de consumo devem ser guiadas pelos princípios da boa-fé objetiva, equidade e transparência, vedando-se as práticas abusivas “*que onerem exacerbadamente e prejudiquem o consumidor*”.

Sendo assim, como a publicidade enganosa configura-se pela falta de informação a qual o CDC determina como imprescindível, posto a existência do dever de informar, aos responsáveis pela publicidade, a situação concreta descrita, no caso ora analisado, diz respeito à prática publicitária enganosa, ao passo que, o contrato firmado foi de acesso ilimitado à internet móvel, nada sendo alertado acerca do bloqueio desse serviço quando esgotada o prazo franquiado.

Como já exposto, o CDC prioriza os direitos do consumidor nas relações de consumo, tendo em vista sua condição de vulnerabilidade, nada obstante, o CDC em seu artigo 51, inciso XIII, determina que, nos contratos de adesão, como é o caso, são nulas de pleno direito as cláusulas que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração”, em seu artigo 6º, inciso IV, dispõe ainda que “a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” são direitos básicos do consumidor, logo, não podem ser violados.

Ora, se nesse caso estudado, a interrupção do serviço não foi informada antecipadamente ao consumidor quando da sua contratação, este não pode ser onerado em razão de mudança contratual unilateral por parte das operadoras de telefone, pois, além de estarem impedidas de modificar unilateralmente o contrato, cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento do serviço ferem o direito básico do consumidor.

Tal alteração unilateral do acordo, ademais, constitui prática publicitária enganosa, pois o anúncio publicitário ofertava serviço de internet móvel ilimitado, nada se referindo ao bloqueio do serviço quando findo o pacote franquiado. Reporte-se que, na teoria dos contratos do Direito Civil, se verifica o contrato de consumo e/ou adesão comporta a oferta ao público, conforme o art. 429 do Código Civil de 2002, pois a publicidade é um meio de veicular oferta e obrigar anunciante-fornecedor a uma proposta através de requisitos essenciais ao contrato, salvo se resultante de circunstâncias ou de usos.

Além do exposto, constata-se que toda a informação ou publicidade veiculada de forma precisa em qualquer 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”, nos termos do artigo 30, que trata do princípio da vinculação da oferta, e do artigo 67, do CDC. Destarte, infere-se que a conduta do caso ora analisado exercida pelas operadoras de telefonia supracitadas, constitui publicidade enganosa, pois a o contrato não cumpriu com a informação veiculada, omitindo informação que levou o consumidor a contratar serviço, já que este havia contratado serviço anunciado como ilimitado e as operadoras passaram a bloqueá-lo quando atingido determinado limite.

Dessa forma, a decisão da magistrada do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi

correta ao deferir a liminar e impedir o bloqueio do serviço ofertado nesse estado pelas operadoras de telefonia acusadas quando firmados contratos de fornecimento do serviço de forma ilimitada, posto, conforme exposto, claramente o presente caso se trata de publicidade enganosa que afronta a boa-fé objetiva do consumidor induzindo-o a erro, bem como viola dispositivos do CDC e do Código Civil de 2002, posto a oferta veiculada dever integrar o contrato e a alteração unilateral de cláusula contratual, após celebração do contrato, ser nula.

6 CONCLUSÃO

A publicidade tem função, pois visa difundir um produto ou serviço e vendê-lo em massa, ou seja, é uma prática comercial, logo, influencia drasticamente as relações de consumo, de modo que interessa ao Direito ser regulá-la e controlá-la, em benefício da preservação dos direitos básicos do consumidor, sujeito vulnerável nas relações de consumo o qual o CDC protege com fito de reequilibrar tais relações.

Dessa forma, a tutela visa conter os abusos e excessos por parte dos responsáveis pela publicidade danosa ao consumidor, estabelecendo o CDC, a responsabilidade solidária e objetiva a todos esses responsáveis, criminalizando as práticas publicitárias enganosas e abusivas e impondo multa, pena e demais cominações previstas a quem praticá-las.

Por essa razão, mais do que salutar foi a decisão da Juíza de Direito do estado do Rio de Janeiro em impedir, liminarmente, o bloqueio do serviço o qual havia sido publicizado como ilimitado, em respeito aos princípios da vinculação contratual, da boa-fé objetiva do consumidor e aos dispositivos legais e constitucionais que garantem que o consumidor seja beneficiado nas relações de consumo tendo em vista sua vulnerabilidade e impõe penas aos fornecedores de serviços que abusam do seu direito à liberdade de expressão e incorrem em práticas ilegais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 13, n. 15/16, p. 15-40, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. [Comentado pelos autores do anteprojeto].

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O Consumidor e a publicidade**. In: MARQUES, Claudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 1.. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set,1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. In: MARQUES, Claudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 20, v. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2011.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, v. 12, n. 83, p. 34-62, maio/jun., 2013.

CONSUMER LAW AND ACCOUNTABILITY FOR MISLEADING AND ABUSIVE ADVERTISING: ANALYSIS OF INTERNET SUPPLY CONTRACT CASE FOR UNLIMITED MOBILE WIRELESS COMPANIES.

ABSTRACT: It intends to analyze the accountability of providers and advertisers who abuse their rights practice, disseminating misleading and unfair advertising in the consumer market. Will be different then the concepts of advertising, as well as the misleading and abusive advertising, especially their legal treatment, especially of the Consumer Protection Code. Compare up will also such advertising concepts to the case of contracts for unlimited mobile internet phone companies judged by the Court of the State of Rio de Janeiro in order to confirm the placement of advertising misleading content

and justify the decision handed down outright.

Keywords: Consumption ratio. Misleading advertisement. Accountability.