

# Furto de Propriedade Intelectual

## 1 - Direito Autoral: uma explanação sobre o furto de bens intelectuais

(\*) Suzana Joaquim de Oliveira Carmo

*Resumo: A autora trata da violação aos direitos do Autor, evidenciando a contrafação e o plágio. Demonstrando que, em verdade, o plágio se mostra um delito de maior gravidade, posto que, a conduta por ele descrita, nada mais é, senão o furto de bens intelectuais. Razão pela qual, deva seu agente sofrer as sanções previstas para este tipo penal, deixando à contrafação os preceitos ditados pelo artigo 184, e seus parágrafos do Código Penal.*

*Palavras-chaves: Direito Autoral, Contrafação, Plágio, Direitos Intelectuais, Constituição Federal, Lei 9.610/98, Código Penal, Delito, Furto, Capital Humano, Ativo Imaterial, Patrimônio Personalíssimo.*

Este nosso trabalho, em função do tema, ou mesmo, em razão da ausência de textos doutrinários em número suficiente a tratar do assunto, exige de nós, de certo modo, uma real exposição de motivos. E, embora a questão dos direitos autorais no Brasil tenha a salvaguarda constitucional, conforme artigo 5º, inciso XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar - e ainda, esteja a matéria regulada de forma abrangente pela Lei 9.610/98, ou seja, por norma fundamental, positiva e exequível, ainda assim, em nosso dia-a-dia nos deparamos com lesões notórias a estes direitos autorais, morais e intelectuais protegidos por lei.

É tão comum observarmos o “furto” de idéias, argumentos, teses, estilos, enfim, a forma inventiva e criativa é rotineiramente usurpada, subtraída de maneira escusa, e, muitas das vezes, sequer constatada pelo verdadeiro e legítimo dono, sim, utilizamo-nos da palavra “dono” para expressar a extensão deste direito de propriedade e domínio, que sob a ótica jurídica, nos termos do artigo 1228, caput, do Código Civil de 2002, consiste na: faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Sendo que, no que tange aos direitos intelectuais, tal propriedade é, impreterivelmente, parte da personalidade humana.

Aqui cabe um parêntese, uma reflexão a partir da certeza encontrada por René Descartes, aquela nascida da dúvida atroz de qualquer ser vivente quanto à realidade e limites de sua existência, temos: “Penso, logo existo”[\[1\]](#). Mas, esta afirmativa de Descartes, como um argumento convincente do imaginário e da cognição por ele alcançada, vem atrelar nosso raciocínio àquele que aponta o “insumo intelectual” como um dos elementos de maior valia, um ícone expositivo e identificador da personalidade e essência do ser humano, portanto, indescutível daquele que o possui, ou melhor, da mente da qual se originou.

E sendo o homem um ser racional, capaz de acumular conhecimento, capaz também de evoluir e expandir-se através de sua cultura, e tem posse da informação de que na atualidade social, não nos basta pensar. É obvio que, se pensamos, conseqüentemente, existimos, é fato sedimentado na afirmativa de Descartes, e por nós não refutado.

De sorte, a magia criadora não se restringe à pauta do pensamento comum, à formulação basilar das “idéias”, daquelas restritas e necessárias à nossa sobrevivência na comunidade social. A criação é uma força vetorial, por conseguinte, produtiva; erigindo e edificando pensamentos que no mundo exterior ganham forma, e por qualquer meio suporte, são capazes de nos imprimir. Questões estas, que também nos foram colocadas por Descartes:

“[...] essência ou natureza reside unicamente em pensar e que, para que exista, não necessita de lugar algum, nem depende de nada material, de modo que eu, isto é, a alma, pela qual sou o que sou, é totalmente diversa do corpo e mesmo mais fácil de ser reconhecida do que este e, ainda que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é”.<sup>[2]</sup>

Se, longe de ser falsa tal afirmativa, compreendemos, desde logo, que um homem nada mais é, senão sua obra, fruto de seu intelecto e criação de seu espírito. Tanto que, sua obra permanece além de sua existência física.

Não obstante, este o conceito trazido pela Lei 9.610/98, que em seu artigo 7º preceitua: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. (grifo nosso).

Em outra oportunidade, em trabalho sobre a personalidade, tivemos a possibilidade de dissertar sobre a inteireza humana, demonstramos estar ela envolta e valorada pela inestimabilidade<sup>[3]</sup> e, garantida ainda, pela imprescritibilidade. Ou seja, a personalidade possui direitos específicos e inerentes, tangidos por uma característica real, haja vista, não se perderem pelo desuso.

A personalidade é o que diferencia os seres, em suas distintas características e, quando apartada do juízo de valor, significa um conjunto de elementos particularizadores que distinguem o indivíduo dos demais. E, nesta órbita, cada um é um ser único; fenômeno que não se repete. Cada um de nós possui seus caracteres diferenciadores, quer intelectual, quer moral, ou ainda, emocional, enfim, sofremos influência multifatorial do mundo externo, no desenvolvimento de nossa personalidade, razão pela qual, a força criadora se exprima sempre de uma maneira única e pessoal. E, diante disto, tudo que integra esta essência personalíssima, necessariamente ganha o “status” de bem, em função não só de sua raridade, mas, principalmente, pela impossibilidade de reprodução espontânea.

Embora, seja cediço, que no âmbito penal, o Código brasileiro disponha de apenas um dispositivo literalmente voltado à proteção dos direitos intelectuais, conforme se verifica no Título III, Capítulo I, artigo 184, e seus parágrafos. E o dispositivo aqui mencionado, nos parece estar mais afeito ao delito de contrafação, pois, resta-nos claro na leitura na lei, haver uma condicionante expressa à conduta delitiva, apresentando-se como um segundo elemento subjetivo do tipo, que reside além do dolo, que é o: “intuito de lucro”, ainda que indireto.

Todavia, o “intuito de lucro” mencionado pela lei, evidentemente, volta-se tão-somente ao cunho econômico, noutras palavras, sua significância legal se restringe e se encerra numa dotação de resultado com aumento ou manutenção de riqueza. Porém, ao nosso ver, ao tratar de delitos praticados na seara dos direitos intelectuais, mais apropriado seria encontrar no texto legal uma expressão adequada e apta a designar o ânimo do agente, que seria: “intuito de vantagem”, em vez de lucro, pois, a vantagem sim, pode pairar em qualquer órbita de benefícios auferidos, enquanto o lucro nos dá a

noção cartesiana de algo que sobreveio ou sobressai ao custo, que no caso em tela, para o agente delitivo, o dispêndio de seu custo é zero, se considerarmos que o objeto que lhe traz vantagens foi simplesmente usurpado, portanto, isento de custo.

Neste ponto, é condição primordial, lembrar a diferenciação havida e apontada pela doutrina, apartando o conceito dado à contrafação daquele que se doa ao plágio.

A contrafação pura e simples tange à reprodução não autorizada pelo detentor dos direitos autorais, tendo seu centro de atuação ligado à vantagem econômica auferida em razão desta reprodução, e não tem como objetivo o reconhecimento da titularidade da obra, enquanto o plágio permite uma usurpação fracionada, podendo ser total ou parcial, e busca empreender a apresentação do objeto do furto, como sendo de sua propriedade ou autoria.

Noutras palavras, na contrafação há um “animus” voltado à vantagem econômica, no plágio, a motivação não se direciona ao lucro, mas sim, à afirmação social do conhecimento, capacidade e prestígio trazido àquele a quem se intitula e se reconhece a autoria da obra.

E, sob este prisma, a figura jurídica do plágio apresenta maior gravidade, posto que, não se encerra com a usurpação, ao contrário, enseja sempre um delito conexo, pois, a partir do momento em que o agente apresenta a obra usurpada com sendo de sua titularidade, exterioriza e propaga uma conduta extensiva e fraudulenta. O que faz com que o conhecedor da obra seja também uma vítima, desta feita, do crime de estelionato. Assim, no que concerne ao furto de bem intelectual, reconhecemos um delito progressivo, pois, contém uma passagem de ação que vai de uma figura típica de meio, até outra de maior gravidade, sendo esta última denominada delito-fim, e este deve ser realizado para que o agente alcance o resultado pretendido.

Todavia, estas questões conceituais, ou, de reconhecimento de um “dolo” genérico ou específico, não ganham importância, se considerarmos tão-somente o mal que elas nos causam.

É interessante anotar que, para os efeitos legais os direitos intelectuais são considerados bens móveis; estamos, portanto, falando em síntese do delito de “furto”, onde a conduta tipificada se expressa como: “subtração de coisa alheia móvel, com o escopo de dela se apoderar, definitivamente, em proveito próprio ou de outrem”, e nesta mesma ordem, encontra-se também os bens intelectuais.

Razão pela qual, nossa tese neste trabalho aponta ser esta a verdadeira conduta típica. Vê-se que a usurpação da propriedade intelectual é um gênero que abrange inúmeras espécies, ou melhor, o agente delitivo utiliza-se das mais variadas formas e mecanismos, para que haja sua manifestação. Noutras palavras, a conduta se exterioriza por diferentes modos de execução, porém, em todos eles é dolosa, sempre há uma vontade livre e consciente determinada a alcançar deliberado fim; pode ainda, ser variável quanto ao grau de sua apropriação.

Enfim, pode o referido furto ser variável quanto aos parâmetros quantitativos, abranger seu objeto de modo total ou parcial, mas, nem por isto, atinge com menor lesividade e importância o bem patrimonial contido no acervo de outrem.

Presente em todos os segmentos, atingindo obras literárias, artísticas ou científicas, trazendo consigo uma indignação que nos assola na rotina diária, fazendo com que o furto se torne um delito corriqueiro, e, infelizmente, sempre propagação.

Quem de nós, já não reconheceu a repetição de um argumento de roteiro, dando, por isto, similitude às novelas, textos teatrais e filmes.

Por vezes, nossa compreensão reconhece seqüências inteiras, cenas que são pinçadas de uma obra, para dolosamente serem insertas em outra; obras de arte, que em verdade só reproduzem o “artifício” de quem nada produz; textos que transcrevem integralmente uma idéia, sim, a exposição de uma mesma idéia, onde apenas houve uma transmutação de palavras, e, as vezes, com maior desrespeito à Lei e aos direitos do Autor, a reprodução expositiva é “ipsis literis”, onde o agente delitivo sequer demonstra qualquer preocupação com a evidência.

Sem deixar de mencionar a questão dos nomes, marcas e sinais de identificação de produtos industriais, que são também comumente usurpados.

Como dito, sob esta nossa ótica, as questões aqui apontadas, notadamente, também são ilícitas sob o ponto de vista civil, tangendo às possibilidades de tornar indene o sujeito passivo da lesão. Todavia, é na questão penal que a conduta de fato e de direito encontra-se tipificada, e é também por esta via de acesso que deve ser reprimida.

E, em tempos modernos, com o avanço tecnológico, e a difusão da informática, dentro da realidade atual em que o mundo se identifica como aldeia global, e o acesso às informações interliga pessoas; onde o cenário dos acontecimentos instantâneos é nomeado como: “Sistema Network”, a coisa ilegal ganha maior vulto e propagação, em função das facilidades de acesso não só ao material objeto do furto, como também, na agilidade e simplicidade exigidas à sua reprodução.

Não menos verdade, é que nos dias atuais o capital humano, e nele incluso toda a capacidade inventiva e fonte criadora existente em cada um de nós, ganha atenção e importância. Segundo Richard Crawford, em seu livro: “In the era of human capital: the talent, the intelligence and the knowledge as an economic power. Impacts in enterprises and in investment decisions”<sup>[4]</sup>, já no título de sua obra nos revela a nova concepção de valores antes não apreçáveis, e que hoje, são reconhecidamente de cunho econômico, ainda que, não estejam empregados diretamente no suporte de uma determinada obra. Crawford faz uma análise primorosa da gestão do conhecimento, conseqüentemente, do rol dos bens imateriais – ativos intangíveis, tais como: talento, capacidade intelectual, inteligência etc. E com isto, demonstra que estes são elementos que, hoje, no âmbito do mundo empresarial, diferenciam pessoas e, são verdadeiramente “senhas de acesso” relevantes no momento da contratação.

Diante disto, retomando propositadamente à afirmação de René Descartes – “Penso, logo existo” – reafirmamos que, na contemporaneidade não nos basta pensar, ou, é possível afirmar que, nem todos estão aptos a pensar de modo inovador ou criativo. O que faz com que aqueles que possuem este talento, sejam os detentores de um objeto cada dia mais raro e valorizado na demanda deste mercado moderno, que é a inventividade.

Mas, embora estejamos convictos de que talento, competência, capacidade, inventividade, inovação, entre outros, constituam um universo multidimensional, um conjunto de diferentes habilidades, que, por constituir em um potencial de componentes internos, se perfazem em atributos pessoais e personalíssimos, integrantes da personalidade, e de tal modo, se traduzem em bens e valores natos, isto é, espontâneos e involuntários.

A exemplo da inteligência, que é uma capacidade mental geral e ampla, que envolve habilidade de raciocínio e desempenho intelectual de percepção. Conceituada

por Howard Gardner, a partir da Teoria das Inteligências Múltiplas, como: "um potencial biopsicológico para processar informações que pode ser ativado num cenário cultural para solucionar problemas ou criar produtos que sejam valorizados numa cultura"[5], (grifo nosso), e, desta forma, não pode e nem deve estar atrelada ou correlacionada às letras de uma atividade acadêmica, e neste aspecto, diferencia-se da cultura em si, pois, esta sim, é objeto de acúmulo, ensinamento e aprendizagem.

Contudo, mesmo ante a constatação de que a criação inventiva é um privilégio adstrito somente há alguns de nós, o fato de não sermos a par destes, senhorio destas mesmas qualidades, não é sob qualquer aspecto elemento ou evento autorizante, tampouco, permissivo à prática de um delito. E, desta forma, qualquer que seja a modalidade: contrafação ou plágio, o furto de bem autoral ou intelectual, não minimiza a gravidade da conduta, não abre ao sujeito ativo qualquer excludente, também não o isenta do desprezo social.

Com previsão legal integral - Lei 9.610/98 - Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Daí porque, toda e qualquer conduta empreendida com o objetivo de usurpação, deve ir de encontro à tipificação descrita no delito de furto, conseqüentemente, deve sofrer seu agente as sanções e os rigores da lei.

## Notas:

[1] DESCARTES, René. "Discurso sobre o Método". Coleção: Ciências Sociais & Filosofia. 9ª ed., Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, Curitiba: Hemus, 2000. Quarta Parte, p.66. A frase: "Penso, logo existo", aparece nesta obra de Descartes, em que, através da dúvida radical, encontra o princípio da certeza racional. E, de posse da certeza, afirma haver uma autonomia entre corpo e alma, compreendendo a última nossa real existência. E, por reconhecer independência entre o físico e o mental, afirma ainda, que na alma é que se encontra aquilo que somos, e mesmo sem a materialidade do corpo, um ser permanece sendo o que é.

[2] Op. Cit, nota 1, p.67.

[3] Inestimabilidade em seu sentido literal e axiomático, denotação de que algo é por natureza precioso, caro, inimaginável, de imensurável valor e estima.

[4] No Brasil, com tradução de Luciana B. Gouveia, "Na era do capital humano: o talento, a inteligência e o conhecimento como forças econômicas. Seu impacto nas empresas e nas decisões de investimento", publicado pela Editora Atlas, 1994.

[5] Gardner, H. Inteligências Múltiplas: a teoria na prática. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas. 1995. p.47.

## Informações Bibliográficas

CARMO, Suzana Joaquim de Oliveira. Direito autoral: uma explanação sobre o furto de bens intelectuais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 55, 31/07/2008 [Internet]. o Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

## Informações sobre o Autor

(\* ) Suzana Joaquim de Oliveira Carmo

Funcionária Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC/SP e, em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC/SP., pós-graduada em Semiótica Psicanalítica - Clínica da Cultura, também pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC/SP.

(Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2876](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2876), acesso em 13/11/2011)

## 2 - PLÁGIO: ESTELIONATO INTELECTUAL E UM PÉSSIMO

(\*) Daniel Pacheco Pontes

### 1 A importância do trabalho científico e as principais razões que levam o pesquisador ao plágio

Infelizmente, o Brasil tem pouca tradição no que diz respeito à pesquisa acadêmica. Tal idéia fica muito clara ao observarmos o grande número de Universidades que priorizam apenas o ensino, deixando de lado a pesquisa e a extensão<sup>1</sup>.

Muitas vezes, a pesquisa é encarada por alunos e professores como um “pedágio”, um obstáculo a ser transposto para se alcançar determinado grau acadêmico.

Há muitas razões para tanto, além da falta de tradição cultural já mencionada, podemos mencionar alguns problemas mais frequentes, como o fato de muitos estudantes trabalharem e realizarem estágios durante a sua graduação – prática incomum em outros países – ou, no caso específico de professores, a cumulação de carreiras, isto é, o fato de contarmos com poucos professores que se dedicam exclusivamente à docência<sup>2</sup>.

Todavia, nada pode justificar a colocação da pesquisa em segundo plano, uma vez que podemos dizer sem qualquer exagero que esta é a mais importante das atividades universitárias. Se as instituições de ensino superior tivessem como missão apenas reproduzir o conhecimento já existente, certamente não nos beneficiaríamos de todo o desenvolvimento ocorrido no último século em todas as áreas do conhecimento humano, simplesmente porque ele não ocorreria, já que os professores apenas repetiriam durante toda sua carreira as mesmas aulas, sem trazer nada de novo.

De qualquer forma, o estudante pouco habituado com a pesquisa frequentemente se esquece de sua importância, o que, juntamente com a falta de tempo, pode ser um convite ao plágio. Afinal, se a monografia é encarada como um mero obstáculo sem utilidade prática, é natural que o indivíduo que se encontre nesta situação procure formas pouco trabalhosas de superá-lo.

Nos últimos anos, com o a popularização da internet e dos computadores pessoais, o problema agravou-se – é bom que se diga, não apenas no Brasil<sup>3</sup> - fica cada

---

<sup>1</sup> Antônio Joaquim Severino. Metodologia do Trabalho Científico. 23ª Edição. São Paulo: Cortez, 2007, p. 29.

<sup>2</sup> Eduardo C. S. Marchi. Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos). Lecce: Edizioni Del Grifo, 2002, p. 46, 47.

<sup>3</sup> Idem, p. 49.

vez mais fácil localizar trabalhos sobre o tema que deveria ser pesquisado que podem ser facilmente plagiados<sup>4</sup>.

## 2 Conceito de plágio

O conceito de plágio nem sempre é claro, uma vez que o trabalho de pesquisa bibliográfica necessariamente implica em transcrições e paráfrases de outros autores, razão pela qual vale a pena tentarmos estabelecer alguns parâmetros neste ponto.

Há plágio quando alguém apresenta texto de outrem como se fosse de seu, utilizando-se das idéias alheias sem lhes dar o devido crédito. Tal conceituação é consequência lógica de uma das principais regras do trabalho científico, a de que todas as referências a trabalhos alheios devem vir acompanhadas de citações, razão pela qual é natural e desejável que um trabalho venha acompanhado de muitas referências bibliográficas, atestando uma pesquisa cuidadosa e honesta.<sup>5</sup>

Por isso, o plágio não ocorre apenas nas hipóteses em que o pesquisador faz a cópia textual do trabalho de outra pessoa sem utilizar o recurso das aspas.

Na realidade, falamos em plágio também quando acontece uma paráfrase – “o desenvolvimento explicativo de obra, artigo ou texto com palavras próprias”<sup>6</sup> – desacompanhada das devidas referências.

## 3 Formas de identificação do plágio pelos examinadores

Muitos arriscam utilizar tais expedientes fraudulentos, acreditando que dificilmente serão descobertos. Todavia, não podemos aceitar essa premissa como verdadeira. Pelo contrário, um examinador experiente facilmente identifica o plágio.

Nas hipóteses de simples cópias textuais, a fraude fica evidente pela diferença entre a linguagem adotada no trabalho e a comumente utilizada pelo candidato.

Além disso, se o trabalho for copiado da internet, basta utilizar alguma ferramenta de busca e um pequeno trecho do trabalho como “palavras chave” para localizá-lo<sup>7</sup>.

Um pouco mais complexa é a situação quando o candidato utiliza-se da paráfrase para plagiar. Porém, do mesmo modo, o examinador cuidadoso consegue desmascará-lo, seja por referências à bibliografia a que o candidato certamente não teve acesso – por desconhecer o idioma em que foi escrita, ou por se tratar de material raro – ou ainda por meio da argüição, nos casos de trabalhos submetidos a uma banca examinadora.

Afinal, o que melhor desmascara o plagiador é o examinador que, durante a sua inquirição, escolhe um trecho do trabalho e pede para o candidato explicá-lo rapidamente com suas palavras.

---

<sup>4</sup> Conferir em: <http://www.universia.com.br/docente/materia.jsp?materia=6387>, acesso em 5/11/2009.

<sup>5</sup> Umberto Eco. Como se faz uma tese. 21ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 129.

<sup>6</sup> Luiz Régis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2 – Parte Especial – Arts. 121 a 249. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2008, p. 538.

<sup>7</sup> Conferir em: <http://www.universia.com.br/docente/materia.jsp?materia=6387>, acesso em 5/11/2009.

## 4 Conseqüências do plágio

A principal conseqüência do plágio é a reprovação do pesquisador e, dependendo do caso, também a sua expulsão da Universidade<sup>8</sup>. Apenas esses dois resultados já são bastante indesejados e deveriam fazer com que todos evitassem tais práticas.

Todavia, há outras conseqüências. Mesmo que o pesquisador consiga ser aprovado mediante a apresentação de um trabalho plagiado, haverá sérios prejuízos para ele próprio, que perde uma excelente oportunidade de aprender a realizar uma pesquisa científica<sup>9</sup>, de modo que muito sofrerá se posteriormente tiver que apresentar outras monografias com mais seriedade.

Não podemos deixar de mencionar as conseqüências jurídicas do ato de plagiar. Antes de tudo, o plagiador está sujeito a sérias conseqüências civis, indenizações por dano moral e material<sup>10</sup>, além da eventual perda do título obtido por meio do trabalho plagiado.

Vale também lembrar que eventualmente a conduta do plagiador pode ser considerada crime. O artigo 184 do Código Penal tipifica a conduta de violação de direito autoral, que pode ocorrer por meio do plágio<sup>11</sup>. Como decorrência natural do princípio da fragmentariedade do direito penal, em sintonia com a idéia de ultima ratio, haverá crime apenas nos casos mais extremos, quando o autor usurpar “trechos importantes da obra alheia ou essenciais de sua estrutura ideológica”<sup>12</sup>, caso contrário inexistirá responsabilidade criminal, permanecendo, no entanto, as conseqüências acadêmicas e civis cabíveis.

## Conclusão

Após verificarmos a importância da pesquisa científica e as terríveis conseqüências que um trabalho plagiado pode trazer ao pesquisador, fica evidente que tal procedimento deve ser evitado. Afinal, mesmo que o pesquisador não se sensibilize com as questões éticas envolvidas, deve considerar o alto risco de ser desmascarado e as graves conseqüências que experimentará, caso opte por esse recurso fraudulento.

## Bibliografia

ECO, U. Como se faz uma tese. 21ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2008.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARCHI, E. C. S. Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos). Lecce: Edizioni Del Grifo, 2002.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2 – Parte Especial – Arts. 121 a 249. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2008.

---

<sup>8</sup> Eduardo C. S. Marchi. Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos). Lecce: Edizioni Del Grifo, 2002, p. 46, 47.

<sup>9</sup> Idem, p. 49.

<sup>10</sup> Conferir em: <http://www.universia.com.br/docente/materia.jsp?materia=6387>, acesso em 5/11/2009.

<sup>11</sup> Luiz Régis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2 – Parte Especial – Arts. 121 a 249. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2008, p. 539.

<sup>12</sup> Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 332.



SEVERINO, A. J. Metodologia do Trabalho Científico. 23ª Edição. São Paulo: Cortez, 2007.

(\* ) Daniel Pacheco Pontes

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

(Fonte:

[http://comosefazu3.dominiotemporario.com/doc/Plagio\\_estelionato\\_intelectual\\_e\\_um\\_pesimo\\_inicio.pdf](http://comosefazu3.dominiotemporario.com/doc/Plagio_estelionato_intelectual_e_um_pesimo_inicio.pdf), data de acesso 13/11/2011)

### 3 - Algumas observações sobre o estelionato. A questão da pessoa induzida em erro

(\* ) José Nabuco Galvão de Barros Filho

Não raro, ocorre uma simplificação da interpretação do estelionato, de modo a enxergá-lo como se fosse apenas a obtenção de vantagem com fraude, quando o tipo é bem mais que isso.

Resumo: O presente artigo pretende discutir uma questão problemática do crime de estelionato: a figura da pessoa induzida em erro. Para isso, aborda seus elementos constitutivos para, depois, tratar de três casos específicos: o estelionato contra a pessoa jurídica, a fraude no uso de telefone público ou outras máquinas e a fraude por meio de manipulações informáticas.

Palavras-chave: Estelionato. Fraude. Erro. Estelionato contra a pessoa jurídica. Fraude no uso de telefone público. Fraude por meios informáticos.

#### 1. Introdução

O estudo do crime de estelionato é um dos mais instigantes, dentre os diversos crimes descritos no Código Penal Brasileiro, quer pela sua estrutura típica, quer pela imensurável gama de formas de se cometê-lo. Até mesmo a figura alegórica do estelionatário contribui para o interesse do estudo.

Trata-se de um crime patrimonial importante, no qual não há a gravidade dos crimes violentos, como o roubo (art. 157), a extorsão (art. 158, CP) ou a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), tampouco a singeleza do furto (art. 155, CP) ou da apropriação indébita (art. 168, CP).

A verdade é que o estelionato é um crime extremamente intrincado, [01] seja pelos diversos elementos constitutivos, que devem coexistir em uma sequência causal, seja pela não rara difícil tarefa de distinguir o estelionato de um mero ilícito civil. Por isso, tantas controvérsias ocorrem na interpretação do crime de estelionato, no Brasil e alhures.

Não raro, ocorre uma absoluta simplificação da interpretação do estelionato, de modo a enxergá-lo como se fosse apenas a obtenção de vantagem com fraude, quando, a rigor, o tipo é bem mais que isso.

Dentre as situações controversas, surge a questão da possibilidade de prática de estelionato contra a pessoa jurídica, a obtenção de vantagem com a manipulação de máquinas (telefone público ou máquinas de refrigerante), bem com a fraude cometida por fraude em sistemas informáticos.

Antes que se ingresse em cada um desses três temas, é essencial que se exponha brevemente o tipo objetivo do estelionato.

## 2. Elementos do estelionato

Trata-se de um tipo que exige o que se chama de cadeia causal, ou seja, uma sequência ordenada de atos cometidos: a) fraude; b) erro; c) vantagem indevida; e d) prejuízo alheio.

### a) "artifício, ardil ou outro meio fraudulento"

O primeiro elemento, a fraude, vem descrito como "artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". A rigor, a diferença entre artifício e ardil não tem relevância, sendo ambos compreendidos pelo sentido mais amplo de fraude.

De qualquer modo, pode-se afirmar que o artifício é a fraude material, na qual há uma alteração exterior da coisa: falsidade, disfarce, uso de aparelhos eletrônicos etc. Ardil já é a astúcia, a malícia, ou seja, uma fraude puramente intelectual, sem a base material do artifício. [02]

A lei ainda se vale da fórmula mais genérica, "outro meio fraudulento", impondo ao intérprete o uso da interpretação analógica, de modo a que tal locução deve ser interpretada analogamente ao artifício ou ardil. Tanto doutrina e jurisprudência entendem que a mentira [03] e, até mesmo, o simples silêncio [04] podem ser tidos como meio fraudulento.

Como se disse, a distinção entre o artifício e ardil é supérflua, podendo ser definido pelo gênero fraude. [05]

### b) "induzindo ou mantendo alguém em erro"

O segundo elemento constitutivo do estelionato é o erro, ao qual "alguém" deve ter sido induzido ou mantido. O erro nada mais é que a falsa percepção da realidade, com o que o enganado não possui a perfeita noção do que está acontecendo.

Na expressão de Vives Antón, trata-se de um "estado psicológico de error". Para González Rus, erro é "uma representación mental que no responde a la realidad". [06] Muñoz Conde fala em "uma suposición falsa". [07] Dentre os autores brasileiros, não há discrepância, como se vê na posição de Hungria, segundo o qual o erro é "a falsa ou nenhuma representação da realidade concreta, funcionando como vício do consentimento da vítima". [08] Costa Jr. diz que erro é "um fato meramente cognoscitivo" [09] e Regis Prado, que o "erro consiste em uma representação mental que não corresponde à realidade". [10]

Pois bem, antes de tudo, convém apontar o óbvio: segundo a dicção do tipo é necessário, para a configuração do crime, que seja induzido ou mantido "alguém" em erro, e este não é outro, senão a pessoa humana. Tanto isso é certo que no homicídio, o objeto material da ação de matar é alguém, representando a pessoa humana titular do bem jurídico vida.

Impossível cogitar-se, portanto, em induzimento de pessoa jurídica, de um animal ou uma máquina a erro, porque estes, simplesmente, não são alguém.

Ademais, é gritante que o erro, como estado cognitivo, é atributo exclusivo do ser humano, já que apenas este pode representar a realidade. Em outras palavras, a pessoa jurídica, o animal ou uma máquina, além de serem alguém, não podem ser

induzidos a erro, pela simples razão de que não podem ter representação da realidade, nem certa, nem errada.

Mesmo dentre os humanos, há os que, por não possuírem discernimento, não são suscetíveis de erro, [11] como as crianças, os portadores de doença mental, as pessoas em coma ou com embriaguez total.

Por fim, a diferença entre induzir e manter, é que naquele o agente se vale da fraude para criar o erro na vítima, enquanto na segunda hipótese a vítima, por qualquer outra razão, enganou-se e o autor se vale da fraude para manter a vítima sob erro, "fortalecer o erro de alguém" [12], ou ainda, "evitar que este se liberte do engano". [13] Na manutenção do erro, é factível que o simples silêncio exista como o meio fraudulento usado para perpetuar o erro já existente, configurando-se o estelionato. [14]

#### **c) disposição patrimonial: obtenção de "vantagem ilícita, em prejuízo alheio"**

Se no furto a vítima tem a coisa subtraída, sem notar ou sem que possa impedir a subtração, no estelionato, há uma clara defasagem entre o que está acontecendo e entre a suposição da vítima, razão pela qual a vítima realiza o ato de disposição patrimonial, que é a tônica do estelionato.

Tal ato de disposição pode ser a entrega, a cessão ou a prestação patrimonial. É sabido que o ato de disposição pode recair em coisa que não pertença à pessoa induzida em erro, como no singelo exemplo do empregado que entrega coisa do empregador a alguém que, fraudulentamente, se diz enviado por este. [15]

Do ato de disposição patrimonial decorre o binômio prejuízo alheio e vantagem ilícita, ambos imprescindíveis para a configuração do estelionato.

A vantagem ilícita nada mais é que qualquer utilidade, que decorre da entrega de coisa, pelo seu uso ou gozo, ou qualquer situação em que o agente obtenha proveito. [16] Ilícita é a vantagem ilegal, que não seja devida ao agente.

Como decorrência da vantagem ilícita, há o prejuízo da vítima que nada mais é que um dano patrimonial efetivo. Inexiste o estelionato se, apesar de obter vantagem ilícita, a vítima não sofre prejuízo.

É o que ocorreu em caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, quando Hungria compunha aquela corte: proprietários de uma fábrica de balas, para o aumento de vendas, propagandearam que seriam sorteados prêmios para os que adquirissem as balas. Houve aumento das vendas, mas não se configurou o estelionato, segundo voto de Hungria, porque ao valor pago pelos consumidores, havia a contraprestação da entrega da bala, não se podendo falar em prejuízo, apesar de frustrada uma expectativa de ser sorteado com o prêmio. [17]

#### **d) nexa causal**

Uma questão extremamente relevante, e — ousa-se dizer — descuidada em alguns julgados, é a necessidade de que exista entre os elementos assinalados uma relação de causalidade.

Com efeito, não basta a simples presença dos quatro elementos expostos acima, pois o crime não se perfaz com a mera soma de seus elementos, [18] sendo imprescindível a existência de uma relação de causalidade entre seus elementos. É o que afirma Hungria: "entre os momentos do estelionato deve existir uma sucessiva relação de causa e efeito". [19] Assim o erro é "ao mesmo tempo efeito e causa. Efeito do meio fraudulento e causa da vantagem ilícita." [20] Trata-se, segundo Vives Antón, de uma

"causalidad ideal o motivación: el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio". [21]

Os momentos devem se suceder no tempo de acordo com a ordem exposta. Se o erro é posterior à vantagem não pode ser tido como sua causa, não se configurando o estelionato. [22]

Se a fraude é meio, isso possui uma inquestionável dimensão: o meio só pode ocorrer antes do evento.

Não se pode perder de vista a redação do tipo: "mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". A preposição mediante tem o sentido de "por meio de, por intermédio de", [23] ou seja, um meio com o qual se atinge algo. Impossível se cogitar que um meio venha depois da ocorrência do evento.

Se a fraude vem depois da vantagem indevida, não se configura o tipo, pois a obtenção de vantagem não foi mediante fraude, pois esta não foi o meio com o qual se alcançou o resultado. [24]

No caso do estelionato, a fraude é a causa do erro, que por sua vez é causa do ato de disposição patrimonial que permite a vantagem ilícita em prejuízo alheio. Se o agente obtém a vantagem e, para ocultá-la, vale-se de fraude, não se configura o crime de estelionato, pois em tais situações a fraude não foi causa do erro e este não foi causa da vantagem patrimonial. Assim, se alguém obtém uma vantagem patrimonial em uma empresa da qual é contador, p.ex., usando a contabilidade falsa para que o conselho fiscal não percebesse o desvio, inexistente estelionato. Há todos os elementos do crime, mas não na sequência exigida: o agente obtém vantagem em prejuízo da empresa e, após, vale-se da fraude para induzir em erro os membros do conselho fiscal. Contudo, o erro não foi causa da vantagem ilícita e do prejuízo, pois este já havia ocorrido.

Após a análise da tipicidade objetiva do crime de estelionato, com uma breve exposição de cada um de seus elementos, será feito um estudo sobre situações controversas em que a análise antes feita será aplicada.

### 3. Questões controversas

#### 3.1. Sujeito passivo: a questão da pessoa jurídica

Como dito acima, o crime de estelionato, para que se configure exige que um ser humano seja induzido ou mantido em erro. Daí, inevitavelmente, surge a objeção em forma de questionamento: "não pode a pessoa jurídica sujeito passivo do estelionato?"

A resposta é óbvia: a pessoa jurídica figura como sujeito passivo do crime de estelionato, como reconhecido acertadamente pela jurisprudência e doutrina. [25] O que não é possível, obviamente, é que a pessoa jurídica seja induzida em erro, pela simples razão de que a pessoa jurídica não capacidade intelectual.

Por isso, afirma-se que quanto ao sujeito passivo, tanto pode ter uma pessoa submetida ao erro e outra que sofre o prejuízo patrimonial. [26]

É perfeitamente possível que o agente, valendo-se de meio fraudulento, induza a erro empregado ou funcionário da pessoa jurídica e este realize o ato de disposição patrimonial, causando um prejuízo à pessoa jurídica, em favor do autor. Nesse caso, todos os elementos estão presentes, configurando-se o estelionato. Como dito, o fato de

haver diversidade entre o enganado e a pessoa que sofre o prejuízo é irrelevante, pois o tipo não exige que sejam a mesma pessoa.

A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de estelionato, já que o sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesionado, qual seja o patrimônio. Porém, para que isso ocorra é imprescindível a existência de alguém induzido ou mantido em erro. É o que ocorre quando a obtenção de vantagem ilícita consiste na percepção indevida de aposentadoria. Em tais casos, o autor se vale de documentos falsos e induz a erro o funcionário responsável pela análise documental, que autoriza o recebimento da aposentadoria. No momento em que recebe a primeira aposentadoria, há a consumação do estelionato, pois o agente obteve vantagem em prejuízo do INSS. [27]

O que se configura um total despropósito é a afirmativa de que a pessoa jurídica foi induzida em erro.

Primeiro, porque a pessoa jurídica não é "alguém", pronome cujo sentido é "uma pessoa ou alguma pessoa cuja identidade não é especificada ou definida" [28] Impossível se considerar que pessoa jurídica seja abrangida pelo vocábulo "alguém", sem que se faça uma fragorosa subversão do conteúdo semântico da palavra.

Tanto é assim que, nos crimes contra a pessoa, o Código Penal se vale do vocábulo "alguém" para indicar o sujeito passivo. [29] Usa-se, pois, a expressão "alguém" sem qualquer adjetivo ou esclarecimento, uma vez que, indubitavelmente, significa pessoa humana ou, para usar a retórica de Hungria, o "ser vivo nascido de mulher" [30].

Saliente-se que não se pode descurar do método sistemático de interpretação da lei, que a considera como um conjunto, interpretando-se a lei de acordo com o ordenamento jurídico. [31] Baseado no pressuposto de que a vontade do legislador é coerente e unitária, de modo que há que se ter uma harmonia no sentido das expressões utilizadas na lei, [32] o método sistemático impõe que não se interprete de modo diverso as palavras usadas em mais de um artigo do Código Penal. [33]

Como dito, se a palavra alguém é usada para indicar o sujeito passivo dos crimes contra a pessoa, não há nenhuma possibilidade de se considerar que pessoa jurídica seja abrangida pelo vocábulo "alguém", sem que se afronte, também, regras elementares de hermenêutica.

Mas, não bastasse isso, é visível que não se pode falar em pessoa jurídica induzida em erro, pela simples razão que esta não pode errar. Como já dito e redito, o erro, como um estado psicológico, é atributo exclusivo do ser humano. Para se estar sob erro, é imprescindível que se tenha discernimento, capacidade intelectual, ou seja, que se consiga representar mentalmente a realidade para, só assim, poder representá-la falsa ou corretamente. Afirmar que uma pessoa jurídica foi induzida em erro não pode ser outra coisa que um grande descuido com o verdadeiro sentido do erro e uma completa subversão da tipicidade.

Por tais razões, uma denúncia que impute a conduta de ter induzido em erro uma pessoa jurídica é inepta, por narrar comportamento atípico.

Outra questão, atinente à obtenção de vantagem contra pessoa jurídica, diz respeito ao nexos causal. Confira-se um exemplo: o agente que trabalha em uma empresa e tem acesso a valores obtém vantagem e, depois, se vale de fraude para ocultar a locupletação. Em tal situação também não se pode falar em estelionato, ainda que a denúncia impute ao acusado ter induzido em erro os responsáveis pela fiscalização, os

membros do conselho fiscal. Nesse caso, falta a relação de causalidade. O erro, ao qual foram induzidos os membros do conselho, não foi a causa da obtenção da vantagem. Também, nesse caso, a inépcia da inicial é patente.

Em resumo, a pessoa jurídica não pode ser induzida em erro, porque não é "alguém" e porque não tem capacidade intelectual. O estelionato contra a pessoa jurídica só existirá se, mediante fraude, houver sido induzida em erro uma pessoa humana que realiza o ato de disposição patrimonial em prejuízo da pessoa jurídica, com o qual o autor obtém a vantagem ilícita.

### **3.2. Fraude no uso de telefone público ou outras máquinas**

Uma questão que causou controvérsia na Alemanha e Espanha, e que também ocorreu no Brasil, é relevante para o estudo do estelionato. Certa pessoa utiliza um artifício que lhe permite conversar em um telefone público sem a introdução das correspondentes fichas telefônicas. Esta conduta configura crime de estelionato? Segundo um julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, estaria configurado o estelionato, pois teriam sido induzidos a erro os funcionários e a empresa. [34]

Todavia, analisando-se rigorosamente a conduta, é forçoso reconhecer sua atipicidade, nada obstante se tratar de conduta socialmente danosa.

Se a fraude não tiver causado (seja induzindo ou mantendo) o erro e se o erro não for causa da disposição patrimonial, não se configura o crime de estelionato. [35] Aliás, para que o erro seja causador da lesão patrimonial, há que ser anterior a esta. O erro posterior não pode ser causa da anterior lesão patrimonial. [36]

É marcante no crime de estelionato, que o enganado, em decorrência do erro, dispõe voluntariamente do patrimônio. O erro é, como já dito, uma falsa percepção da realidade, que vicia a vontade de alguém, fazendo com que este realize a disposição patrimonial, crente que está realizando um negócio jurídico ou até um ato de liberalidade, quando na verdade está sendo logrado. [37]

Portanto, é insustentável a afirmativa de que foi induzida em erro a "própria companhia telefônica". Falar que uma empresa foi induzida em erro é uma confusão entre a pessoa induzida em erro — que só pode ser a pessoa humana, com capacidade intelectual — e o sujeito passivo do delito, titular do bem jurídico lesionado, o patrimônio. [38] O sujeito passivo pode ser a pessoa jurídica, desde que haja alguém (pessoa humana) induzido em erro que disponha do patrimônio da empresa, como já asseverado.

Assim, seria possível a existência de estelionato contra a companhia telefônica, se houvesse alguém, que sob erro, realizasse o ato de disposição patrimonial.

A decisão afirma que também teriam sido induzidos a erro "os funcionários" da companhia. O equívoco nesse ponto é outro. Primeiro, porque é imprescindível que o induzido em erro seja pessoa determinada, o que não ocorre. Não se pode ter por configurado o estelionato, baseado em induzimento a erro de pessoas indeterminadas.

Ademais, ainda que se apontassem quais as pessoas supostamente induzidas a erro, não se poderia falar em estelionato, pela falta de nexos causal. Só se pode falar em estelionato, se o erro tiver dado causa à disposição patrimonial. E para ser causa tem de ser anterior ao prejuízo e à vantagem ilícita.

Em que momento os funcionários teriam sido induzidos a erro? No instante da recolha das fichas? A rigor, nessa situação, eles não erram, porque se limitam a trocar a caixa de fichas. [39] Mas, abstraindo-se disso, ainda que tivessem sido enganados, o erro teria sido posterior à vantagem obtida com o telefonema. Como se vê, a causa da vantagem é o artifício utilizado e não o erro de funcionários. Só poderia haver estelionato, se em razão do erro um funcionário dispusesse o patrimônio da pessoa jurídica. [40] O comportamento, portanto, ainda que lesivo ao patrimônio da companhia telefônica, ainda que socialmente danoso, não tem tipicidade.

Por fim, é útil observar que a questão sobre a tipicidade de fraude em telefone público foi amplamente debatida na Alemanha. Lá, foi descoberto que algumas pessoas martelavam uma moeda, para que esta ficasse com um diâmetro correspondente a outra de valor superior; com isso, era possível se falar no telefone com uma moeda de valor inferior ao exigido pelo aparelho. Segundo entendeu o Tribunal Alemão, tal conduta não configurou crime de estelionato (§ 263), nem subtração de energia elétrica (Lei de 9 de abril de 1900), nem falsificação de moeda (§ 146). [41]

Na Espanha, em casos semelhantes, em que os agentes realizavam manobras físicas sobre máquinas automáticas (cabines telefônicas, máquinas de tabaco, bebidas, etc.) não foram consideradas como crime de estelionato, "pues no se engaña a otro sino a una máquina". [42]

### 3.3 Fraude por meio de manipulações informáticas

Com o aumento transações econômicas realizadas por meio da internet, surgem, evidentemente, "golpes" patrimoniais efetuados por meio de fraude informática. Surge, em decorrência disso, a discussão sobre a eventual tipicidade da conduta.

Novamente, surgem em tais situações juízos apressados sobre a ocorrência do estelionato, comumente, como já dito, tratado com simplismo como se nada mais fosse que a vantagem ilícita com prática de fraude.

Como já dito, o estelionato possui quatro elementos que, para que configurem a conduta típica, devem ser praticados em nexos causal.

Diversas são as formas de fraude por informática.

Uma das que merece destaque é o envio de e-mail em que se simula ser uma mensagem enviada pelo banco, no qual se solicita que os dados da conta (inclusive senha), sejam digitados. Com tais informações, o agente acessa a conta da vítima e realiza transferência em prejuízo do correntista. Em tais situações, está configurado o estelionato, pois o autor usou a fraude (e-mail fictício do banco) que levou a vítima ao erro (fazendo com ela digitasse seus dados), o que permitiu ao agente que ele obtivesse a vantagem (transferência do dinheiro) em prejuízo alheio. Não só estão presentes os elementos, como há o nexos causal entre cada um deles.

Contudo, há situações mais sofisticadas em que hackers conseguem invadir o sistema de bancos e realizar transferências bancárias. Em tais casos, embora haja a vantagem ilícita em prejuízo alheio, não se configura o estelionato. De fato, não há qualquer pessoa induzida em erro, já que a vantagem foi obtida, sem que houvesse qualquer contribuição do correntista ou de quem o representasse. Por mais lesiva e socialmente danosa que seja a conduta, não existe estelionato em tais situações.

Tanto é assim, que em ante tais situações, a Espanha criou, com a reforma penal de 1995, um tipo equiparado ao estelionato em seu art. 248, 2º, estafas por medios

informáticos, pois o tipo básico de estafa era insuficiente para a punição de tais condutas, já "no hay ni engaño ni error, sencillamente porque no se puede, en puridad, ni engañar, ni inducir a error a una máquina, o computador." [43]

No Brasil, o legislador tão pródigo em criar tipos mal redigidos e desnecessários — ou, ao menos, não tão relevantes — não se deu ao trabalho de definir um tipo equiparado ao estelionato, no qual haja a tipificação de obtenção de vantagem em prejuízo alheio, mediante manipulações de sistema de informática.

Ressalte-se que a lesividade social de tais condutas é semelhante a do estelionato, mas as condutas são atípicas pelo simples fato de que não são previstas como crime pela lei penal.

#### 4. A fragmentariedade do Direito Penal

Antes de concluir sobre as questões específicas do estelionato, parece relevante fazer algumas brevíssimas observações sobre a fragmentariedade do Direito Penal.

Não podemos esquecer que o direito penal possui um caráter eminentemente fragmentário, que significa que tutela apenas alguns bens jurídicos e, mesmo quanto a esses bens jurídicos tutelados, só o protegem de alguns tipos de comportamentos lesivos. Vale dizer o seguinte, embora o Código Penal brasileiro tutele amplamente o patrimônio, nem toda lesão patrimonial configura um ilícito penal. [44]

A fragmentariedade nada mais é que uma descontinuidade, no sentido de que a lei penal recorta algumas condutas que afetam certos bens jurídicos, definindo-as como crime. Há essa descontinuidade, pois a lei penal não pretende abranger todas as condutas lesivas ao bem jurídico tutelado, de modo que as condutas não descritas são penalmente irrelevantes, embora possam atingir o bem jurídico. Apenas nos regimes totalitários a lei penal possui a pretensão de continuidade. [45]

De acordo com o princípio da legalidade, apenas as lesões patrimoniais estritamente tipificadas configuram crime. Logo, não há razão para perplexidade quando nos deparamos com uma lesão patrimonial não definida como crime, porquanto isso é inerente ao direito penal. [46]

Lembremo-nos que o princípio da legalidade rechaça a atividade jurisdicional como fonte criadora de delitos; o que tem como fundamento a teoria da separação dos poderes, pois se o juiz aplica pena por uma conduta não prevista estritamente em lei, mas lesiva a um bem jurídico, estará usurpando função do legislador, representante da vontade geral. Não existe um "delito natural"; uma conduta só é crime se descrito estritamente como tal em uma lei. [47]

A interpretação penal não é uma atividade criativa, mas simplesmente cognitiva. A punibilidade da conduta não decorre da valoração do magistrado sobre se a conduta é ou não ontologicamente danosa; só será punida a conduta que tiver estrita correspondência com a descrição abstrata da lei. Consequentemente, o Direito Penal impõe a completa "submissão do juiz à lei", [48] o que significa de um lado que o juiz não poderá aplicar pena a uma conduta se esta não for prevista em lei, e, de outro, não pode deixar de aplicar a pena se a conduta estiver descrita em lei, ainda que na sua opinião tal fato não devesse ser punível.

Diante de um caso concreto, primeiro é necessária a interpretação da lei penal (que é um processo abstrato), depois a verificação da subsunção, que é a aplicação de um texto legal ao caso concreto. [49] Ou seja a constatação de que uma conduta



concreta possui tipicidade, que a perfeita correlação com a conduta abstratamente descrita pela lei penal. [50] Configura equívoco partir do caso concreto e constatar se ele possui danosidade social e depois iniciar a argumentação por derivação, para demonstrar que o fato é típico. Nesse caso, haveria uma inversão do processo lógico que viciaria totalmente a interpretação e a subsunção, levando a erros violadores do princípio da legalidade. [51]

A experiência em sala de aula mostra que diante do estudo de situações como as aqui tratadas, surge a argumentação mediante uma pergunta, como no seguinte exemplo real: "então se alguém falsificar um bilhete do metrô, passar pela catraca e usar o transporte público sem nada pagar, não comete crime de estelionato?"

Já se argumentou sobre o mérito da questão, mas parece relevante é tratar da lógica que está presente nela. Não há em tal argumentação nenhuma pretensa demonstração da presença dos elementos constitutivos do estelionato. Ao contrário, há, implícito na pergunta, um argumento por derivação. Conclui-se que está errado o raciocínio exposto, porque se ele prevalecer não aquela conduta ficará impune. Em outras palavras, a conclusão vem antes do raciocínio lógico e, a argumentação nada mais é que uma forma de justificar a conclusão que houve crime, não porque estejam presentes os elementos do tipo, mas porque a conduta é socialmente reprovável e, por via de consequência, deve ser tida como típica.

Este parece ser o grande vício do operador do direito, que precisa se conscientizar que o papel da lei penal é a imposição de limites aos aplicadores da lei penal, como forma de garantia da liberdade humana.

## 5. Conclusões

O estelionato para que se configure não prescinde da existência de alguém — pessoa humana com capacidade intelectual — induzida em erro.

O sujeito passivo do crime, que é o titular do bem jurídico ofendido (patrimônio), poderá ser a pessoa jurídica, desde que haja uma pessoa humana induzida em erro, que realize o ato de disposição do patrimônio da pessoa jurídica. A pessoa jurídica não pode errar, simplesmente porque este é uma falsa representação da realidade e a pessoa jurídica não possui, como é óbvio, capacidade psicológica.

A fraude contra telefones públicos ou contra outras máquinas, como de venda de refrigerantes, não configura o estelionato, já que não há pessoa humana induzida em erro.

As fraudes realizadas por manipulações de sistemas de informática não configuram o crime de estelionato por não contar com pessoa humana induzida em erro.

A fragmentariedade da lei penal, inerente aos regimes democráticos, traz como consequência que certos atos lesivos ao patrimônio não sejam descritos como condutas típicas. Não se pode, na interpretação da lei, partir da consideração subjetiva do fato, para argumentar que o crime está configurado, pois com isso se faz um argumento por derivação, que prejudica a correta análise dos elementos constitutivos do tipo.

## Bibliografia

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.

- Bobbio, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995,
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal, São Paulo: Saraiva, 1997,
- Dimoulis, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- Ferrajoli, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- González RUS, Juan José. [et. al.] Curso de derecho penal español: parte especial. Madrid: Marcial Pons, 1996. Vol. I.
- González Rus. Curso de Derecho Penal Español: Parte Especial, I, Madrid, 1996.
- HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, vol. VII. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.
- Jesus, Damasio E. Direito Penal: parte especial. 2º vol. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Derecho penal: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. Vol. 1. vives antón, Tomás S.; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Buján Pérez, Carlos Martinez. Derecho Penal: parte especial. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5ª ed. Barcelona: Editora, 1998
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. Derecho penal: introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996
- NORONHA, E. de Magalhães. Código Penal brasileiro comentado: crimes contra o patrimônio, 5º vol., 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1952,.
- PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- Roxin, Claus. Derecho penal: parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

Vives Antón, Tomás S.; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis; Buján Pérez, Carlos Martínez. Derecho Penal: parte especial. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Zaffaroni, Eugenio Raul. Derecho Penal: parte general. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2008

Zaffaroni, eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3ª ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

## Notas

"Estamos diante de um crime que apresenta grande complexidade estrutural tipológica..." (bitencourt. Tratado de Direito Penal, 2008, p. 234). "... el delito de estafa no ha tenido unos contornos precisos, sino que, por el contrario, sobre él ha reinado siempre gran confusión; quizá por su proximidad con otras figuras delictivas y, especialmente, por tener una zona limítrofe con el dolo civil, que complica la tarea de precisar los respectivos campos de actuación de una y otra responsabilidad. (González RUS. Curso de derecho penal español, 1996, p. 653).

HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, p. 204. NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 130-131.

"A simples mentira, mesmo verbal, corporifica o delito de estelionato, máxime quando o agente, por sua condição de advogado militante, aproveita-se da maior confiança que incute no lesado, de origem modesta e sem maiores luzes, para obter vantagem ilícita" (TACRIM-SP - EI - Rel. Nogueira Filho - JUTACRIM 94/382). "A simples mentira, mesmo verbal, pode corporificar estelionato, desde que leve a vítima a erro que lhe ocasione prejuízo, em correspondência à ilícita vantagem obtida pelo agente através da inverdade de que lançou mão" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Azevedo Franceschini - JUTACRIM 27/71). "A mentira, mesmo que verbal, constitui fraude caracterizadora do estelionato, desde que idônea a induzir ou manter a vítima em erro, levando o promitente vendedor à obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio" (TAMG - AC - Rel. Mercêdo Moreira - RTJE 116/205). Na doutrina, confirmam-se: HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, pp. 204-205. NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 132.

"Comumente a fraude para assegurar o próprio êxito, procura cercar-se de uma certa encenação material (artifício) ou recorre a expedientes mais ou menos insidiosos ou astutos (ardis), para provocar ou manter (entreter, fazer persistir, reforçar) o erro da vítima. As vezes, porém, prescinde de qualquer mise-en-scène ou estratégia, alcançando sucesso com a simples omissão do dever de falar. Não se pode, pois, negar as nudum mandatium, ao silêncio doloso, à reticência maliciosa, ao engano por sugestão implícita o caráter de meio fraudulento" (TACRIM-SP - HC - Rel. Segurado Braz - JUTACRIM 90/101). "Havendo, para o agente, um dever jurídico de falar, seu malicioso silêncio quanto à verdade pode caracterizar fraude integradora de estelionato" (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Gonzaga Franceschini - JUTACRIM 91/412). Diz Noronha: "... age tanto o que, com certa atividade, provoca o êrro de outrem, como o que se deixa de manifestar diante do êrro alheio, de ambos surgindo o dano patrimonial." (Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 138). Ao contrário, Bitencourt não admite a

conduta omissiva, entendendo que o "agente deve agir positivamente." (bitencourt. Tratado de Direito Penal, 2008, p. 233)

NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 131. bitencourt. Tratado de Direito Penal, 2008, p. 232.

vives antón, Derecho Penal, 2008, p. 657

MUÑOZ CONDE. Derecho penal, 1996, p. 363.

HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, pp. 209.

COSTA JÚNIOR. Comentários ao Código Penal, 1997, p. 527.

PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, 2000, p. 502.

Até mesmo a pessoa humana, para que esta seja induzida em erro, "exige-se que esta tenha capacidade de discernimento para ser iludida. Logo, a criança e o doente mental, por exemplo, em razão de não poderem ser enganados, também não estão aptos a figurar como sujeitos passivos de estelionato, em face da ausência de capacidade de entender e de querer." (PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, 2000, p. 501). "Para que haja o estelionato, é necessário haver fraude criando ou mantendo o erro de outrem. Este, pois, deve ter capacidade para ser iludido. Se se tratar de um louco, de um idiota, de um menor sem discernimento, não podem eles ser sujeitos passivos de estelionato, porque não podem ser enganados." (NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 130) No mesmo sentido: COSTA JÚNIOR. Comentários ao Código Penal, 1997, p. 524. MIRABETE. Manual de Direito Penal, 2003, p. 303. bitencourt. Tratado de Direito Penal, 2008, p. 228. MUÑOZ CONDE. Derecho penal, 1996, p. 363.

NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 132.

HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, p. 207.

NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 141.

Exemplo semelhante: vives antón, Derecho Penal, 2008, p. 421.

P. 145. Questão controvertida que não é objeto deste estudo é sobre a natureza da vantagem, se se exige que tenha natureza patrimonial.

"Havia uma contraprestação, havia um do ut des, isto é, o fornecimento de falas pelo seu justo preço." (HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, nota nº 8, pp. 211-213)

vives antón, Derecho Penal, 2008, p. 410.

HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, p. 209.

NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 141.

vives antón, Derecho Penal, 2008, p. 410-411. No mesmo sentido: Gonzáles RUS. Curso de derecho penal español, 1996, p. 656. MUÑOZ CONDE. Derecho penal, 1996, pp. 361, 363 e 364.

Isso, evidentemente, não impede a eventual configuração de crime de furto ou de apropriação indébita, mas para que isso ocorra é necessária a presença dos elementos de um desses crimes. Casos há, porém, em que a atipicidade é absoluta, como se verá em casos estudados abaixo.

Dicionário Eletrônico Houaiss.

Ressalte-se que no roubo próprio (art. 157, caput) a lei contém a expressão "mediante grave ameaça ou violência a pessoa...". Em tal tipo, não se enquadra o caso em que a violência é posterior à subtração, já que a violência não pode ser meio para a subtração, se ocorreu depois. Ciente disso, o legislador redigiu outro tipo, o do roubo impróprio (art. 157, §1º), no qual vem descrita a conduta de

usar violência, após a subtração da coisa, com o intuito de garantir a posse ou a impunidade. Resta claro, pois, que se a lei usa a preposição "mediante", está descrevendo um meio e, como tal, este jamais poderá ocorrer após a ocorrência do evento.

bitencourt. Tratado de Direito Penal, 2008, p. 228. Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro, 2005, p. 489.

Damasio. Direito Penal, 2007, p. 440. MUÑOZ CONDE. Derecho penal, 1996, p. 364. Na jurisprudência: "Estelionato na sua forma fundamental. Crime caracterizado. Sujeito passivo perfeitamente definido. Nos delitos de estelionato não é obrigatoriamente necessário que a vítima induzida a erro seja a mesma do dano patrimonial, máxime que a lei se refere, de forma genérica, a prejuízo alheio ofertada com a exordial acusatória, na forma como descrita" (TJMG - AC - Rel. Márcio Batista - RT 656/324).

Outra questão controversa no Brasil, que não será tratada aqui, é se, em tais situações, o estelionato é crime permanente, cuja consumação se prolongaria no tempo, enquanto recebesse mensalmente a aposentadoria. Tal questão é fundamental para o início do cumprimento do prazo prescricional.

Dicionário Eletrônico Houaiss.

Confirmam-se os arts. 121, 122, 130, 138, 139, 140, 146, 147, 148, 149.

(Comentários ao Código Penal, vol. V, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 36)

dimoulis. Manual de introdução ao estudo do Direito, 2003, p.162.

Bobbio. O positivismo jurídico, 1995, p. 214.

zaffaroni e PIERANGELI. Manual de direito penal brasileiro, 2001, p. 175. Nabuco Filho, p. 85-86.

"A ligação feita em telefone público com o emprego de componente eletrônico indevidamente acoplado ao aparelho, sem a utilização da ficha apropriada, caracteriza o estelionato em seu tipo fundamental, por constituir artifício fraudulento através do qual se induz em erro os funcionários e a própria companhia telefônica e se obtém vantagem patrimonial ilícita em desfavor de outrem." (RT 649/282)

NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p. 121.

"...entre os momentos do estelionato deve existir uma sucessiva relação de causa e efeito: o meio fraudulento, comissivo ou omissivo, deve diretamente induzir ou manter o erro em virtude do qual se realiza a locupletação ilícita, de que resulta a lesão patrimonial." (HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, p. 209)

Por isso, no estelionato, segundo a distinção de Noronha, ao contrário do roubo e extorsão, a violência não existe, pois o autor age "sob o manto da blandícia e do cavalheirismo." (NORONHA. Código Penal brasileiro comentado, 1952, p.)

"Sujeito passivo, portanto, é o que vem a sofrer, realmente, o prejuízo." (HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, 1980, p. 211)

Ressalte-se que se trata de julgado antigo, quando os telefones públicos eram com ficha, mas, cuja análise não perde o interesse.

"El engañado a consecuencia del error debe realizar una disposición patrimonial, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un servicio (...) La diferencia entre la estafa y los delitos de apoderamiento estriba en que el perjuicio se causa por este acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente,

aunque con una voluntad viciada." (MUÑOZ CONDE. Derecho penal, 1996, p. 364)

jescheck. Tratado de derecho penal, 1993, p. 121.

González RUS. Curso de derecho penal español, 1996, p. 658.

Vives anton, Lección XXIV, in: CD que acompanha a obra:

MIR PUIG. Derecho penal, 1998, p. 90.

Zaffaroni. Derecho Penal, 2008, p. 97.

"En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataques concretas, se habla también de la naturaleza 'fragmentaria' del Derecho penal." (roxin. Derecho penal, 1997, p. 65)

MOLINA, Derecho penal, 2000, pp. 335 e 341. É interessante dispositivo do Código Penal Espanhol que estabelece que se o juiz ou tribunal se deparar com um comportamento atípico, mas que a seu juízo deveria ser uma conduta delituosa, deve se abster de "todo procedimento sobre ele e deve expor ao Governo as razões que o levam a crer que deveria ser objeto de sanção penal." Trata-se de um preceito legal bastante pedagógico, pois deixa claro os limites da atividade jurisdicional, que não se confunde com a função legislativa.

ferrajoli. Direito e razão, 2002, p. 30.

MAURACH e ZIPF. Derecho Penal, 2008, p. 143.

CARBONEL MATEU. Derecho penal, 1999, p. 252.

Nabuco Filho, pp. 67 e 94.

(\*)Advogado em *José Nabuco Galvão de Barros Filho*

*São Paulo, mestre em Direito Penal (Unimep), Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Bandeirante de São Paulo (Uniban) e de Direito Penal Eleitoral no Curso de Especialização em Direito Eleitoral do Centro Universitário Claretiano*

(Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/17458/algumas-observacoes-sobre-o-estelionato/2>, data de acesso 13/11/2011)

### 3 - O estelionato privilegiado e a publicidade enganosa

(\*) Roberto Angotti Ledier

Raciocinando penalmente, causar dano a milhares de pessoas é punido com menos gravidade do que causar dano a uma pessoa. Furtar a carteira de uma pessoa é considerado mais grave do que lesionar milhares de consumidores.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito jurídico de consumidor; 3. Direitos do consumidor; 4. Conceito de publicidade; 5. Diferença entre publicidade e propaganda; 6. Publicidade enganosa; 7. Publicidade abusiva; 8. A publicidade na mente do consumidor; 9. Teoria da motivação; 10. Regulamentação da publicidade; 11. Lei nº 8.078/90-Código de Defesa do Consumidor; 12. Conclusão; 13. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

O presente trabalho tem por fim abordar a publicidade enganosa. É sabido por todos a importância econômica da publicidade lícita para o mercado consumidor. A

inteligência do homem, primeiro descobriu como a publicidade é capaz de alterar condutas, criar mercados, alavancar a economia; e posteriormente, esta mesma inteligência criadora, descobre como fazer a publicidade ilícita, enganando o consumidor, levando-o ao erro, causando-lhe danos.

Ao mesmo tempo em que a publicidade é tão vital à economia, ela pode ser também danosa. Não podemos falar em censura à criatividade, mas devemos usar o bom senso e tratar a publicidade como algo indispensável à sociedade, porém, com a adequada regulamentação.

## 2. Conceitos de consumidor

O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor nos mostra o conceito jurídico de consumidor: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". A melhor doutrina considera como consumidor o não profissional que retira o bem ou serviço do mercado para uso próprio, sendo de fato como é, o destinatário final, fático e econômico do serviço ou produto adquirido.

Consumidor por equiparação é o constante no parágrafo único do art. 2º do estatuto consumerista, no qual o consumidor é considerado na coletividade, é a massa que está sujeita à publicidade enganosa e/ou abusiva.

Consumidor bystander está previsto no art. 17 da Lei nº 8.078/90. Eles são terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo, porém, podem sofrer prejuízos causados pelo fornecedor do produto ou serviço, ou seja, o fornecedor possui responsabilidade perante terceiros, já que os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou dos serviços não afetam somente o consumidor.

## 3. Direitos do consumidor

A tutela ao consumidor veio inicialmente pela Lei nº 7.347/85 – Ação Civil Pública. Pouco tempo depois, a Constituição de 1988, trouxe alicerce, base ao edifício chamado direitos do consumidor.

A defesa do consumidor é um princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170, no título da ordem econômica e financeira. No inciso XXII do art. 5º consta que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor e no art. 48 do ADCT, o legislador constituinte determinou prazo de cento e vinte dias para que o Congresso Nacional elaborasse código de defesa do consumidor.

Atendendo intempestivamente ao disposto no art. 48 do ADCT, o legislador infraconstitucional, deu vida ao CDC e o transformou em realidade jurídica, pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, com vigência em março de 1991.

O CDC em seu art. 6º, elenca os direitos básicos do consumidor, rol este exemplificativo e não taxativo, a saber: proteção da vida, saúde e segurança; educação para o consumo; liberdade de escolha de produtos e serviços; informação; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; indenização; acesso à justiça; facilitação de defesa de seus direitos e prestação adequada e eficaz dos serviços públicos.

## 4. Conceito de publicidade

Vários autores possuem um conceito de publicidade. Para Armando Sant'Anna: "Publicidade deriva de público (do latim publicus) e designa a qualidade do que é público". [1]

Já para o Aurélio: "Publicidade é a arte de exercer uma ação psicológica sobre o público com fins comerciais ou políticos". [2]

No entender de José Siqueira: "A publicidade é definida como a arte de despertar no consumidor o desejo de compra, levando-o à ação. A Publicidade é um conjunto de técnicas de ação coletiva, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes". [3]

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin anota: "A publicidade tem um objetivo comercial (...) enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social (...) A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar lucro, enquanto que a segunda exclui quase sempre a idéia de benefício econômico". [4]

Adalberto Pasqualotto leciona: "Toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa". [5]

## 5. Diferença entre publicidade e propaganda

Publicidade e propaganda parecem mas não são a mesma coisa. Publicidade é tornar público um fato, uma idéia. É um meio de tornar conhecido um produto, um serviço ou firma, tendo por objetivo despertar no consumidor o desejo pela coisa anunciada. Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar a fé católica pelo mundo. Deriva do latim propagare, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. Propagare, por sua vez, deriva de pangere, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido.

Vê-se, pois, que a palavra publicidade significa, genericamente, divulgar, tornar público, e propaganda compreende a idéia de implantar, de incluir uma idéia, uma crença na mente alheia.

"Segundo Eugênio Malanga (Prof. Universitário e escritor): "A Propaganda pode ser conceituada como: atividades que tendem a influenciar o homem, com o objetivo religioso, político ou cívico. Propaganda, portanto, é a propagação de idéias, mas, sem finalidade comercial. A Publicidade, que é uma decorrência do conceito de Propaganda, é também persuasiva, mas com objetivo comercial bem caracterizado. Portanto, a Publicidade é definida como a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. A Publicidade é um conjunto de técnicas de ação coletiva, utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes. A Propaganda é um conjunto de técnicas de ação individual, utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)."Publicidade é mais abrangente que a Propaganda e engloba todas as formas de comunicação: merchandising, Marketing Direto, novos meios etc. O que é



propaganda? É o efeito de propagar. É projetar a imagem da empresa no mercado, através dos meios de comunicação disponíveis na comunidade: Televisão, rádio, cinema, imprensa, revistas outdoors, internet e outras mídias), divulgando os produtos ou serviços às diversas fatias de mercado." [6]

## 6. Publicidade enganosa

No § 1º do art. 37 do CDC o legislador deu o conceito de publicidade enganosa. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

"O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem direito – de ordem pública – a não ser enganado, direito este agora adotado pelo Direito brasileiro. E linhas gerais, o novo sistema pode assim ser resumido: não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ("capacidade de indução ao erro"); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o standard de enganabilidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos)." [7]

O parágrafo primeiro do art. 37, o CDC reconhece o direito do consumidor de não ser enganado por qualquer informação inteira ou parcialmente falsa ou fraudulenta, capaz de, por ação ou omissão, induzi-lo em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Este dispositivo exige a veracidade da informação, de modo a que o consumidor possa fazer a sua escolha livre e consciente.

A publicidade será enganosa não só pela fraude ou falsidade nela contida, mas também por qualquer meio que seja potencialmente capaz de levar o consumidor a erro. Significa que não é forçoso que ele tenha sido enganado. A enganabilidade é aferida em abstrato, não se exigindo o prejuízo individual. O que se busca é a capacidade de indução ao erro. A simples utilização da publicidade enganosa presume, "juri et de jure", o prejuízo difuso. O erro real consumado é um mero exaurimento que é irrelevante para a caracterização da enganabilidade.

"Assim, a publicidade que desrespeite a imposição legal de correção e for enganosa, fere o interesse de toda a coletividade de pessoas a ela expostas, determináveis ou não, e que são equiparadas ao conceito de consumidor nos termos do Art. 29. Como exemplos de publicidade enganosa, podem-se mencionar os anúncios que alardeiam propriedades miraculosas de determinados "medicamentos", prometendo "curas fantásticas", o restabelecimento de "energias perdidas" (o "conhaque do milagre"), o emagrecimento sem regime alimentar, a oferta de produtos que não existem

no estoque do fornecedor, com o intuito de atrair o consumidor a entrar na loja (oferta como chamariz), etc." [8]

## 7. Publicidade abusiva

No § 2º do art.37 do CDC, temos a definição de publicidade abusiva, "in verbis":

"§ 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".

A publicidade abusiva é aquela capaz de incitar à violência ou quando contiver um fator que caracterize uma discriminatória de qualquer natureza, quando explorar o medo e a superstição, quando se aproveitar da deficiência de julgamento da criança, quando desrespeitar os valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A abusividade da publicidade está focada nos efeitos que ela possa causar, ou seja, algum mal ou constrangimento ao consumidor, não tendo, necessariamente, relação com o produto ou o serviço.

A publicidade abusiva aborda temas como: igualdade, proteção aos mais fracos e mais vulneráveis (crianças e velhos), estereótipos sexuais, estilo de vida, impacto cultural e práticas comerciais. A título de ilustração: uma publicidade de uma marca de tênis enfocando dois atletas, um é forte, loiro, com um rosto lindo e meigo, lembrando até um anjinho; o outro atleta é bem mais fraco, negro, com um rosto feio e um corte de cabelo dando a entender serem um par de chifres, lembrando o diabo. Ora, esta publicidade é abusiva por ser discriminatória de raça, pois mostra uma pessoa da raça negra associada a uma imagem negativa, feia, maléfica.

"Uma só publicidade pode ser, simultaneamente, enganosa e abusiva, sendo necessário que o produto ou o serviço, dentro das condições anunciadas, não corresponda àquilo que é verdadeiro (a enganosidade), e que o anúncio contenha a abusividade. Basta que o anúncio possa levar o consumidor, também, a agir contra a sua própria saúde ou segurança. Como exemplo, um anúncio veiculado há alguns anos mostrando várias crianças e adolescentes bem treinados e com equipamentos de segurança, fazendo peripécias em bicicletas de determinada marca. A enganosidade está em que o produto (a bicicleta), por si só, não tem o dom de levar o usuário a fazer as acrobacias mostradas no anúncio, já que decorriam do treino dos protagonistas. A abusividade está no fato de que o anúncio se aproveitava da imaturidade inerente às crianças (deficiência de julgamento delas) sugerindo uma conduta prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança, representada pelas acrobacias ciclísticas". [9]

## 8. A publicidade na mente do consumidor

Atualmente a publicidade é responsável por uma enorme movimentação financeira, movimentando a economia, gerando empregos e renda. Tudo se vende por meio da publicidade e não há como imaginar o mundo sem ela, a economia não sobreviveria. De tão importante, pois é capaz pela persuasão, de alterar condutas do

consumidor, é ela deve ser amplamente utilizada, mas em contrapartida, deve ser regulada pelo operador do direito em favor dos consumidores.

As pessoas são imprevisíveis e publicidade trabalha a partir de dados culturais existentes e sobre alguns dos instintos mais fortes do ser humano: medo, inveja, vontade de ganhar, desejo de aceitação social, etc. A publicidade age informando, argumentando, comparando, tanto de forma lógica e racional como subjetiva e emocional.

A publicidade atua usando conceitos da psicologia, que são fundamentais para levar uma campanha publicitária a atingir sua meta. Dentre entre esses conceitos, podemos destacar: "ATENÇÃO (capacidade de concentração da consciência sobre um objeto; o poder de notar um objeto no meio de um conjunto) ; INIBIÇÃO (é a faculdade que tem a nossa consciência de, a cada momento, deixar de lado tudo que a cerca, permitindo a concentração sobre um único objeto. Quanto mais concentrada é nossa atenção, maior é nossa inibição para o resto do mundo) ; INTERESSE (prestamos tanto mais atenção num objeto quanto mais ele nos interessa) ; MEMÓRIA (é a faculdade de lembrar-se de fatos, ou a faculdade de conservar, reproduzir reconhecer os estados de consciência anteriores, relacionando-os com nossa experiência passada) ; PERCEPÇÃO (é o registro de um objeto em nossa consciência) ; IMAGEM (é a representação de uma percepção anterior. Em publicidade define-se imagem como sendo os conceitos ou preconceitos intelectuais ou emotivos existentes na mentalidade do público, em torno de um produto, um serviço ou de uma empresa) ; EMOÇÃO (é a consciência que temos das modificações orgânicas que se produzem após a percepção de um estímulo de natureza afetiva) ; DESEJO (é a expressão consciente da necessidade) ; VONTADE (é aquele em que o indivíduo escolhe sua forma de agir de acordo com sua preferência) e MOTIVAÇÃO (é a predisposição par ao indivíduo agir de uma maneira determinada)."11

"Desde o início do século XX, os profissionais da Publicidade e Propaganda sentiram necessidade de se associar à Psicologia. Porém, foram necessárias duas décadas para que fosse criada a Psicologia da Publicidade e da Venda. Em seus primórdios, lá pelos anos 20, esse novo ramo da Psicologia procurava medir a atenção, a memorização, as percepções, as sensações e os sentimentos em laboratório, na tentativa de descobrir como os consumidores chegavam a eleger os aspectos mais atraentes de um determinado produto. Os resultados dessas primeiras investigações foram tão promissores e geraram uma tal euforia que as pesquisas foram ampliadas com uma nova técnica: ouvir os consumidores. Ocorreu, então, que o emprego desse novo método permitiu a descoberta, fundamental, que os consumidores tinham vários desejos; dentre eles, a necessidade de produtos ainda inexistentes. E essa revelação representou um marco essencial, pois criou condições para o advento do Marketing e da própria Psicologia do Consumidor, que lhe é, desde lá, coligada. Tanto a Psicologia do Consumidor quanto a Psicologia da Publicidade centraram-se sobre as motivações do comportamento de consumo. Porém, a Psicologia da Publicidade possui um aspecto que a distingue da primeira. Ela está mais voltada para a permeabilidade do comportamento e nas possibilidades de como influenciá-lo. Em função disso, seus interesses são múltiplos e abrangem desde as pesquisas sobre processos sensoriais que possibilitem a melhor organização do espaço gráfico ou cênico, até os estudos Psicolinguísticos que auxiliem a melhor elaboração de textos. Engloba também as investigações das crenças, das tendências e das motivações dirigidas a uma marca ou produto específico. Além disso, possui métodos e meios que avaliam exclusivamente o campo da Publicidade e da Propaganda: as pesquisas de imagem e personalidade de produtos e marcas, as

pesquisas de esclarecimento da mensagem publicitária e os testes de controle da ação publicitária. A função da Publicidade é tornar um produto, marca ou serviço conhecidos, e isso requer a constância de um tipo de comunicação que geralmente demanda prazos mais longos. Até porque o aumento das vendas não depende só de uma comunicação eficiente, mas das condições econômicas, políticas e sociais do universo sobre o qual atua."12

O comportamento de consumo é aquele definido como um comportamento de busca procura, compra, uso e avaliação de produtos e serviços para a satisfação de necessidades, ou seja, caracteriza-se por atividades físicas, mentais e emocionais visando a compra e uso de produtos e serviços para satisfação de necessidades e desejos.

O comportamento do consumidor tem sido analisado por profissionais de diversas áreas: psicólogos, publicitários, economistas, analistas de consumo, etc, os quais procuram entender o comportamento de consumo. A psicologia permite entender as influências dos fatores psicodinâmicos internos e dos fatores psicossociais externos que atuam sobre o consumidor. Portanto, o estudo do comportamento e da psicologia do consumidor é realizado para permitir o desenvolvimento de estratégias de marketing mais eficazes.

O comportamento é uma manifestação externa de processos psicológicos internos, de respostas aos estímulos que são processados e transformados em informações aprendidas e memorizadas. Os estímulos também são geradores de motivação, fazendo com que os consumidores desejem as coisas a partir das informações do que é aprendido e sentido, das emoções, é que se desenvolvem as atitudes, as opiniões e a intenção de ação, a intenção de compra.

A publicidade para ser eficiente ela deve ser capaz de provocar estímulos que culminam na compra de um produto. A mensagem publicitária eficiente explora muito bem, mas sutilmente, a empatia, a projeção e a identificação.

Empatia significa mais "sentir o que se passa no íntimo", portanto algo mais profundo que simpatia. Ao assistir a uma novela ou na leitura de um romance, existe a nossa tendência de identificação com algum personagem (sentimos aflição quando o mesmo passa dificuldades ou nos confortamos quando tudo acaba bem).

Projeção é o mecanismo de defesa que atua como proteção contra a angústia, exterioriza e atribui a outros os traços de caráter, as idéias, atitudes, motivos e desejos do próprio indivíduo que ele rechaça e censura.

Identificação pode ser considerada um impulso ou motivo apreendido para ser como outro indivíduo. Quando uma criança se identifica com um herói, pensa, comportar-se e sente como se as características deste fossem as suas próprias. A identificação é um processo permanente, começando na criança e continua com o adulto.

O consumidor, no ato da escolha, tem a mente dividida em uma parte consciente e outra parte inconsciente, com motivações próprias, que constituem a parte de maior influência nas decisões conscientes. Considera-se, também, que as escolhas são influenciadas, ou mesmo resultantes, do condicionamento da sociedade e da posição ou "status" que a pessoa ocupa dentro do meio social onde vive, ao invés das qualidades próprias do objeto a ser escolhido.

Apesar das influências, é de reconhecer-se que todos nós temos o poder da escolha. As modernas técnicas de "marketing" e publicidade visam a atingir esses flancos da personalidade, influenciados por motivações inconscientes, induzidas, estas, pelas crenças existentes em cada um de nós como resultantes da posição que ocupamos na sociedade, com o objetivo de interferir no nosso padrão de escolha.

A forma mais usada na tentativa de influenciar as crenças dos consumidores para induzir o seu comportamento no ato da escolha de produtos e serviços, é a publicidade.

O objetivo principal da mensagem publicidade é levar o consumidor a comprar algo. A compra é o último degrau da escada, que começa em chamar a atenção do consumidor de tal forma que a transforma em interesse e daí a leva até atingir o desejo que leva a ação de compra.

O primeiro passo de uma publicidade eficaz é despertar uma necessidade no consumidor. Ato contínuo, ela indica qual o objeto capaz de produzir essa satisfação. Aí a publicidade vai incutir na mente do consumidor um desejo por esse objeto. É preciso que o consumidor escolha a marca que a publicidade está veiculando. Para completar o ciclo de sucesso de uma publicidade eficaz, esse consumidor deve sair da inércia e agir, comprar o produto ou serviço que a publicidade despertou dentro dele.

Existem produtos absolutamente semelhantes em suas qualidade e preço. Diante de tal quadro, o consumidor irá decidir por aquele produto que lhe trazer uma satisfação ou prestígio. A função da publicidade é demonstrar que o produto "x" é o que trará ao consumidor a satisfação de sua necessidade e que lhe dará o prestígio subjetivo, estimulado pela publicidade.

Para que o consumidor decida comprar, é necessário informá-lo consciente e sucessivamente quatro estágios: atenção, interesse, desejo e ação. A publicidade de sucesso é aquela que consegue atingir os quatro estágios, tendo como conseqüência uma ação positiva do consumidor.

## 9. Teoria da motivação

O primeiro ponto a ser focado em relação ao consumidor é a motivação. Salvo raras exceções, o homem só consome se estiver motivado. A motivação é uma força propulsora dirigida a um determinado fim, é algo que não se pode observar diretamente, por isso, existe a interferência da existência de motivações pela observação do comportamento.

Grande parte dos nossos impulsos nos remete, na sua origem, a saciar as necessidades básicas, como sede, sono, fome, etc. O que interessa ao mercado é o estudo do que comer, beber, vestir, entender quais os motivos que levaram o consumidor àquela escolha.

A teoria de Maslow é conhecida como uma das mais importantes teorias de motivação. O ser humano apresenta cinco conjuntos de necessidades (fisiológicas, segurança, sociais, estima e auto realização) que estabelecem entre si uma ordem hierárquica, não de importância, mas de existência. Uma não existiria sem que a outra fosse previamente satisfeita.

Para ele, as necessidades dos seres humanos obedecem a uma hierarquia, ou seja, uma escala de valores a serem transpostos. Isto significa que no momento em que o indivíduo realiza uma necessidade, surge outra em seu lugar, exigindo sempre que as pessoas busquem meios para satisfazê-la. Poucas ou nenhuma pessoa procurará

reconhecimento pessoal e status se suas necessidades básicas estiverem insatisfeitas. Maslow apresentou uma teoria da motivação, segundo a qual as necessidades humanas estão organizadas e dispostas em níveis, numa hierarquia de importância e de influência, numa pirâmide, em cuja base estão as necessidades mais baixas (necessidades fisiológicas) e no topo, as necessidades mais elevadas (as necessidades de auto realização).

## 10. Regulamentação da publicidade

O consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia-a-dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico. E se tudo isso ocorre em relação à publicidade normal sobre o homem médio, pode-se imaginar os efeitos nefastos e devastadores da publicidade enganosa incidente sobre pessoas em formação, como crianças e adolescentes.

Toda a legislação anterior ao CDC, em seu conjunto, não tinha a preocupação precípua de defender o consumidor e mostrou-se insuficiente para garantir a proteção ao mesmo porque em nenhum momento, levou em conta o alto poder da publicidade na indução ao consumo em massa. Até o advento do CDC, essa questão era vista sob o prisma da concorrência desleal e da proteção à propriedade industrial.

Pelo CDC, a publicidade é uma oferta que possui a natureza jurídica de declaração unilateral de vontade, pré-contratual, que vincula o fornecedor e permite ao consumidor exigir o cumprimento do que foi anunciado. O anunciante tem o dever de lealdade, boa-fé, transparência, veracidade e informação, sendo vedada a publicidade enganosa, simulada e a abusiva.

Como direitos e garantias fundamentais, expressos no art. 5º da Constituição Federal, temos: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Não há que confundir a criatividade na área artística e publicitária, com o direito que o consumidor tem à segurança, à informação, à escolha e ao direito de ser ouvido ou consultado. A regulamentação da publicidade surgiu em virtude de desvios, de desequilíbrios nas relações de consumo. Surgiram a publicidade enganosa, a abusiva, a concorrência desleal, etc, ou seja, o homem usou sua inteligência criativa para o lado negativo da publicidade e em decorrência disso, tanto a classe dos publicitários como o Estado, tiveram que intervir, com a finalidade de direcionar condutas no sentido da ética, da lealdade, da verdade, de respeito ao consumidor, bem como impuseram sanções às condutas ilícitas.

A Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, regulamentada pelo Decreto nº 57.690, de 01 de fevereiro de 1966, dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Com um grande atraso, o legislador reconheceu essa profissão, a quem a economia do país deve tanto. Essa mesma lei, em seu art. 17, assevera que a atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957.

O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda de 1957, possui definições, normas e recomendações, às quais norteiam o profissional da publicidade à difusão de

idéias sadias, de nunca induzir o povo ao erro, de jamais lançar mão da inverdade, de jamais disseminar a desonestidade e o vício, de sempre agir com honestidade, respeito mútuo, lealdade e pela nobreza.

A seriedade da profissão é uma preocupação constante entre a maioria dos profissionais sérios da área. A neutralização de profissionais inescrupulosos é um dever moral visando o bem da profissão e da manutenção da atividade econômica. Essa seriedade não é apenas uma preocupação entre os profissionais da área, mas é algo que interessa ao país e está implicitamente inserido nos princípios gerais da atividade econômica, previsto no art. 170 da Constituição Federal. A ordem econômica e financeira está alicerçada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos uma existência digna, que deve observar entre outros, os seguintes princípios: livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego. O país precisa dos profissionais da publicidade, eles são responsáveis por empregos, vendas, enfim, pela movimentação intensa da economia nacional, mas em contrapartida, espera deles uma conduta ética que preserve a ordem econômica e financeira.

Na época da ditadura, o regime militar resolveu fazer uma sanção prévia à propaganda. A idéia era sancionar uma lei pela qual toda publicidade seria previamente analisada para poder ser veiculada.

Os grandes nomes da publicidade nacional se organizaram o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, cujo fim era preservar a liberdade de expressão e apresentaram a idéia ao governo, que acabou cedendo da idéia da censura prévia.

Posteriormente, em 05 de maio de 1980, em São Paulo, foi fundado o CONAR, Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, uma ONG encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, sendo uma sociedade civil sem fins lucrativos, cabendo-lhe, dentre outras atribuições: funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas.

No Código temos que os preceitos básicos que definem a ética publicitária são: todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país, deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais, deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor, deve respeitar o princípio da leal concorrência e deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

O CONAR atende a denúncias de consumidores e autoridades. Recebida a denúncia, o Conselho de Ética do CONAR que é soberano na fiscalização, julgamento e deliberação se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Procedente a denúncia, o CONAR recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda, podendo inclusive advertir anunciante e agência, sendo capaz de adotar medida liminar de sustação no intervalo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento da denúncia, visando obstar que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas.

Seu Conselho de Ética tem competência para julgar as representações por infração ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aplicando as sanções cabíveis, que compreendem advertência, recomendação de sustação de

divulgação do anúncio, recomendação de alteração ou correção e divulgação da posição da entidade.

O CONAR não tem poderes para retirar propaganda enganosa do ar e conceder ressarcimento aos prejudicados, pode no máximo sugerir a retirada do ar da publicidade viciada, sem qualquer via de coercibilidade. Isso não adiantava em nada aos consumidores primeiro porque não produzia o ressarcimento do dano e segundo porque não leva em conta o efeito residual da publicidade enganosa, já que mesmo retirada do ar, continua a produzir efeitos e a influenciar pessoas que foram expostas a mesma e não foram informados do motivo da suspensão da veiculação.

A publicidade enganosa já era prevista no art. 65 da Lei nº 4.591/64 (incorporação de imóveis), art. 55, III, da Lei nº 6.766/79 (loteamentos) e no art. 3º, III, da Lei nº 1.521/51 (economia popular), porém ficava restrita às referidas atividades, faltava uma lei genérica que abrangesse todos os tipos de produtos e serviços.

A Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, etc. Antes da vigência da atual Constituição e do Código de Defesa do Consumidor, a lei da ação civil pública já previa que se houvesse danos morais e patrimoniais causados ao consumidor, as pessoas legalmente legitimadas poderiam ajuizar a ação, cujo objeto é a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. O grande autor dessa ação é o Ministério Público, já que em 90% dos casos, ele é o pólo ativo.

A Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, em seu art. 7º, VII, diz que constitui crime contra as relações de consumo "induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária". Aqui é necessário que tenha havido o induzimento, que tenha havido o resultado (comportar-se de modo errôneo), sendo considerado o consumidor individualmente. A pena prevista para este delito é de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

## **11. Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor**

Antes do advento do CDC, o controle da publicidade era insatisfatório e a disciplina da oferta de produtos e serviços estava adstrita ao regramento do Código Civil. A publicidade está amplamente regulamentada no CDC, pelos artigos 30 (vinculação da publicidade), 31 (transparência das informações), 36 e § único (identificação da publicidade), 37 e parágrafos (publicidade enganosa e abusiva), 38 (inversão do ônus da prova), 55 a 60 (sanções administrativas), 61 a 80 (infrações penais).

O Princípio da Inversão do Ônus da Prova adotado no art. 38 do CDC nos diz que o ônus probatório acerca da veracidade da informação cabe a quem a veicula e não aos destinatários finais, ou seja, caso sejam acionados, aos vinculadores da publicidade é incumbido o ônus da prova. É o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, já que é o mais fraco na relação de consumo e teria dificuldades de provar a falsidade, a omissão ou a ofensa do anunciante que divulgou a mensagem publicitária. Pelo parágrafo único do art. 36 do diploma consumerista, cabe ao fornecedor manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Com o advento do CDC, a publicidade tem a natureza jurídica de um contrato, ou seja, o fornecedor da mensagem publicitária fica vinculado à mesma e com a



obrigatoriedade de cumprir o que foi anunciado, sob do cumprimento forçado da obrigação.

A publicidade enganosa dá ensejo à responsabilização do anunciante em três níveis: civil, administrativo e penal.

A responsabilidade civil consiste na indenização dos danos, materiais e morais decorrentes da veiculação da publicidade enganosa. O anunciante não precisa ter agido com a intenção de enganar os consumidores, ele responde pelos danos causados pela publicidade enganosa, pois sua responsabilidade é objetiva, ou seja, não se discute a culpa, apenas o dano e o nexo causal. Cabe ao fornecedor, caso seja demandado, provar a veracidade e correção da informação, pois no CDC houve a inversão do ônus da prova.

As sanções administrativas estão previstas nos arts. 55 e seguintes do CDC e no art. 18 do Decreto nº 2.181/97.

Pelo parágrafo único do art. 19 do Decreto nº 2.338/97, que aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, cabe a ANATEL, a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI, do CDC, com exclusividade, dentro das competências legais cabíveis.

A responsabilidade administrativa a ser focada no presente trabalho é a prevista no inciso XII do art. 56 e no art. 60, da Lei 8.078/90, que é a imposição da contrapropaganda (termo usado erroneamente pelo legislador, o certo seria contrapublicidade), que significa uma sanção às expensas do infrator, com o objetivo de impedir a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, mesmo após a sua cessação, já que a publicidade deve obediência ao princípio da boa-fé e à veracidade das informações.

A contrapropaganda deve ter a mesma forma, frequência e dimensão da publicidade ilícita, devendo ser transmitida no mesmo veículo de comunicação, local espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa. A intenção da contrapropaganda é dar a devida informação ao consumidor, é esclarecer a realidade sobre o que fora veiculado anteriormente de forma enganosa, é o desmentir, é o reconhecimento de que o produto ou serviço não possui as qualidades e virtudes anunciadas na peça publicitária. Sua função é educar o fornecedor, inibindo condutas desonestas e abusivas e reprimindo os atos fraudulentos.

A contrapropaganda pode ser imposta pela Administração Pública ou pelo juiz, bastando apenas que ela tenha sido veiculada uma vez. Na esfera judicial, poderá ser pedida cautelarmente a suspensão da veiculação ou a retirada do ar de publicidade enganosa ou abusiva, e na ação principal, pode ser pleiteado a indenização por danos sofridos.

A imposição da contrapropaganda por parte do Poder Público é quase uma sanção sem pena, no caso de seu descumprimento. Se o infrator, autor da publicidade enganosa, sofrer a imposição da contrapropaganda e não a cumprir, cabe ao Poder Público produzir e divulgar a contrapropaganda, em virtude da regra constitucional que atribui ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, e depois cobrar o custo do infrator. Isto ocorre porque o Legislativo previa a proibição da publicidade de todos os produtos e serviços do fornecedor infrator, mas o Presidente da República fez a caridade de vetar essa parte do texto, deixando a lei órfã de qualquer mecanismo de efetivação da contrapropaganda.

Concordando o infrator em realizar a contrapropaganda, ele pode realizá-la e o seu conteúdo não convencer o Poder Público acerca da sua efetividade, da sua clareza quanto à informação sobre o valor ofendido. Cabe ao Poder Público avaliar a contrapropaganda, se achá-la insuficiente, pode aplicar outra sanção administrativa de divulgação de contrapropaganda. Se a ineficiência da contrapropaganda for verificada novamente, pode o Poder Público produzir e divulgar a contrapropaganda e depois cobrar do infrator.

Como medida acautelatória, pode o infrator que sofrer a sanção da contrapropaganda, submetê-la previamente ao Poder Público, visando obter um sinal verde da administração pública a respeito da contrapropaganda e ter reconhecido o cumprimento da penalidade em sua totalidade.

Pelo princípio da intervenção mínima do Estado, é recomendado que o direito penal cuide das infrações graves, deixando as infrações menos graves a cargo de medidas administrativas ou meramente indenizatórias.

Levar o consumidor a erro sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços não era considerado uma infração grave até o advento do CDC. Enganar o consumidor, que ainda é muito mal informado, via publicidade enganosa, era uma atividade sem sanção penal, ou seja, era um convite à sua prática. Então o legislador pátrio, seguindo a tendência mundial, adotou criminalização da publicidade enganosa, tido como um dos mais graves delitos contra as relações de consumo.

As infrações penais estão elencadas nos arts. 61 e seguintes do CDC. O sujeito passivo nos delitos em voga é sempre o consumidor, público-alvo da peça publicitária ilícita, sendo indeterminado ou difuso.

Diz o art. 66 do diploma consumerista que fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços é crime punido com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. Pelo § 1º, incorre nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

Temos, portanto três núcleos previstos: fazer afirmação falsa ou enganosa em qualquer modalidade de oferta; omitir informação relevante envolvendo natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços; e patrocinar (custear, subvencionar) a oferta nas condições descritas.

O direito à informação é o fim buscado neste artigo, tanto que a conduta se consuma no ato de fazer (ação) afirmação falsa ou enganosa ou omitir (omissão) informação relevante, e não depende da ocorrência do resultado e nem exige um prejuízo econômico. É um delito que admite a forma dolosa (caput e § 1º), ou culposa (§2º). O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa fornecedora de produtos ou serviços nas condições descritas no tipo ou o patrocinador da mesma oferta.

Já pelo artigo 67 do estatuto consumerista, que trata exclusivamente da publicidade, temos que fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa é crime punido com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. O legislador teve a intenção de tutelar os direitos básicos do consumidor, contidos nos incisos II, IV e VI do art. 6º do CDC.

O sujeito ativo pode ser o publicitário, pois dele pode ser exigida a conduta prevista no núcleo do tipo, cuja atividade profissional está regulada pela Lei nº 4.680/65 e pelo Decreto nº 57.690/66, é aquele que cuida da criação e produção da publicidade, ou os responsáveis pela veiculação da publicidade enganosa nos meios de comunicação. Caso a publicidade tenha sido feita por Agência de Publicidade, pessoa jurídica, é necessário identificar o publicitário responsável pela criação e produção da publicidade ilícita.

Fazer (criar ou executar) é uma conduta positiva típica do publicitário, ou promover (encarregar para que se efetue) é uma conduta típica dos responsáveis pela veiculação da publicidade enganosa.

Aquele publicitário ou promotor que descumprir o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda ou ferir os direitos básicos do consumidor, passou a ser responsabilizado inclusive na seara penal.

O delito se consuma com a simples veiculação da publicidade pelos meios de comunicação, não dependendo do resultado lesivo. É uma modalidade de crime que só é admitido na espécie dolosa.

Finalmente, passaremos a analisar o art. 68, pelo qual, fazer ou promover 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, é um delito punido com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. A intenção do legislador é tutelar a integridade física e a vida do consumidor.

É um crime que só admite a forma dolosa. O sujeito ativo pode ser o publicitário ou o promotor da publicidade, ou seja, os mesmos do art. 67.

## Conclusão

Todo o dia existe alguém querendo que nossa cultura seja mudada, ou seja, consumindo, e esse alguém se chama publicitário. Pela TV, outdoor, rádio, internet, etc, diariamente somos massacrados pela publicidade de bens ou serviços, nos massificando, nos levando ao consumo daquilo que precisamos ou não.

A publicidade é indispensável a qualquer economia, face o seu poder de convencimento, a sua capacidade de criar mercados, de criar desejos e necessidades no ser humano. Usando as ferramentas da psicologia, o publicitário consegue fazer milagres no mercado consumidor.

Pela inteligência criadora do publicitário, além do efeito direto da publicidade, que é o aumento no consumo de bens ou serviços, indiretamente, toda a economia se movimenta, pois se aumentam vendas, aumentam os empregos na indústria autora da publicidade bem como nas indústrias que lhe fornecem os insumos, no comércio, no setor de serviços, enfim, é uma cadeia positiva de crescimento da economia em razão de uma publicidade de sucesso, que atingiu seu objetivo.

Ocorre que houveram desvios na rota natural da publicidade, e um desses desvios é a publicidade enganosa, surgindo então a necessidade de sua regulamentação. O estatuto consumerista prevê a sanção civil, administrativa e penal. A intenção do legislador foi que houvesse uma mudança na mentalidade da sociedade, de um lado que o consumidor tenha consciência e faça valer seus direitos e de outro lado que as sanções nele previstas, desestimulassem a conduta que as tipificassem.

A publicidade enganosa gera sanções civis, administrativas e penais. A tutela civil e a administrativa estão corretas e adequadas. Já a tutela penal, prevista nos artigos 66 a 68 do CDC, deixa a desejar. Os delitos previstos nestes artigos são considerados pelo legislador como de menor intensidade. A pena prevista para o delito dos arts. 66 e 67 é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, e a do art. 67, é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. Nota-se que a intenção do legislador, que vedou a publicidade enganosa, na seara penal foi generoso ou mal intencionado, a favor do infrator. Levar a milhares de consumidores uma informação falsa ou parcialmente falsa, por ação ou omissão, capaz de induzi-los ao erro, sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou quaisquer outros dados sobre os produtos ou serviços veiculados é uma conduta sancionada com detenção de no mínimo de 3 (três) meses e no máximo de 2 (dois) anos e multa, devendo ser inicialmente cumprida no regime semi-aberto.

Raciocinando penalmente, causar dano a milhares de pessoas é punido com menos gravidade do que causar dano a uma pessoa, senão vejamos: no delito de furto simples, a pena prevista é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, devendo ser inicialmente cumprida no regime fechado. Furtar a carteira de uma pessoa é considerado mais grave do que lesionar milhares de consumidores.

Ninguém pode falar que publicidade enganosa não é crime porque está expressamente previsto como tal, mas a tutela penal não é efetiva. O legislador resolveu por bem, privilegiar uma categoria de profissionais altamente preparados, que se utilizam recursos mercadológicos como pesquisa de mercado, etc e de instrumentos extraídos da psicologia para realizar a publicidade enganosa que é vedada pela lei, mas é punida com brandura.

Como toda criação humana, sujeita à falhas, o CDC pecou ao considerar o delito de publicidade enganosa como de menor intensidade. Se uma autoridade brasileira for convidada para proferir uma palestra no exterior e a mesma relatar que no Brasil, furtar uma carteira é mais grave que causar dano a milhares de consumidores, certamente será motivo de chacota.

No art. 37, § 1º, do CDC, temos o conceito de publicidade enganosa que é aquela que é capaz de induzir em erro (nosso grifo) o consumidor. Se o publicitário induzir o consumidor em erro, ele comete o delito de publicidade enganosa previsto no art. 67 do CDC, cuja pena é de detenção de três meses a um ano e multa.

Fazendo uma comparação com o art. 171 do Código Penal, delito de estelionato, temos que o mesmo núcleo do tipo, senão vejamos: "...induzindo ou mantendo alguém em erro..." (nosso grifo), cuja pena é de reclusão de um a cinco anos e multa. Não podemos chegar à outra conclusão: o legislador resolveu criar um "estelionato privilegiado" e o chamou de delito de publicidade enganosa, ou seja, se uma pessoa comum induzir alguém em erro, ela comete o delito de estelionato, já o publicitário que induzir em erro milhares de pessoas, comete o delito previsto no art. 67 do CDC, cuja sanção é bem mais suave.

## Referências bibliográficas

SANT'ANNA, Armando. Propaganda: Teoria, Técnica e Prática. 7ª ed. São Paulo, Pioneira, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. Obra coletiva. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

Publicidade e propaganda: Existe diferença entre elas?, in <http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm>

A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in [jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703](http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703)

Publicidade enganosa e abusiva, in: [http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop\\_consumidor/doutrina/publicidad\\_e\\_enganosa\\_abusiva.htm](http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop_consumidor/doutrina/publicidad_e_enganosa_abusiva.htm)

A psicologia da publicidade e da propaganda. in <http://www.crppr.org.br/artigos/05.htm>

Textos de apoio didático. Disciplina: psicologia do consumidor. Professora Helenice Carvalho. Universidade Estácio de Sá.

## Notas

1 Armando Sant'Anna, Propaganda: Teoria, técnica e prática, p. 75

2 Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, p. 1414.

3 Publicidade e propaganda: Existe diferença entre elas?, in <http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm>, acesso em 28/11/2003, às 17:27.

4 A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in [jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703](http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703), acesso em 28/11/2003, às 17:27.

5 A disciplina civil da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, in [jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703](http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=703), acesso em 28/11/2003, às 17:27.

6 Publicidade e Propaganda. Existe diferença entre elas? in <http://www.jsiqueira.com.br/publicidade.htm>, acesso em 05/12/2003, às 16:30.

7 Ada Pelegrini Grinover..., Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 288.

8 Publicidade enganosa e abusiva, in: [http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop\\_consumidor/doutrina/publicidad\\_e\\_enganosa\\_abusiva.htm](http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop_consumidor/doutrina/publicidad_e_enganosa_abusiva.htm), acesso em 05/12/2003, às 17:05.

9 A publicidade enganosa e abusiva, in: [http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop\\_consumidor/doutrina/publicidad\\_e\\_enganosa\\_abusiva.htm](http://www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop_consumidor/doutrina/publicidad_e_enganosa_abusiva.htm), acesso em 05/12/2003, às 17:35.

11 Armando Sant'Anna, Propaganda: Teoria, técnica e prática, p. 85,86.

12 A psicologia da publicidade e da propaganda, in <http://www.crppr.org.br/artigos/05>, acesso em 07/01/2004, às 10:20.

<http://jus.com.br/revista/texto/6573/o-estelionato-privilegiado-e-a-publicidade-enganosa/3>

Autor

[Roberto Angotti Ledier](#) - (\*)

Elaborado em 06/2004.

Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba/MG, Servidor Público Federal/INSS

Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT

LEDIER, Roberto Angotti. O estelionato privilegiado e a publicidade enganosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 647, 16 abr. 2005.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6573>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

## 4 - As relações publicitárias com danos ao consumidor

Artigo-monografia sobre o consumidor

### Introdução

Através da história observa-se com a crise do sistema feudal, o surgimento do mercantilismo, o qual evoluiu tornando-se hoje o Capitalismo objetivado por Max Weber. Capitalismo este que possui o fito da Globalização.

A Publicidade, sem dúvida, é a principal meio para o capitalismo atingir seu objetivo. Este método para atingir os consumidores com certeza é o mais eficaz, e pode-se dizer mais lucrativo para as empresas anunciantes. É verdade que alguns segundos na televisão em horário nobre custa muito dinheiro, porém, torna-se uma quantia desprezível se comparada ao efeito que esta trará em retorno.

A preocupação dos que trabalham com o Direito Consumerista é justamente a imposição de limites a estes anunciantes que não medem esforços para obter lucros, desta maneira desrespeitam os valores sociais dos cidadãos com raras exceções.

O presente trabalho monográfico é apresentado pelo método científico de “Monografia de Compilação”, isto é, serão expostos posicionamentos de vários autores que escreveram sobre o tema abordado.

Inicialmente serão discutidos os aspectos teóricos da publicidade, seus efeitos frente ao consumidor, bem como a diferenciação entre os termos “propaganda” e “publicidade”.

A questão seguinte a ser levantada será a natureza jurídica da publicidade frente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Após esta discussão serão tratadas a evolução e regulamentação das leis que se relacionam a publicidade e posteriormente os princípios a eles inerentes no Direito do Consumidor.

Em capítulos posteriores serão estudadas a Publicidade Enganosa, a Publicidade Abusiva e a Publicidade Comparativa, sendo esta ainda não foi disciplinada pelo legislador brasileiro.

Nos últimos capítulos será tratada a questão da Responsabilidade em torno da matéria publicitária conduzida de forma ilícita, seja através da contrapropaganda, responsabilidade civil e criminal.

O tema “Influência da Publicidade na Relação de Consumo - Aspectos Jurídicos”, reflete uma preocupação com o modo que os publicitários estão tratando a sociedade civil. Não há limites quando se trata dos lucros exorbitantes. A doutrina prega, que o consumidor antes de tudo é vulnerável e hipossuficiente, com isto é preciso

a conscientização dos militantes consumeristas a fim de lutar em pé de igualdade com os publicitários, que se encontram muito à frente.

## Teorias e efeitos da publicidade

Apesar de muitos acreditarem que os termos Publicidade e Propaganda são usados como sinônimos, estariam cometendo um erro, pois a rigor estes vocábulos não significam a mesma coisa.

O termo Publicidade é derivado de público, do latim publicus, e refere à qualidade do que é público. Expressando assim o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma idéia.

A Propaganda define-se principalmente como a propagação de princípios e teorias. Traduzida precisamente em 1957 pelo Papa Clemente VII, através da fundação da Congregação da Propaganda, a qual tinha o escopo de propagar o catolicismo ao redor do mundo. De origem latina o termo propagare significa “reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo.”<sup>[1]</sup> Já o termo pangere, que origina o propagare, tem o significado de enterrar, mergulhar, plantar. Conclui-se assim uma melhor significação para o vocábulo propagare, ou seja, propagação de uma doutrina religiosa ou princípios políticos.

À primeira vista, já se consegue distinguir uma pequena noção entre publicidade e propaganda, esta compreende a idéia de implantar, de incluir uma idéia, uma crença na mente alheia, aquela significa, genericamente, divulgar, tornar público.

Em se tratando de Direito das Relações de Consumo faz-se mister diferenciar os termos publicidade e propaganda, haja vista estes serem no meio social utilizado como sinônimos, o que não é correto.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, através dos artigos 6º, IV, 36, 37, 67, 68 e 69, teve a preocupação na utilização do termo a ser adotado nesta legislação, utilizando assim o termo indiscutivelmente correto para este âmbito das relações de consumo que é Publicidade, ocorreu, no entanto um pequeno deslize dos legisladores ao utilizar a expressão “contrapropaganda” no inciso XII do artigo 56 CDC, que deveria ser corretamente utilizado o termo da “contrapublicidade”.

Antônio Herman de V. e Benjamin defende que:

“Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa um fim ideológico, religioso, filosófico, político econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda”.<sup>[2]</sup>

A diferenciação entre a propaganda e a publicidade poder ter dos mínimos aos máximos níveis de complexidade, idéias defendidas envolvendo a espécie e o gênero. Porém a intenção da obtenção do lucro com certeza, torna-se o mais importante aspecto diferenciador, logicamente para a publicidade. Ficando assim determinado que a intenção primordial da propaganda é a de não gerar lucros econômicos e sim de propagação de certa filosofia.

Há de se registrar, porém, a posição divergente do Professor Adalberto Pasqualoto que não reconhece de qualquer maneira a intenção de lucro na publicidade e a denomina:

“Toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feitas através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”[3].

Com todo respeito à posição, a questão a ser discutida para denominar publicidade é a obtenção do lucro seja ela direta ou indiretamente, imediata ou não.

Adentrar mais ainda nesta diferenciação dos termos seria insensato. No entanto, cabe atentar-se à publicidade em si com seus devidos conceitos e efeitos. Comercialmente, anunciar visa promover vendas e para vender é necessário, na maior parte dos casos, implantar na mente da massa uma idéia sobre o produto. Todavia, em virtude da origem eclesiástica da palavra, muitos preferem usar publicidade, ao invés de propaganda; contudo, hoje leigos utilizam indistintamente estes termos. Antes do advento do rádio o conceito era de que publicidade é arte de vender pela letra impressa. O rádio invalidou-a e a evolução do conceito de vendas deu lugar a novos conceitos sobre a publicidade.[4]

De acordo com os devidos conceitos é possível tirar algumas conclusões como:

- a) a publicidade torna conhecido um produto, um serviço ou uma firma;
- b) o intuito é despertar nos consumidores o desejo pela coisa anunciada, ou criar prestígio ao anunciante;
- c) faz isso abertamente, sem encobrir o nome e intenções do anunciante;
- d) os anúncios são matérias pagas.

É salientável deixar claro mais uma vez que, é que a publicidade é o grande meio de comunicação com a massa.

Esta técnica de comunicação tem como finalidade desenvolver atitudes que irão corresponder para o anunciante o consumo almejado, seja de produto ou serviço. Para Armando Sant’Anna:

“A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que obtidos através de quaisquer outros meios”. [5]

No Brasil a publicidade vem evoluindo de forma notável. Deve-se ligar este fato ao progresso industrial. Há um tipo de correlação entre a indústria e a publicidade, ou seja, à medida que um cresce, o outro acompanha este crescimento. Não se pode imaginar este exacerbado mercado consumidor sem o efeito da publicidade que conseqüentemente permitiu o surgimento da fabricação em série, base do desenvolvimento da indústria moderna. Ao analisar o verbo vender numa interpretação mais ampla de que se chegue aos outros a mensagem capaz de interessá-los em determinada ação, a finalidade principal da publicidade é vender. Não se deve, no entanto ter a idéia extrema que a única finalidade da publicidade é vender determinada mercadoria ou serviço. Ela influencia bastante e motiva a venda. Porém, sem os demais fatores essenciais: qualidade, apresentação do artigo, preço, dentre outros, seria também insensato demais querer que a publicidade atingisse na sua plenitude os objetivos almejados.



Há os que digam, opositores da publicidade, que os gastos feitos com esta são dispensáveis. Nota-se assim um certo conservadorismo adicionado com um pouco de ignorância frente à função e a os efeitos da publicidade no mundo moderno. O consumo estável que determinou a fabricação em série, já mencionada anteriormente, não teria ocorrido sem a publicidade, o qual tem como essência à produção em grandes quantidades que resulta na diminuição do custo do unitário. Chega-se a uma breve conclusão que o custo gasto com a publicidade é ínfimo se comparado com o que se teria que gastar com a produção baseada na unidade, como antigamente, o que leva a deduzir que a publicidade é uma fonte de economia para produtores e de benefícios para consumidores, quando utilizada devidamente, lógico.

Salienta-se, que os benefícios da publicidade não são só econômicos. A questão da liberdade de imprensa é resultado da ação democrática da publicidade. Na ausência da receita dos anúncios, nem jornais, nem rádios ou televisões poderiam informar e entreter os espectadores em geral, como o fazem. Há quem diga que:

“A publicidade garante ao público receber serviços por um valor várias vezes superior aos preços pagos. Ela é também, importante fator como esteio do regime democrático. Suprima-se a publicidade e desaparecerá a liberdade de imprensa que conhecemos. E, sem ela, estará comprometido o regime democrático. É pela publicidade que subsistem os órgãos de divulgação dos mais variados matizes. Graças a ela, as opiniões mais diferentes são emitidas, permitindo o confronto que precede à seleção dos melhores”[6].

Comovente a posição acima mencionada; no entanto, deve-se estar atento quanto a esta democracia e liberdade de imprensa tão pregada e aclamada pelos publicitários. Os limites de liberdade existem e devem ser respeitados, a publicidade hoje pode ser muitas das vezes perigosa, certos profissionais do ramo não medem os efeitos que a publicidade surtirão no consumidor, ou seja, a que ponto deve chegar a influência desta na cabeça do consumidor.

Com certeza, no que se trata de marketing a publicidade é uma das maiores forças da atualidade. Trata-se de um combustível que impulsiona a indústria, o comércio e qualquer outra atividade.

Como já dito, realmente a publicidade é uma arma muito poderosa, que tem sido xingada, ameaçada, caluniada e bajulada. No entanto, por um lado positivo deve-se reconhecer que ela influencia bastante. Antigos refrões como “o segredo é a alma do negócio”, foram substituídos por “a publicidade é a alma do negócio”, para os publicitários como Armando Sant’Anna “publicidade/propaganda vende, educa e estimula o progresso”[7]. Há de ser entendido que o crescimento do país está intimamente ligado com a produção, que por sua vez cresce à medida que aumenta a venda de produtos e serviços efetivados pelo efeito da publicidade.

O grande mérito da publicidade se dá através do anúncio. Há quem diga que o anúncio é a grande peça do imenso tabuleiro publicitário e o meio publicitário por excelência para comunicar algo com o propósito de vender serviços ou produtos, criar uma disposição, estimular um desejo de posse ou para divulgar e tornar conhecido algo novo e interessar a massa ou um dos seus setores.

O anúncio tem de ser objetivado pela natureza do homem. Para que seu fim seja atingido é de extrema necessidade saber como será conseguida a devida atenção do alvo, no caso a pessoa que o anunciante deseja atingir, ou seja, o saber como vai ser captada aquela atenção. Neste caso deve-se fazer um estudo minucioso das reações do

ser humano, seus instintos e sentimentos. Tendo assim o publicitário além de tudo que ser um pouco psicólogo, apresentar uma boa técnica, conhecer os princípios da comunicação e principalmente, antes de tudo saber as limitações que impõem os diferentes meios de comunicação com a massa, o que às vezes não ocorre. Deverá assim o publicitário ter um grande conhecimento da estrutura e fatores do anúncio, para que este seja potente, atrativo e alcance tanto seu objetivo prático que é a venda como o que já foi previamente estudado e estipulado no briefing[8]. Para Armando Sant'Anna, os bons anúncios têm efeito nulo em virtude de uma construção deficiente ou por algum defeito que reduz consideravelmente sua eficiência[9].

## Natureza jurídica

É notório que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, procurou inovar ao introduzir a publicidade já na seção II que trata “Da oferta”, como declaração unilateral de vontade, obrigação pré-contratual, que caracteriza o vínculo com o fornecedor e automaticamente proporciona ao consumidor a possibilidade de exigência daquilo que foi anunciado. É o que pregam os artigos 30 e 35 do CDC. Desta forma, a partir do momento que anunciante propaga determinado anúncio, automaticamente já está caracterizada sua obrigação em cumprir aquilo que fora anunciado para o consumidor, que acreditou naquilo que chegou a ele de maneira unilateral de vontade como uma proposta.

Ao anunciar determinada matéria publicitária, a empresa cria através desta uma certa obrigação, haja vista a declaração unilateral da vontade do anunciante. Obrigação esta que está expressa em lei. Sobre este tema a Professora Cláudia Lima Marques entende que:

“No direito brasileiro, a oferta ou proposta é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato (...). A oferta ou proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 1.080 e ss. do Código Civil Brasileiro (...)). Se na visão tradicional a oferta já é um fator criador de vínculos, na visão do CDC este poder de vinculação (Binding), desta declaração negocial, destinada ao consumo, é multiplicado (...). O art. 30, ao ampliar a noção de oferta e ao afirmar que as informações dadas integram o futuro contrato, revoluciona a idéia de *invitatio ad offerendum*. Agora qualquer informação ou publicidade veiculada que precisar, por exemplo, os elementos essenciais da compra e venda: *res* (objeto) e *pretium* (preço), serão considerada como uma oferta vinculante, faltando apenas a aceitação (*consensus*) do consumidor ou consumidores em número indeterminado (...). É o princípio da transparência nas relações de consumo, mesmo nessa fase anterior ao fechamento do negócio, exigindo veracidade nas informações que são transmitidas aos consumidores. A nova noção de oferta instituída pelo CDC nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma maior lealdade, uma maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor”.[\[10\]](#)

Motivo de discussão é a questão do efeito obrigacional ou não da publicidade institucional[\[11\]](#). Dispensa qualquer comentário quanto a publicidade promocional que possui com certeza seu caráter obrigacional como já foi visto, que teria que investigar a natureza jurídica e seus efeitos por não apresentar vontade unilateral do anunciante.

Pasqualoto, compartilhando dos entendimentos de Paulo de Tarso Sanseverino, Benjamim e Clóvis do Couto e Silva, põe fim à discussão e defende que:

“o que essa duas publicidades têm em comum é que ambas são formas de comunicação do anunciante com o mercado. Ele optará por uma ou por outra, conforme a estratégia que mais lhe convier. O objetivo imediato de cada uma não afeta sua natureza. Não se pode definir a natureza jurídica de um ato pelos seus efeitos. Ontologicamente, não existe diferença. Anúncio institucional ou anúncio de vendas, a mensagem será sempre um ato publicitário, uma forma de comunicação essencial típica do mercado de consumo. Na feliz expressão de Paulo de Tarso Sanseverino, contato social de consumo.”[\[12\]](#)

Conclui-se, a despeito da polêmica, que a publicidade deve ser independente do efeito da mensagem ser considerada como fonte de obrigação jurídica, ou seja, na categoria do contato social, assim possuirá caráter com deveres e obrigações decorrentes das mensagens veiculadas, independentes de seu conteúdo.

Em geral, quanto à natureza jurídica, o CDC foi feliz em sua redação, pois se entende que uma vez veiculado o anúncio, automaticamente já caracteriza a obrigação pré-contratual, tendo como sujeito ativo o consumidor, decorrente de sua aceitação da matéria anunciada, e no lado passivo da relação o anunciante (art. 30 do CDC). Ademais, importante ressaltar que o código regulou através do artigo 35 os dispositivos que poderão ser utilizado caso não for cumprido aquilo que fora anunciado, na visão de Antônio Carlos Alencar:

“A mens legis, que se ocupa de resguardar a boa-fé do consumidor, de assegurar o cumprimento da palavra pelo proponente. É expressão do princípio geral de direito: Pacta sunt servanda. A palavra deve ser honrada; as promessas, cumpridas; os pactos, executados.”[\[13\]](#)

## Princípios norteadores do CDC aplicáveis à publicidade

Antes de adentrar nos princípios específicos da publicidade no Direito do Consumidor, são necessários breves comentários frente a alguns princípios basilares gerais da disciplina do Direito Consumerista.

É de extrema necessidade o estudo principiológico de cada matéria jurídica, pois através deste ter-se-á um melhor entendimento e interpretações os quais baseiam os dispositivos e as normas legais, ou seja, seus princípios.

Como dito, será iniciado o estudo através dos princípios basilares que regem a matéria jurídica Consumerista, o qual estão previstos através do artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

I- O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo- reflete a principal razão de toda proteção e defesa do consumidor, que é totalmente a parte vulnerável de qualquer relação consumerista. Pode-se observar de acordo com a facilitação da defesa a questão da possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a qual se encontra prevista através do inciso VIII do art. 6º do CDC. É importante ressaltar que a inversão do ônus da prova precisa atender requisitos como a verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor; no entanto como princípio específico em matéria publicitária não se faz necessário atender qualquer requisito pois é regra absoluta, ou seja, o ônus é invertido como regra, na letra do código, e não a critério de juiz (art. 38 CDC).

II- O princípio da intervenção – para Paulo Vasconcelos Jacobina:

“... o código é fruto de um Estado que segue o modelo dito do bem-estar social, e, portanto, intervencionista. É preciso porém, distinguir, com Eros Roberto Grau (A Ordem Econômica no Constituição de 1988, Interpretação e Crítica, p.162), as três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico: por absorção ou participação, quando ele desenvolve ação direta no domínio econômico (é o caso da alínea a do inciso II do art. 4º do CDC), por direção, quando ele atua sobre o domínio econômico, mediante normas de caráter coativo (vide alíneas c e d do mesmo inciso), ou por indução, quando manipula os instrumentos da

intervenção no sentido do estímulo, e não da coação (vide alínea b do mesmo inciso). ”[14] Vale salientar que por qualquer meio a ser utilizado pelo Poder Público, este estará sujeito a mesma legislação utilizado para o setor privado, ou seja, § 1º do art. 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

III- O princípio da boa-fé – é tratado de uma forma específica, como será visto adiante, deste modo é considerado um sobreprincípio. Será estudado de forma mais aprofundada dentre os princípios específicos da publicidade.

IV- O princípio da educação e da informação – tratado de forma melhor dentre os princípios específicos da publicidade, inserido nos princípios da veracidade e da correção, adiante.

V- O princípio da repressão aos abusos praticados no mercado de consumo – Sobre este princípio, de grande relevância, há quem diga que existe uma contradição no que se refere ao não tratamento da concorrência desleal e da propriedade industrial no Código de Defesa do Consumidor. No entanto o art. 4º, VI, o que deve ser elucidado é a questão da prática da concorrência desleal e da propriedade industrial, de alguma maneira atinja o consumidor direta ou indiretamente.

Para a ciência jurídica consumerista, o que interessa é que se o uso de determinado produto ou serviço traz prejuízos e não interessa o uso irregular de uma marca de comércio, pura e simplesmente. Deve-se entender que o fito deste princípio é a condenação de práticas que tragam prejuízo ao consumidor, sendo a relação que importa a do fornecedor-consumidor, e não a do fornecedor-fornecedor, ou ainda empresário-empresário, que fora interpretado indevidamente através do inciso especificado acima.

VII- Princípios da racionalização e melhoria do serviço público e do estudo constante das modificações no mercado de consumo – previsto no art. 4º do CDC, no entanto o seu estudo abrange mais as questões das reações e oscilações do mercado, o que com certeza também engloba a questão publicitária, porém de forma menos abrangente.

Vistos os princípios gerais do Direito do Consumidor, ligados a matéria publicitária, serão apresentados os dois princípios mais importantes, que servem de sustentação aos demais princípios específicos.

Princípio da Liberdade: traduzido através de princípios constitucionais da livre iniciativa e o da livre concorrência, que também sofre influência atenuada dos princípios da manifestação de pensamento e o da liberdade de informação, considerando acima de tudo que a publicidade trata-se de uma atividade extremamente comercial.

Vale salientar que a publicidade apesar de toda uma legislação fiscalizadora, em determinados países extremamente capitalistas, ou seja, que possuem uma economia voltada para o mercado, a fiscalização tendenciosamente sobre este setor é atenuada pois como sabido é publicidade que vende produtos e serviços.

Princípio da Boa-fé: este princípio está previsto de forma nítida através do inciso III do artigo 4º do nosso CDC. Deve-se atentar às duas intenções deste princípio, ou seja, em primeiro lugar a intenção deste quanto aos contratos que devem ser menos formais e que a linguagem utilizada expresse nitidamente a manifestação das vontades das partes, logicamente de maneira clara para o consumidor. Neste aspecto deve-se estar atento quanto às condições subentendidas, são as obrigações contraídas, ou se impõe por força de uso regular da própria equidade.

A outra intenção deste princípio enfatiza a colaboração. Entendemos a reciprocidade entre as partes, ou seja, a ajuda mútua para que se chegue a fim do acordo das partes, é certo que respeitando a contraposição de interesses que sempre existirão.

Segundo Paulo V. Jacobina, que manifesta sua idéia e pronuncia:

“O certo é que as partes devem, mutuamente, manter o mínimo de confiança e lealdade, durante todo o processo obrigacional; o seu comportamento deve ser coerente com a intenção manifestada, evitando-se o elemento surpresa, tanto na fase de informação, quanto na de execução, e até mesmo na fase posterior, que se pode chamar de fase de garantia e reposição. É nesse sentido que o princípio da boa-fé foi positivado pelo CDC, no inciso III do art. 4º, e é nesse sentido que a lei fala em harmonização de interesses e equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores”.[\[15\]](#)

Como comentado anteriormente, é esta boa-fé manifestada através de lealdade e confiança, torna-se alicerce para os princípios específicos da publicidade comercial.

Em consonância com os princípios fundamentais, anteriormente estudados, discorrer-se-á sobre os reais princípios específicos da publicidade comercial, os quais são:

a) Princípio da Veracidade - O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, prevê este princípio através do § 1º do artigo 37, o qual orienta, no dizeres de Fábio Ulhoa “... adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que realmente é”[\[16\]](#), ou seja, as mensagens publicitárias devem ser verdadeiras, corretas, respeitando o consumidor frente a sua vulnerabilidade, ponto que futuramente ampliaremos. Este consumidor que diariamente está a todo o momento seja em jornais impressos, revistas, televisões, entre outros vários meios de comunicação, exposto a inúmeras peças publicitárias. A lei estabelece que tudo aquilo que foi anunciado que despertou certo desejo no consumidor, obrigatoriamente tem que ser verdade e não induzir a erro. Devendo acima de tudo, o que foi anunciado, ser de forma completa e correta para que não seja caracterizada a publicidade enganosa por omissão.

Este princípio decorre da regra da boa-fé, deste identificamos suas principais ofensas que são a Publicidade Simulada, Publicidade Enganosa e a Publicidade Abusiva, que são diferenciadas precisamente por Fábio Ulhoa da seguinte maneira:

“Na primeira, o caráter publicitário do anúncio é disfarçado para que o seu destinatário não perceba a intenção promocional ínsita à mensagem veiculada. Na segunda, o anúncio induz o consumidor em erro afirmando falsidades ou sonhando informações essenciais acerca do objeto da mensagem. E, na terceira, valores socialmente aceitos são denegridos ou deturpados com objetivos meramente comerciais”[\[17\]](#)

b) Princípio da Identificação (Clareza) da Publicidade- O legislador através do artigo 36 da Lei 8.078/90, dispõe: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”, com isso, busca combater as técnicas psicológicas com fins publicitários. É o caso das Publicidades Dissimulada, Subliminar e a Clandestina.

A identificação da publicidade, para os anunciantes não é vantajosa pois baixa a credibilidade da mensagem. Desta maneira os anunciantes usam de vários métodos que possam esconder tal identificação. Para Adalberto Pasqualoto:

“A mensagem publicitária então se torna dissimulada ou clandestina, sendo veiculada sem a identificação do anunciante. Por vezes, é confundida

propositadamente com uma reportagem, como se fosse matéria editorial de um veículo de comunicação. Outras vezes, é feita a exposição de um produto de forma casual, como se estivesse integrando naturalmente uma cena, na televisão ou no cinema. Com esses procedimentos, não apenas evitam um abalo da credibilidade, como se creditam de um testemunho aparentemente desinteressado do órgão ou do programa que veicula a mensagem sub-reptícia.”[18]

O patrocínio indireto também configura uma publicidade simulada. É o caso, por exemplo, de quando se assiste ao filme que passa a cena em um bar onde aparece nitidamente a famosa marca da coca-cola, ou seja, é o típico merchandising.[19]

Destarte, todos estes meios utilizados são considerados ilícitos e são automaticamente vedados, isto porque causam dificuldades para que o consumidor obtenha a informação devida frente a uma mensagem publicitária.

c) Princípio da correção, ou da legalidade, ou da não-abusividade - este princípio respalda-se na questão de que a publicidade não contenha mensagens que venham agredir os valores sociais do homem. Desta forma, não basta apenas o dado real, faz-se necessário também que a publicação respeite os valores sociais de cada um.

d) Princípio da vinculação contratual da publicidade - é o princípio pelo qual a vinculação de certa publicidade já constitui obrigação por parte daquele que anunciou, questão esta já discutida no item da Natureza Jurídica da Publicidade, sendo facultado ao consumidor exigir a execução daquilo que foi anunciado de acordo com o artigo 35 do CDC.

e) Princípio da inversão do ônus da prova - este princípio reflete uma manifestação da união do princípio da veracidade, da não-abusividade e do princípio geral da vulnerabilidade do consumidor, ou seja, o artigo 38 do CDC afirma que cabe o ônus a quem veicula a peça publicitária e não aos consumidores. No caso de lesão ao consumidor por publicidade enganosa ou abusiva, deverá o anunciante provar que não teve culpa por tal ato. Isto se deve ao fato do anunciante ser o responsável de forma objetiva.

f) Princípio da transparência da fundamentação da publicidade - Antônio Herman define tal princípio: “Em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova, reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, expresso no art. 36, parágrafo único. É o aperfeiçoamento da teoria do ad substantiation dos norte americanos”[20], ou seja, é a exigência que a lei faz que toda mensagem publicitária seja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos. O anunciante tem total liberdade para anunciar, desde que respeite o consumidor, devendo entretanto, antes de veicular o anúncio manter consigo um estudo com dados técnicos e científicos demonstrando toda a intenção da campanha publicitária, e ainda sejam estes disponíveis para quem interessar possa ter acesso.

## **Evolução das normas relacionadas com a publicidade**

Logicamente que os profissionais da publicidade lutaram até o último momento contra a regulamentação pelo Estado da publicidade, ou seja, todos que rodeiam o meio como agências, anunciantes, comerciantes, empresas, e diversos outros ofereceram, cada um como pode, resistência. Há aquela busca eterna do anunciante de eximir-se da culpa de tal efeito não correto à vista daqueles que buscam o direito. Inicialmente os

profissionais da área publicitária aproveitavam e usufruíam o velho dito da “liberdade do pensamento e artística”[\[21\]](#), desprezando totalmente os riscos e efeitos maléficos aos consumidores, intrínsecos nas matérias publicitárias.

Como já dito nos primeiros capítulos, os conflitos entre os publicitários, que pregam sua liberdade de expressão, os que fazem parte do meio jurídico serão eternos, aqueles se sustentam que seu direito constitucional, que é a liberdade de expressão está sendo restringido, tornando-se assim uma verdadeira censura.

Adalberto Pasqualoto em sua obra *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC*, tomando por referência o *Droit de la consommation* (p.275), cita exemplos concretos:

“No Brasil, o argumento foi usado no já citado caso Nestlé, julgado em Porto Alegre, sendo rechaçado. Atualmente, as atenções estão voltadas para o Canadá, onde a Suprema Corte daquele país encontra-se às vésperas de julgar causa que envolve proibição de publicidade de tabaco na Província de Quebec, já decidida, contra indústria fumageira interessada, na corte provincial. Segundo Nicole L’Heureux, tanto a Carta canadense quanto a quebequense protegem a liberdade comercial, sendo necessária a submissão ao judiciário de qualquer restrição legal de um direito de liberdade. Tratando-se de liberdade comercial, porém, as cortes canadenses são menos exigentes, não substituindo a sua interpretação pela do governo, apenas contentando-se em exigir a demonstração de um interesse jurídico que justifique a limitação.”[\[22\]](#)

Chega-se a uma preliminar conclusão que a liberdade de expressar o que se pensa sem dúvida trata-se de um direito que a Carta Magna garante; deve-se, no entanto, por aquele que se expressa, principalmente para fim comercial, ser sabido que qualquer efeito nocivo de caráter moral ou material deverá o mesmo arcar com a devida responsabilidade. É o famoso conceito blakstoniano, segundo o qual: “ cada homem livre tem o direito indubitável de expor como entender seus sentimentos perante público; proibir isto é destruir a liberdade de imprensa; mas se ele publicar notícias impróprias, nocivas e ilegais, deve assumir as conseqüências de sua própria temeridade”[\[23\]](#)

Diga-se que o direito do uso da palavra é arcado com sua devida responsabilidade, a liberdade que se almeja é de ordem política em contrapartida a liberdade de anunciar, ou seja, é necessária a maior cautela ao lançar diante a população qualquer tipo de propaganda ou publicidade, haja vista cada homem possuir uma reação diferente e conseqüentemente a quem divulgou caberá total responsabilização. A justificativa do elo entre empresas e agências publicitárias reflete no lucro tão almejado por estes, ficando em planos inferiores os questionamentos quanto aos direitos políticos dos cidadãos.

Em face disto, como já destacado, faz-se necessário extrema fiscalização que imponha limites e resguarde a vulnerabilidade e ignorância das pessoas, vítimas deste desejo insaciável do mercado. Segundo Pasqualoto que divide este entendimento com Benjamin e Guido Alpa: “... a mensagem publicitária não pode ser considerada manifestação de opinião ou de pensamento, sendo apenas um momento de atividade produtiva da empresa.”[\[24\]](#)

Pode-se utilizar como exemplo, a questão decidida em 1989 no Tribunal de Mercado da Suécia, onde o Ministério Público tentou intervir numa promoção de uma viagem turismo-aventura, a qual era promovida e financiada por uma marca de cigarro.



Sendo o pedido do parquet indeferido, pois aquele Tribunal entendeu/fundamentou preferindo basear-se na liberdade de expressão da empresa tabagista[25].

A regulamentação das questões relacionadas com a publicidade é de grande necessidade, para que se imponham limites às agências e aos anunciantes, ou seja, o Estado contra o setor empresarial privado através de seu poder intervencionista.

Com o medo da intervenção estatal, as agências publicitárias do mundo procuraram agilizar suas auto-regulamentações, que funcionaria como um código de ética do meio publicitário, tudo isto decorrente da ameaça do Estado através do legislativo procurar regular este meio.

É notório que na maioria dos países as empresas aliadas com todos que envolvem a matéria publicitária se unem com o fito de auto-regulamentar o trabalho publicitário, incluindo principalmente seus conselhos de ética. No Brasil as empresas publicitárias se uniram criando o CONAR – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, que no ano de 1978 elaborou o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

O Conselho de Ética do CONAR é dividido em câmaras que se baseiam no Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, que recebem as denúncias, as quais podem ser encaminhadas por todos aqueles que se sintam lesados por alguma veiculação. Comprovada alguma infração ao código, o responsável poderá ser punido com advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de suspensão da veiculação e divulgação da posição do CONAR no caso de não acatamento das suas decisões.

Urge ressaltar a valoração deste instrumento dos publicitários, ou seja, a principal intenção, como já dito, era afastar o Estado da regulamentação desta Lei Publicitária, para que o Código de Auto-regulamentação fizesse o papel punitivo do estado, abrandando o que uma verdadeira regulamentação do Poder Público através do legislativo o faria. Muito irônico quando os publicitários utilizam-se do velho discurso de que o anúncio antiético não seria ruim apenas para o consumidor, mas futuramente para o anunciante. No entender de Paulo Vasconcelos Jacobina:

“Argumentar, também, que o anúncio antiético é prejudicial ao próprio anunciante e à agência, tanto quanto ao consumidor, como argumento contrário à regulamentação estatal, é sofismar, também. Mal comparado, seria o mesmo que afirmar que o homicídio é tão nefasto para o criminoso quanto para a vítima, porque aquele, mais cedo ou mais tarde, sofrerá uma enorme rejeição social, como consequência de seu ato. É certo que a reação social existirá, mas não pode excluir a reação jurídica”[26]

Por ser um conselho de iniciativa privada, o CONAR não tem o poder coativo que o Estado possui, em decorrência disto as decisões tomadas por tal Conselho possuem fama de decisões de cumprimento espontâneo. Ademais, não se nota resultado quanto ao Conselho de Ética, enxerga-se uma total ineficácia. Toda vez que o Conselho de Ética é provocado pelo judiciário para prestar algum tipo de informação, em decorrência de alguma Publicidade Enganosa ou Abusiva, a resposta é automática de que o Conselho funciona apenas como consultoria para o anunciante e a agência.

Conclui-se que o próprio CONAR, usando os termos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não passa de uma Publicidade Enganosa. Pois se levasse em conta a quantidade de Publicidades Institucionais que o CONAR promove para

convencer a população que se sente lesada por tal publicidade, que o procure são incontáveis. Chegou-se a ponto de um juiz sentenciar da seguinte maneira:

“... por isso, estou de acordo com a autora, quando diz na réplica de fls. que a imagem pública construída pelo CONAR, mediante publicidade, induziu-a a erro, posto que se pensava que o CONAR existisse para regular a até punir os produtores de comerciais em desacordo com o seu código. Mas, não. Por isso, cabe a exclusão da lide por manifesta ilegitimidade passiva, porém não cabe o apenamento da autora nas penas da suncumbência, porque inexistiu em absoluto má-fé de sua parte (art. 17 da Lei 7.347/85), tendo sido induzida a erro por malícia do próprio CONAR, que, como apontado, se apresentou a público como competente para atos muito mais abrangentes do que aqueles que seu estado efetivamente permite.”[\[27\]](#)

Diante de tantos aspectos controvertidos, a regulamentação legal, já estava no momento de acontecer, haja vista a situação do capitalismo acrescido com o perigo da iniciativa privada com seus anseios de superar o interesse público. O principal aspecto desta regulamentação consistia em impor limites aos anunciantes que desrespeitasse tanto na área criminal e cível, o consumidor.

Sem delongas, pode-se afirmar que a regulamentação no Brasil veio através da Lei 8.078 de 1990, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, concluindo o controle público e estatal. Segundo Benjamin:

“Não é necessário grande esforço para que se chegue à conclusão de que o controle da publicidade no Brasil – antes do Código de defesa do Consumidor – era insatisfatório. Não se pense, porém, que o controle legal visa eliminar a publicidade (Guido Alpa, op. Cit., p. 126.) – como verdadeiro estímulo às necessidades e promoção da demanda – mas, tão somente, a conter seus abusos. E a sua regulamentação faz-se no âmbito do contexto mais amplo do controle da empresa, notadamente com base no art. 170, V[\[28\]](#), da Constituição Federal”[\[29\]](#)

Há quem diga que a publicidade brasileira tem regulamentação mista, ou seja, parte pelo estado e parte pelo CONAR. Descabido tal entendimento pois como é sabido, só a regulamentação estatal tem o poder imperativo e produz efeitos jurídicos perante terceiros, o que vale ressaltar que a auto-regulamentação do CONAR tem apenas aspecto contratual, sendo vedado a regulamentação privada. Ademais, através do inciso XXXV do artigo 5º a CRFB prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta forma, a publicidade que causou algum efeito danoso a alguém deverá ser apreciado pelo Judiciário.

Como já visto, de acordo com a natureza jurídica que foi estudada, o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor não previu apenas as relações contratuais, mas também o momento anterior à realização do contrato de consumo a obrigação pré-contratual que surgem concomitantes as técnicas de estimulação ao consumo, ou melhor, na expectativa de consumo. Configurado assim a principal preocupação dos legisladores com os efeitos da Publicidade.

Quanto ao tratamento jurisprudencial e doutrinário, a publicidade anteriormente não era vista como devia o sê-la, não se tinha o entendimento da obrigação pré-contratual, como já posto aqui. Como exemplo, pode-se citar o trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal do RS (Acv 37842, 4.ª CCv, Rel. Des. Édson Alves de Souza, 25.02.1981, unânime): “Promessa de recompensa (Código Civil, art. 1.512). Anúncio Comercial, de sentido notoriamente publicitário, não a caracteriza. Falta de seriedade ou

veracidade em promoção comercial, só por si em tese, não interessa ao direito. Ação improcedente. Recurso improvido”.

Em caráter evolutivo, notou-se que a legislação brasileira acompanhou a nova tendência até se firmar com a Lei 8.078/90. Podem então notar algumas normatizações legais da publicidade, sem prejuízo da existência de outras, haja vista a legislação anterior ao Código do Consumidor, nos dizeres de Pasqualoto era casuística e assistemática, algumas destas:

- Decreto-lei 4.113/42 trata da regulamentação da publicidade de médicos, dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiras de casas de saúde e estabelecimentos congêneres e de preparados farmacêuticos;
- Decreto-lei 7.669/45 foi o decreto que tornou obrigatório o uso do guaraná em todos os produtos cuja publicidade comercial se baseia naquela planta;
- Lei 4.215 de 27 de abril de 1963, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, atualmente sucedido pela Lei 8.906/94, as quais proíbem aos advogados de fazerem anúncios imoderados de suas atividades;
- Decreto 61.614/67, o qual adotou medidas tendentes à supressão do nome de repartições públicas, autarquias e sociedades de economia mista no apelo público para participação em consórcios ou fundo mútuo[30];
- Lei 5.081 de 24 de agosto de 1966, esta lei que proíbe aos dentistas veiculações de anúncios que afirmavam cura de certas doenças, para as quais não se tem tratamento eficaz;
- Lei 5.768 de 20 de dezembro de 1971, trata-se da lei que dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de publicidade;
- Lei 6.463/77 foi a lei que estabeleceu que nas compras de mercadorias a prestação, o preço total da mercadoria deve estar estampado;
- Lei 6.348 de 23 de março de 1979, disciplinando a utilização de garrafas, inclusive a impressão de sinais de propaganda[31];
- Lei 7.802, de 11.07.1989, tratou sobre a questão dos agrotóxicos, bem como a sua veiculação publicitária.

Apesar de todas as exemplificações acima, a legislação atinente à matéria publicitária ainda estava a desejar continuando ainda muito fraca para o principal intuito aqui estudado, a proteção ao consumidor, Adalberto Pasqualoto enfatiza que: “... especialmente porque não levou em conta o alto poder de indução da publicidade, encarando-a preferencialmente sob o prisma da concorrência desleal e da proteção da propriedade industrial. Enquanto isso, a regulamentação das atividades publicitária tinha enfoques predominantemente sócio-trabalhista e corporativo”. [32]

Anteriormente a lei vigente, as leis, decretos, entre outras normativas, tinham maior preocupação com a classe, ou seja, o corporativismo. Outro aspecto era que muita das vezes a preocupação maior era a conconcorrência entre a própria classe, dentro da própria corporação de classes. Graças à Lei de Proteção e Defesa do Consumidor, este ocupou o principal lugar em toda a relação publicitária.

## Publicidade enganosa

Através do artigo 37, § 1º, CDC, o legislador proíbe a publicidade enganosa e a define como: “... qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, 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”.

Segundo Cláudia Lima Marques:

“Note-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade. Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa”[\[33\]](#).

Ao analisar detalhadamente a redação do parágrafo primeiro do artigo 37 do CDC, são encontrados seis aspectos que preocuparam o legislador, no que se refere à publicidade enganosa. São esses:

1. A técnica enganosa - meio que vai ser utilizado para a informação ou comunicação de caráter publicitário;
2. O vício da mensagem - o caráter de falsidade ou enganabilidade que for veiculado;
3. A extensão do vício - o que foi informado/comunicado, foi parcialmente ou inteiramente viciado;
4. A conduta do agente - a intenção deste, ou seja, o modo pelo qual causou o efeito ilícito;
5. O efeito da conduta - indução em erro;
6. O objeto do engano - em qual característica do produto/serviço, houve a ilicitude da publicidade.

Ao analisar o Caráter Publicitário, tem-se inicialmente que delimitar se o que vai ser anunciado trata-se apenas de uma informação ou de uma comunicação de caráter publicitário. Para isto os profissionais da publicidade utilizam-se de métodos, suportes e meios.

O método consiste desde uma simples informação até uma campanha publicitária como um todo. Podemos citar como exemplo, a distribuição de um panfleto com diversos produtos e seus respectivos preços, pode ser considerada já uma campanha publicitária, ao ser distribuído em meio ao alvo que se quer atingir. Recente peça publicitária[\[34\]](#), a BCP, companhia telefônica, faz uma ironia numa recente matéria publicitária veiculada através da televisão, quando aparece pessoas gordas/obesas fazendo exercícios meio desconsolados em um spa, quando aparece numa faixa escrito: “como emagrecer comendo chocolate”, e na outra faixa que é erguida também acima do muro do spa e diz: “ligue para mim agora e eu digo como. nº 0000 0000”, ou seja, no caso de um panfleto anunciasse em um spa que sabia como comer chocolate e emagrecer, ter-se-á uma clientela em potencial, produzindo uma excelente campanha publicitária através apenas de um panfleto.

Já o suporte, trata-se apenas do veículo a ser utilizado para que o anúncio chegue ao seu destinatário final, o consumidor. O meio reflete no formato da mensagem, ou seja, tomando, por exemplo, um jornal impresso pode ter um anúncio ostensivo ou publicidade redacional[\[35\]](#). Concluindo que tanto através do meio, suporte ou método pode se encontrar o caráter enganoso da publicidade.

Para decifrar o Potencial Enganoso da publicidade, Adalberto Pasqualoto, é feliz ao citar em sua obra a questão da reserva mental, que apesar de não ser previsto

explicitamente no ordenamento consumerista brasileiro, entende-se a intenção do legislador brasileiro, é o que defende Nelson Nery Júnior: “... a reserva mental tem por essência a intenção de enganar, mas não necessariamente o objetivo de prejudicar (o que é próprio do dolo), derivando daí as modalidades de reserva mental inocente e reserva mental ilícita”.[\[36\]](#)

É o que o legislador quis dizer no trecho que reza que a publicidade será enganosa quando for por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor.

A falsidade na mensagem publicitária é assim considerada quando o que foi afirmado não consiste na verdadeira realidade, podendo a mensagem ser falsa e não enganosa e também ela pode ser verdadeira e enganosa. Deve-se estar atento à fantasia publicitária entendendo que existe um limite de tolerância para as mensagens otimistas, exageradas e as humorísticas. No entanto, no caso da omissão de algum dado, que seja de extrema relevância para o ato da compra, torna uma publicidade de mensagem verdadeira sendo falsa por omissão inteira ou parcialmente. Trata-se da publicidade enganosa por omissão.

Para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor só é necessário que a publicidade enganosa induza o consumidor a erro para caracterizá-la. O que se busca então é a capacidade de induzir a erro, não sendo exigido que o consumidor sofra algum dano/prejuízo para se enquadrar como publicidade enganosa.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin acrescenta que:

“Trata-se, como se percebe, de juízo in abstracto e não in concreto. Na caracterização de uma publicidade enganosa o dano do consumidor é um mero plus (com implicações próprias, notadamente na área penal). ‘Capacidade de indução em erro’ quer dizer ‘tendência ao induzir o erro’. Por isso mesmo, não é imprescindível o depoimento de consumidores no sentido de que foram, efetivamente enganados”.[\[37\]](#)

O Erro Potencial pode estar vinculado a qualquer informação sobre sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço. Mesmo um dado que não tenha tanta relevância que foi publicado, pode induzir o consumidor ao erro. O Código do Consumidor procurou ir além da intenção do anunciante, ou seja, a previsão que o código faz rente à publicidade talvez nem passou na hipótese do produtor de determinado anúncio. O erro real, consumado, é um mero exaurimento, que para fins de caracterização da enganabilidade é irrelevante[\[38\]](#).

A Lei 8.137/90, Lei dos crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de Consumo, também tratou desta indução do consumidor a erro através do artigo 7º, inciso VII, que traz uma sanção mais severa referente ao dano publicitário individual: “é crime contra as relações de consumo induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

Como já dito não se faz necessário que haja um dano para pra refletir o que está prescrito no § 1º do artigo 37 do CDC, o que se faz necessário é apenas a indução ao erro que o anúncio provocou, como coloca Robert Pitofsky: “o que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas ao contrário, sua capacidade de afetar decisões de compra”[\[39\]](#).

No que se refere a enganabilidade negativa, ou comumente mais conhecida Publicidade Enganosa por omissão, deve-se ter em mente que a publicidade não vincula todos os dados do produto ou serviço. Sabe-se que a publicidade lida com espaços reduzidos e caríssimos, não sendo viável para os anunciantes que neste, se pretenda fazer uma descrição na íntegra do produto ou serviço. O principal aspecto que interessa ao anunciante é individualizar o produto/serviço deixando de lado o aspecto descritivo. Até aí não há enganabilidade por omissão, há sim omissão quando deixa de veicular um dado essencial. O que torna relevante é descrever o que se entende por dado essencial. Paulo Vasconcelos Jacobina compartilhando o entendimento com Benjamin, afirma que “dado essencial é aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

No mesmo sentido Fábio Ulhoa entende que “a enganabilidade por omissão, nesse sentido, se caracteriza na hipótese de se revelar de tal forma importante o dado omitido que tal consumidor-padrão deixaria de concretizar o negócio se dele soubesse anteriormente”.[\[40\]](#)

Nesse sentido, deve-se estar atento em situações que mesmo sendo verdadeira a mensagem, esta pode ser falsa inteira ou parcialmente, ou seja, a mensagem é perfeita em quase todos aspectos, porém a falta de um dado necessário que comprometeria a suposta venda.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, entende e ainda cita exemplo:

“O Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganabilidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada (...) O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Philips, de um televisor stereo, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial - que o distinguiu de seus similares - só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição - e por isso essencial - era exatamente a sua qualidade de sonoridade stereo”.[\[41\]](#)

Deve ser entendido é que o dado omitido tem que ser essencial (art. 37, § 3o., CDC) à busca da pactuação do negócio jurídico; o fato omitido é tão relevante que o seu conhecimento anterior levaria o consumidor a não efetivar o contrato. De toda forma, a enganabilidade por omissão representa conduta reprovada pelo Código por constituir uma afronta aos deveres de lealdade, transparência, identificação, veracidade e informação, que devem ser honrados pelo anunciante em face do consumidor.

Particularmente a omissão de informações essenciais sobre os produtos anunciados reflete numa agressão ao direito fundamental do consumidor, que é vulnerável e hipossuficiente, é necessário então uma correta e suficientemente precisa informação ao destinatário das mensagens publicitárias, com vistas a possibilitar ao mesmo consumidor o livre juízo de conveniência de adquirir, ou não, produtos e serviços.[\[42\]](#)

## **Publicidade abusiva**

Como a publicidade enganosa, a publicidade abusiva também está prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Seção III, artigo 37, § 2º, que assim prescreve: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. 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”.

De acordo com o princípio da correção, estudado anteriormente, a publicidade além de verdadeira tem de ser correta, ou seja, a publicidade tem de respeitar os valores sociais e éticos morais. Segundo Antônio Carlos Alencar, em matéria publicada ao site Jus navegandi:

“O direito, enquanto conjunto de normas destinadas a disciplinar o convívio do homem em sociedade, porque visa ao bem-comum e ao alcance do que é justo e correto, abriga valores fundamentais de equidade, de justiça, além de se inspirar nos mais áureos postulados da ética e da moral. É a definição de Celso: “O direito é a realização prática do bem comum e da distribuição igual da justiça”: Jus est ars boni et aequi. Conseqüentemente, a fonte primária do direito, a lei, é a expressão de valores indisponíveis para a sociedade, como se visualiza no preâmbulo da Constituição Federal. Essa consideração dos ideais consagrados no preâmbulo da Carta Magna deita raízes na própria idéia de poder constituinte (como aquele que registra as regras invioláveis de uma ordenação social) e de Constituição, em sentido material, como a expressão das forças e dos princípios basilares de uma comunidade humana. Os meios de comunicação e a publicidade devem ajustar-se a esses parâmetros superiores, aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, Constituição Federal de 1988). Assim, fica vedada a difusão de mensagens publicitárias ofensivas a esses cânones. Eis a origem da proibição da publicidade considerada abusiva, que é aquela que incite a violência, a discriminação, a exploração do medo, que corrompa a integridade infantil ou os valores ambientais, ou que ameace a saúde e a segurança (art. 37, § 2o., CDC)”[\[43\]](#).

Deve-se não apenas se preocupar com a mensagem que está sendo transmitida, mais também como está sendo veiculada, isto é, a forma como vai ser passada a publicidade aos consumidores, como a mente deste público alvo vai reagir. É importante que seja lembrado mais uma vez que a publicidade é uma arma perigosa.

Muitas das vezes esta técnica de despertar o lado compulsivo consumista das pessoas, não respeita os valores éticos, morais e culturais para ‘empurrar’ serviços e produtos, e mais grave ainda aproveita da inocência das crianças e de pessoas com baixa capacidade crítica.

A intenção do legislador foi diminuir dentro do possível estas abusividades. Através do código foram elencados determinados valores que de maneira alguma devem ser contrariados, chegando inclusive à esfera criminal se possível.

O que vem mais uma vez a ser discutido é a questão do protecionismo ao consumidor versus a liberdade de comunicação e expressão do pensamento. Em relação à hierarquia de normas todos são previstos na Carta Magna, em prol do consumidor, o artigo 220, II, e § 4º da Constituição Federal Brasileira, trata especificamente da proteção contra a abusividade da publicidade. Ademais, deve-se destacar que não estamos lidando com a liberdade de comunicação e expressão de pensamento, mais sim com uma caracterizada técnica de venda. Paulo Vasconcelos Jacobina quanto ao controle da abusividade da publicidade, acrescenta que:

“O controle da abusividade da publicidade decorre, aliás, de imposição constitucional, constante no artigo 220, II, e § 4º da Lei Maior. Ali, exige-se que a lei estabeleça os meios que garantam a possibilidade, à pessoa e à família, de se

defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meioambiente. Outrossim, o § 4º restringe a propaganda dos produtos ali elencados (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) e o art. 221 garante que programação das emissoras de rádio e televisão atenderá ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Tudo isso, combinado com o princípio da defesa do consumidor, previsto em diversas passagens da Constituição (ver art. 5º, XXXII, e art. 170, V), dão a necessária fundamentação a tal controle. É preciso lembrar que não existe, no estado de Direito, liberdade fora ou acima do direito. A liberdade é sempre exercida dentro dos limites jurídicos. Se a publicidade não pode se conter dentro dos limites do ordenamento jurídico democrático, há algo errado com a publicidade, não com o ordenamento jurídico”.[\[44\]](#)

O que já foi prescrito no código, mas que é gravemente já respaldado na Carta Magna (art. 3º, IV, da Lei Maior, de que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, inclusive de cunho religioso, de orientação sexual, política ou profissional), é a condenação a discriminação, que obteve uma ênfase a título de publicidade através do CDC vedando a publicidade que discrimina o ser humano de qualquer modo ou maneira.

Um outro aspecto é a questão da publicidade que incite à violência. Podemos citar alguns tipos como a violência do homem contra outro homem, homem contra animais e a própria violência do homem contra bens, inclusive públicos. Tem-se violência como agressividade. Diariamente aparecem anúncios publicitários ligados a agressões, lutas, morte e guerra. Fábio Ulhoa cita o exemplo:

“Um fabricante de armas não pode promover o seu produto reforçando a ideologia da violência como solução de conflitos sociais, ainda que uma publicidade com esse caráter dirigida a certos segmentos da população pudesse representar, no seu caso específico, uma solução satisfatória do ponto de vista psicológico”.[\[45\]](#)

Há ainda previsão quanto às publicidades que exploram o medo e a superstição. É vedado a publicidade que para vender seu produto ou serviço se utilize do medo e da superstição do consumidor. A intenção do legislador foi com a preocupação de que a publicidade veiculada crie um estado de pânico no consumidor para que este num estado de insanidade influenciado pelo anúncio adquira tal produto. Outro aspecto precavido pelo código é impedir que a publicidade explore algum temor pré-existente, resultante de alguma catástrofe, epidemia natural etc. Jacobina faz uma ressalva:

“É óbvio, no entanto, que determinados produtos têm, por natureza, a destinação de prevenir ou remediar situações calamitosas ou decorrentes de fenômenos que podem incutir medo. Cintos de segurança, coletes salva-vidas, ou até mesmo preservativos, em tempos de AIDS. Demonstrar os riscos a que estão expostos os consumidores que não utilizam esses produtos não é explorar o medo, desde que não se ultrapasse as fronteiras do educacional”.[\[46\]](#)

No que se refere à exploração da superstição, é necessário que o anunciante afirme que o produto/serviço possui algo mágico, miraculoso ou até mesmo sobrenatural, o que não é verdade.

A questão ambiental tão discutida em diversos ramos jurídicos, também está prevista no que concerne à publicidade, sendo considerado abusivo o meio publicitário que de uma forma ou de outra agrida o meio ambiente.



Intrínseco no princípio da não abusividade, há o princípio da não ofensividade da publicidade. Manifestado no final do § 2º do artigo 37 do CDC, é notório que a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou à segurança, é vedada sendo assim considerada abusiva. Benjamin lembra ainda que o Código de Auto-regulamentação Publicitária traz disposição semelhante em seu art. 33. De extrema relevância afirmar que quando se trata de uma criança vítima de abusividade a gravidade é ainda maior.

Todos somos vulneráveis como consumidor, as crianças além de vulneráveis são hipossuficientes em grau maior. Deve-se estar atento para o fato de que atualmente um dos principais alvos das empresas são as crianças. Os anúncios aproveitam-se da imaturidade, inocência e ignorância das crianças que de modo direto ou indiretamente acabam iludidos pela mensagem publicitária.

Uma das técnicas é a utilização das próprias crianças em comerciais para melhor persuadir, pois estas possuem os mesmos referenciais, a mesma espontaneidade, numa mesma sintonia. Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, se manifesta entendendo que:

“... tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto (...); não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores etc; as crianças que aparecem nos anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade”.[\[47\]](#)

A publicidade de cigarros vem sendo a grande causadora de repercussões, em vista da ameaça à saúde pública. Inicialmente foi tentado disciplinar a publicidade tabagista através da Lei Murad, Lei nº 9.294 de 15 de setembro de 1996 (no anexo). A lei teve o intuito de tornar em vigor o art. 220, § 4º, da Constituição Federal. Porém, apesar da intenção a Lei Murad só veio a legalizar os abusos das empresas fabricantes de cigarro, que apenas obtiveram restrição no horário de veiculação de seus anúncios. Estes horários que foram permitidos, com certeza não existiria melhor para atingir os consumidores em potencial, ou seja, os jovens. O que é mais reflexo do lobby da indústria do fumo, do que preocupação com o bem-estar da população. Agrava-se mais ainda no caso dos jovens, consumidores em potencial, que são iludidos e estimulados com as belas paisagens e os prazeres de consumir o cigarro, através de anúncios de alto poder persuasivo e de falsidade, desde que sobejamente conhecidos os males causados pelo hábito de fumar.

Depois de tantas polêmicas devido à Lei Murad, em 27 de setembro de 2000, o Congresso Nacional aprovou a Lei 10.167 (no anexo), a Lei Serra. Apesar de muitas resistências dos mais variados tipos a Lei veio para limitar as excessivas liberdades que a Lei Murad permitia, especificamente os artigos 2º, 3º e 9º, acrescentando ainda um novo artigo o 3º - B.

Nos estudos de Antônio Herman Benjamin:

“... a nova redação do art. 9º da Lei Murad, o anunciante sujeita-se a triplo regime jurídico de proteção do interesse público. São três óticas diferenciadas, mas relacionadas, que levam em conta a existência de bens jurídicos distintos”:

- - Como o consumidor, real ou potencial, do produto (CDC);
- - Como usuário do espaço público (legislação de telecomunicações);
- - Como pessoa humana e família (Lei nº9.294/96).

Ou seja, um anúncio, ainda que em conformidade com os parâmetros da Lei nº 9.294/96, pode a vir ser considerado enganoso ou abusivo, por desrespeito ao CDC e ao espírito da norma constitucional. De outra parte, o dispositivo legal quer dizer que uma conduta ilícita pode dar ensejo a mais de uma atuação do poder de polícia, tantos quantos forem às esferas de valores jurídicos legalmente tutelados. Por um mesmo ato, o infrator pode ser punido por violação dos deveres do CDC, na legislação de telecomunicações e da Lei Murad, nem caracterize bis in idem”[48].

A publicidade é uma arma que tem o poder de influenciar pensamentos, valores, comportamentos e modificar condutas. Deve ser controlada quanto ao seu eventual caráter abusivo, sob pena de ameaça à própria sociedade e aos valores que são o alicerce dela, aos quais os anunciantes devem respeitar, em nome da própria estabilidade jurídico-social vigente, tutelada pela Lei Maior, sob pena de responsabilidade.

## Publicidade comparativa

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor não tratou da Publicidade Comparativa, isto é, o código não vedou este tipo de publicidade tão utilizada no Estados Unidos da América. Apenas trata de forma genérica a publicidade, que seja qual for o modo, tem que respeitar seus princípios, principalmente o da veracidade e o da não-abusividade.

A Publicidade Comparativa é a publicidade na qual os anunciantes comparam seus produtos. Estas comparações devem ser feitas através dos elementos essenciais e verificáveis do produto ou serviço, ou seja, o conteúdo desta forma de publicidade tem de ser absolutamente objetivo, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral.[49]

Há uma tendência na admissão da Publicidade Comparativa de forma objetiva, como já afirmado. Sendo inadmissível a abusividade e enganosidade, mais principalmente a publicidade comparativa sobre características subjetivas.

O CONAR, em sua autoregulamentação prever a publicidade comparativa através de seu artigo 32, este artigo dispõe das condições que devem ser observadas para que se possa utilizar a comparação entre características objetivas dos serviços e produtos a serem anunciados, como já mencionado. Os princípios e limites são os seguintes:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;

h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.[\[50\]](#)

## A Contrapropaganda

Inicialmente é de se registrar o equívoco na utilização do termo contrapropaganda pois como visto no capítulo primeiro o correto seria contrapublicidade.

Através do artigo 56, inciso XII, O Código de Defesa do Consumidor, em seu capítulo VII, Das Sanções Administrativas, enseja a imposição de penalidade de contrapropaganda contra o fornecedor que cometeu a publicidade abusiva ou enganosa, pela autoridade competente seja ela União, Distrito Federal, Estado ou Município, atendido o contraditório e a ampla defesa através de processo administrativo.

O objetivo deste dispositivo é desfazer o efeito que a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, mesmo que depois de cessada sua veiculação. A veiculação da contrapropaganda deverá apresentar as mesmas características da peça publicitária veiculada, como duração, local, espaço, horário, método e meio.

Segundo Walter Ceneviva:

“Contrapropaganda, na relação de consumo, corresponde ao oposto da divulgação publicitária, pois destinada a desfazer efeitos perniciosos detectados e apenados na forma do CDC (...) punição impositiva ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora do engano ou do abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor (...) a imposição de contrapropaganda, custeada pelo infrator, será cominada (art. 62) quando incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva (...). Quer a divulgação do anúncio, capaz de satisfazer a finalidade indicada seja feita em jornais e revistas, quer seja pela mídia eletrônica, seu custeio estará sempre a cargo do fornecedor (o fabricante, mesmo não destinando o produto ao destinatário final, pode ser sujeito passivo da obrigação)”[\[51\]](#).

Apesar de toda previsão legal, a luta ainda é grande contra os publicitários, sua técnicas evoluem de modo que o Direito não acompanha. Quando isto acontece os publicitários contratam os juristas mais entendidos e especializados para si. Acrescido com a procura das agilidades providências legais ainda torna-se difícil ao poder público controlar estas. Inicialmente tem que identificar o teor da mensagem que foi anunciada se foi enganosa ou abusiva, quando se dá conta o efeito da mensagem publicitária, já foi almejado.

Com isso a contrapropaganda tem o intuito de atenuar estes efeitos sejam enganosas ou abusivas, pois bem se sabe que apesar da divulgação da contrapropaganda esta não terá o mesmo efeito já causado pelo o que já foi veiculado.

Benjamin citando o jurista argentino Gabriel A. Stiglitz (Protección jurídica del consumidor, Bueno Aires, Depalma, 1990, p. 81), leciona que:

“Direito tradicional da Argentina (art. 1083 Código Civil) sem prejuízo do ressarcimento pecuniário dos danos e prejuízos correspondentes... a reposições das coisas ao estado anterior poderá ser ordenada na condenação judicial mediante o emprego de técnicas de contrapublicidade, impondo-se a divulgação às custas do responsável, de anúncios retificativos da falsidade dos primitivos”.[\[52\]](#)

Sabe-se que a publicidade, com o propósito de estimular o consumo de produtos e serviços, é livre no Estado Democrático, porém, o anunciante deve respeitar seus limites em consonância com a boa-fé, a veracidade e os demais preceitos legais, além de reverenciar os postulados e valores sociais elementares.

Decorrente da publicidade enganosa e abusiva, existe a responsabilidade civil e administrativa do fornecedor, por desrespeito ao CDC. A contrapropaganda nada mais é do que uma manifestação do mandamento constitucional de que o Estado deve promover a defesa do consumidor (art. 5º. XXXII, Carta Magna de 1988), enfatizando a defesa dos hipossuficientes, referente à prática publicitária nociva ou falsa, que cause ou possa causar danos aos destinatários.

## Da Responsabilidade Civil do Anunciante

A publicidade é tipificada como ilícita quando os anunciantes não cumprem suas obrigações. Nesta situação há hipótese de danos morais e materiais. No caso de desrespeito ao que prega o princípio da boa-fé.

Para o anunciante que promover a publicidade ilícita a responsabilidade é objetiva, haja vista não se depender da análise de sua conduta, sendo necessário apenas alguma violação legal. A obrigação de reparar o dano é promovida através de pressupostos: o fato, dano e o nexo de causalidade, acrescido de um fundamento, que se refere no risco absoluto, em algumas hipóteses (danos nucleares, por exemplo) e o risco moderado em outras (defeito do produto). Pasqualoto entende que “no risco absoluto, basta o exercício da atividade propiciadora do dano. No risco moderado, não só a atividade perigosa é lícita, como o advento do dano em algumas circunstâncias é tolerado (inexistência de defeito). A obrigação de indenizar deriva então de outro fator, abaixo do risco mas acima da culpa, qual seja, v.g., nos acidentes de consumo, o defeito do produto ou serviço”[\[53\]](#).

No que se refere a culpa, deve-se entender que esta se dá na subjetividade de quem causou o dano, ou seja, atenta-se à conduta e ao comportamento do responsável pelo dano. Dentre a culpa, em gênero, há a culpa presumida que se entende como se existisse prova produzida, sendo assim uma presunção relativa, que caso não o fosse seria a responsabilidade objetiva. Neste caso, há oportunidade deste produzir a contraprova demonstrando que o acaso ocorrido não foi por sua vontade, é o que ocorre muito em caso fortuito ou força maior, demonstrando que atendeu todas as diligências necessárias e habituais para a prestação do que fora tratado.

O que interessa é que os danos causados por qualquer espécie de publicidade são de caráter objetivo, ou seja, responsabilidade objetiva. Sendo geralmente quando publicidade enganosa danos materiais e publicidade abusiva danos morais.

Há de se ressaltar, como já dito, que o anunciante é o responsabilizado na esfera cível, porém há hipótese que a agência e o veículo quando agirem dolosa ou culposamente respondam também nesta mesma esfera. Inclusive Benjamin ressalta que “... o quantum de responsabilidade da agência é maior nos casos de abusividade. Esta, em verdade, nasce quase sempre, no seio da própria agência”[\[54\]](#).

É relevante comentar que o artigo 38 do CDC, ressalva que o ônus da prova na publicidade cabe a quem a patrocina, deve-se observar não só uma inversão do ônus da prova mas uma distribuição do encargo probatório, motivo pelo qual o CDC instituiu um regime de responsabilidade específico que seria incompleto se o código não distribuisse os ônus.

Logo o consumidor deverá provar que a mensagem foi divulgada e o anunciante deverá provar a veracidade do conteúdo. Este aspecto respeita dois princípios: o da veracidade e o da correção, que engloba o princípio da não-abusividade, da identificação, da mensagem publicitária e o da transparência da fundamentação publicitária. Pasqualoto faz uma comparação com o ônus da prova do Código de Processo Civil Brasileiro, assim ele prescreve:

“Estabelece o CPC que o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito a ao réu quanto às circunstâncias impeditivas, modificativas ou extintivas (art. 333, inc. I e II). Na esfera da publicidade, o autor (consumidor) deverá provar a divulgação da mensagem e o seu conteúdo, incumbindo ao réu (fornecedor) demonstrar a veracidade daquele conteúdo”.[\[55\]](#)

Entende-se que há possibilidade de responsabilidade residual de ordem subjetiva. É o caso de quando há erro na mensagem e não ocorra imediata retificação, persiste neste intervalo o vínculo obrigacional daquilo que fora anunciado. A retificação deverá ser do mesmo modo que ocorreu o anúncio errôneo, desobrigando assim o anunciante pela oferta. No acaso de determinado consumidor, dentro da boa-fé, não ter tido acesso à retificação, e ter procurado determinado anunciante pela primeira oferta equivocada/errônea, pela culpa in contrahendo poderá reaver o que foi gasto com o deslocamento, entre outros que sejam comprovados. Adalberto Pasqualoto citando Antônio Junqueira de Azevedo, cogita três pontos que podem ser considerados além da boa-fé:

- I. a confiança criada e os prejuízos sofridos;
- II. relação de causa e efeito entre negociação e prejuízo;
- III. ausência de má-fé do prejudicado.

Nestes termos, não seria culposa a responsabilidade pelos danos causados, seria apenas a aplicação da solidariedade social fundamentada na distribuição equitativa dos prejuízos.[\[56\]](#)

## A publicidade sob o aspecto criminal

O Direito Penal do consumo, que tem sua origem no Direito Penal econômico, está sendo responsável por grandes discussões, causando uma verdadeira polêmica principalmente quanto a seu sistema repressor.

Apesar do velho saber popular que o Direito Penal só existe para punir pobres, marginalizados e desfavorecidos, diante do presente que é vivido não faltam exemplos de crimes do colarinho branco que causam um prejuízo maior às relações sociais do que os famosos crimes tradicionais. As fraudes e corrupções de políticos aliados a empresários causam prejuízos de extremos valores. O que ocorre é que nos crimes desta natureza as condutas são sempre complexas, caso da autoria que são praticadas por pessoas coletivas, conseqüentemente de difícil apuração, e o sujeito passivo difuso, pois a criminalidade econômica não causa prejuízos a ninguém especificamente, mas pequenos prejuízos a cada um da comunidade que faz questão de não denunciar para não se envolver em um processo criminal devido ao ínfimo valor.

Quanto a estes delitos econômicos, Paulo Vasconcelos Jacobina leciona que:

“os delitos econômicos caracterizam-se, portanto, por tutelarem um objeto jurídico extremamente diáfano; não atingem o patrimônio ou a vida de ninguém, senão indiretamente. Assim, a sua tipificação é assaz difícil, permitindo que o infrator, mediante artimanhas jurídicas escape das malhas da lei. A ineficiência dos tipos penais,

então, leva o legislador a cominar penas cada vez mais severas para as condutas, para reprimi-las, mas a gravidade das penas, ao invés de aumentar a eficácia, diminui a sua efetiva aplicação, porque distorce o próprio conceito de proporcionalidade do Direito Penal – valorativo que é, em grau até maior que os outros ramos. Daí a parcimônia judiciária na aplicação das penas”.[\[57\]](#)

Torna-se mais complicado, em relação a repressão à fraude, é a utilização da pessoa jurídica nos ilícitos penais econômicos. No Direito Civil e no Direito do Consumidor já usufrui da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, que com isso transparecem as verdadeiras pessoas que ocasionaram o dano.

No plano penal, torna-se mais difícil a desconsideração da personalidade jurídica em decorrência e respeito à questão da responsabilidade subjetiva, a qual se baseia no elemento subjetivo da conduta, e a personalidade da pena, princípio constitucional inserido através do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal[\[58\]](#), lembrado também quanto aos Crimes Ambientais.

Nota-se um exacerbado teor liberal que fere o sistema jurídico penal no que tange aos crimes por parte das corporações. Em se tratando do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, através do seu artigo 75 é previsto que: Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibida. À primeira vista entende-se uma típica responsabilidade objetiva em matéria penal, porém que efeito punitivo receberiam empresas como multinacionais quando apenas seus administradores, seus gerentes ou seus diretores fossem punidos. Enquanto a pessoa jurídica nada o sofresse? Logo se torna impossível interpretar literalmente este artigo, deve-se sim interpretá-lo tomando por base os artigos 29 a 31 do Código Penal (concurso de pessoas) e os artigos constitucionais já mencionados.

Segundo Jacobina:

“Essa interpretação, porém, deixa em aberto a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque retorna, no final das contas, à posição tradicional. De fato, o CDC não adotou a responsabilização penal da pessoa jurídica – embora esse tipo de responsabilização não repugne ao Direito Positivo Brasileiro. Consulte-se, a respeito, a Constituição Federal, art. 173, § 5º, que sujeita esses entes às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”[\[59\]](#).

Conclui-se que em relação às infrações em matéria publicitária, ainda existem os limites rígidos da responsabilidade subjetiva.

Face à pequena introdução, serão tratadas as infrações penais previstas no Código do Consumidor referente a questão publicitária. Os artigos a serem estudados são os seguintes: artigo 63º, 66º, 67º, 68º e 69º do CDC.

A priori, deve-se estar ciente que para interpretar os tipos penais do CDC, deve-se estar sempre tomar por base todo o corpo de normas que o precedem. Ocorre que faltou uma certa visão ao CDC quanto aos seus tipos penais que são vistos como imprecisos, obscuros e ininteligíveis. Causa disto são seus conceitos que são mais precisamente definidos na parte civil do código.

Em decorrência disto, pode-se citar a vedação do parágrafo único [\[60\]](#) do artigo 67 do CDC, este foi vetado sobre o entendimento errôneo de que a norma enunciada com acréscimo, não descreve, de forma clara e precisa, a conduta que pretende vedar. Inconcebível justificativa pois a conduta já estava claramente prescrita no artigo 28 CDC, não sendo necessário que repetisse tudo novamente.

O artigo 63 trata da segurança das relações de consumo sob o aspecto difuso, abstrato e não a correção e honestidade de uma relação de consumo. Não se faz necessário a comprovação do nexos causal entre a conduta tipificada e a efetiva nocividade à saúde ou segurança do consumidor.

A conduta incriminada é a omissão de dizeres e sinais na oferta e apresentação do produto. Há quem diga que existe uma necessidade de uma regulamentação do Poder Executivo para publicar um rol de produtos que devem tomar este tipo de cautela. Ora, cabe não ao Executivo publicar um rol de produtos, mas os respectivos fornecedores que lançam no mercado seus produtos nocivos e perigosos, é o que prega o artigo 10 do CDC, sendo inclusive incumbido de comunicar através de publicidade uma posterior acontecimento que cause nocividade e perigo a população e autoridades competente, é caso do “recall”.

Desta forma, ao se lançar no mercado determinado produto/serviço sem observar a periculosidade e a nocividade, constitui no mínimo, dolo eventual, capaz de caracterizar o crime prescrito no artigo 63 CDC.

Já o artigo 66 do CDC tipifica como crime “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. O objeto jurídico deste artigo é a confiança e a segurança a qual deve prevalecer na relação de consumo. Nota-se neste caso que esta tutela é difusa (art.29), ou seja, no caso de efetiva lesão ao consumidor em concreto, aplica-se o art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo [\[61\]](#).

Para que caracterize a conduta incriminadora este artigo prevê duas situações, uma com a omissão de informação relevante sobre a característica do produto ou serviço e a outra é a omissão destas características. Necessário registrar que há um confronto entre os artigos que na visão de Paulo Vasconcelos Jacobina, se diferencia da seguinte maneira:

“Se os dados relevantes disserem respeito à periculosidade ou nocividade do produto ou serviço, a conduta tipifica-se no art. 63, mais grave, e não no presente artigo (art. 66). Se a afirmação falsa ou enganosa, ou a omissão relevante, se der em mensagem publicitária, o crime é do art. 67, e não no tipo presente. Se houver efetivo prejuízo para algum ou alguns consumidores, há concurso formal com o delito capitulado no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90” [\[62\]](#).

O parágrafo primeiro do artigo 66 CDC, trata do patrocínio de oferta, ou seja, há uma norma de extensão que determina as mesmas penas para quem patrocinam a oferta, no caso três meses a um ano e multa. Já o parágrafo segundo trata da modalidade culposa caracterizada pela previsibilidade objetiva, por algum meio de negligência, imprudência ou imperícia o fornecedor não tomou iniciativa para evitar a consumação.

O artigo 67 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é o principal artigo do objeto deste estudo, no que tange à esfera criminal. Este artigo trata e veda exclusivamente a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, já discutida neste

trabalho. O que se tem como objeto jurídico neste artigo é a confiança que o consumidor tem na publicidade.

Faz parte da peça publicitária, sua criação, patrocínio e a divulgação de seu conteúdo. Para não gerar divergências e discussões, o legislador tipificou a conduta apenas no termo “fazer publicidade”, desta forma, a conduta tipificada no artigo tanto pode ser para o anunciante como para a agência que criou a peça.

A conduta do dolo direto ou eventual é incriminada, no momento que o artigo utiliza a expressão “que sabe o deveria saber”, não se entende a presunção de culpa, significa dizer que a agência e o anunciante deveriam, empregar uma diligência extraordinária na elaboração e divulgação do anúncio.

Novamente há um confronto quanto ao artigo que deve ser utilizado. No caso da publicidade enganosa que cause perigo ou nocividade, o artigo será o 63 CDC. No caso de oferta por outro meio que não utilize a publicidade, o artigo será o 66 CDC. O artigo 68 será utilizado quando configurar a abusividade que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança. Se houver efetivo prejuízo para algum ou alguns consumidores em concreto, tipifica-se no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90.

O artigo 68 CDC trata da publicidade abusiva como o § 2º do art. 37, deste mesmo código, que já foi devidamente comentada anteriormente. O código quando tipificou como crime as condutas da publicidade abusiva, o fez através do art. 67 em gênero, e a do art. 68 CDC como uma espécie que caracteriza-se quando a publicidade induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança.

No momento que o legislador usou o termo “dentre outras” no § 2º do art.37, fica a indagação se poderia analogicamente utilizar o art. 68 para criminalizar outros tipos de mensagem perniciosa, mesmo que não especificada em lei? Jacobina entende que não pois, para ele “... o que é interpretação analógica do art. 37 supracitado transformar-se-ia em uso de analogia, vez que o tipo penal não previu essas condutas. E o uso da analogia como se sabe, é vedado no Direito Penal”[\[63\]](#).

Quanto ao confronto dos artigos tem-se que entender que a publicidade considerada abusiva sem ser por ameaça à saúde ou segurança, a tipificação é a do art. 67. No caso do produto em si que apresente risco tipifica-se o crime do art. 63 CDC.

O artigo 69 CDC tipifica como crime o não cumprimento do que é expresso através do parágrafo único artigo 36, ou seja, “ o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação de seus legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem”[\[64\]](#), logo o art. 69 reconhece como crime esta conduta de não mantê-los. Trata-se de um delito omissivo de perigo presumido.

Assim sendo, para que não se configure o crime, deve o fornecedor manter estes dados que são obrigatórios, consigo, a fim de evitar qualquer transtorno na esfera penal e civil do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tendo como objeto jurídico deste artigo simplesmente a conduta omissiva do agente, por mais uma vez ferir a confiabilidade do consumidor.

Concluindo, quanto à matéria criminal publicitária, comentar-se-á superficialmente alguns tipos penais que não foram regulados pelo Código de Proteção e defesa do Consumidor. Em primeiro lugar o tão comentado inciso VII do art. 7º da Lei 8.137/90. O objeto jurídico deste tipo é o patrimônio do consumidor, e não a



confiabilidade das relações de consumo, sua consumação se dá apenas com a aquisição do produto ou serviço. Considerado como delito progressivo, não existe na modalidade tentada, pois só é necessário à tentativa por si, que já constitui um dos delitos do CDC.

Há ainda alguns tipos relevantes em relação publicitária como o artigo 65 da Lei n.º 4.591/64, que trata da publicidade relacionada com as edificações e incorporações imobiliárias, o art. 50, III da Lei 6.766/79 que trata do parcelamento do solo urbano, e o art. 3º, VII, da Lei 1521/51 que trata dos Crimes Contra a Economia Popular. Por fim, o art. 8º da Lei 7.802/89, que trata da publicidade de produtos agrotóxicos.

### CONCLUSÃO

Tem-se a consciência que todos estes métodos persuasivos publicitários, excetuando-se as poucas publicidades benéficas, são extremamente perigosos se utilizados irresponsavelmente. A grande maioria se aproveita da inocência e ignorância da população em geral, que se torna altamente vulnerável diante deste mercado, não apenas dos intitulados consumidores é puro fruto do exacerbado capitalismo. A publicidade é hoje a principal arma das indústrias, empresas e comércio, que através de seus métodos perigosos, manipulam as mentes seja no consciente e até no subconsciente, como foi visto.

Os anunciantes e agências raramente respeitam os valores éticos que se utilizam de todas as estratégias e meios inescrupulosos para chegar ao seu fim, ou seja, a venda do produto ou serviço.

No entanto, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como seu próprio título prega veio como o intuito da proteção do consumidor. Através da Lei 8.078/90 foi regulada a questão publicitária, ou seja, considerações do código como obrigação pré-contratual, responsabilidade objetiva aos fornecedores e até tipificação penal de algumas condutas, vieram a impor não um basta aos abusos, mas uma considerável imposição de respeito à ética dos consumidores vulneráveis a estas práticas.

O pretendido neste trabalho foi um aprofundamento, em termos acadêmicos, das diversas vivências práticas de simples funcionários que trabalham com a proteção do consumidor, especificando o PROCON-RN, até doutores muitos citados nesta pesquisa. A idéia que se deve tirar é constante luta que se tem contra as agências e os anunciantes que cada vez mais evoluem com suas técnicas. Neste mesmo ritmo, os profissionais do direito devem evoluir a fim de vencer etapas desta eterna luta que deve durar ainda muito.

### Anexos

1. Organograma Psicológico
2. Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo
3. Lei Murad
4. Lei Serra
5. Lei dos Crimes Contra a Economia Popular
6. Jurisprudências

### Organograma psicológico

As emoções e desejos nos indivíduos são provocados pelos efeitos da publicidade, estes efeitos traduzem-se de tal forma que impulsionam o fator psíquico do

ato de consumir, de maneira que eles se vêem levados a trabalhar para poderem satisfazer-se destes próprios desejos.

A publicidade atua desde indivíduos isolados, até indivíduos que se encontram em meio a uma multidão, nesta situação cada um reage de maneira adversa a que se estivesse isolado e age como se o conjunto se constituísse de forma de apenas uma entidade movida por certas leis psicológicas particulares.

Urge citar a título de conhecimento, alguns conceitos tratados na psicologia, que se fazem de extrema importância para uma devida campanha publicitária, são estes de acordo com o Armando Sant'Anna:

**ATENÇÃO:** Trata-se da capacidade de concentração da consciência sobre um objeto, muita das vezes é demonstrado quando você consegue localizar um objeto no meio de um conjunto.

**INIBIÇÃO:** É o poder que nossa consciência tem de esquecer tudo que cerca, dado momento, e concentrasse em um único objeto.

**INTERESSE:** O desejo que se tem por um objeto tão grande o interesse por ele, isto depende das tendências de cada pessoa.

**MEMÓRIA:** É a faculdade de lembrar-se dos fatos, ou da faculdade de conservar, reproduzir e conhecer os estados de consciência anteriores, relacionando-os com a experiência passada.

**PERCEPÇÃO:** É o registro de determinado objeto em nossa consciência.

**IMAGEM:** É a manifestação de algo que já foi registrado através da percepção. Na publicidade é definida como sendo os conceitos ou preconceitos intelectuais ou emotivos existentes na mentalidade do público, em torno de um produto, um serviço ou uma empresa.

**IMAGINAÇÃO:** Faculdade de recordarmos de imagens de coisas que não estão presentes a nossa frente naquele momento, resume-se em representar objetos ausentes.

**EMOÇÃO:** É uma perturbação a nível mental e é sempre causada pela presença de um fenômeno representativo em nossa consciência. Acontece muita das vezes quando conhecemos algo novo ou de inesperado.

**VONTADE:** capacidade que o indivíduo tem de agir de acordo com suas preferências.

**CONDUTA:** É a iniciativa do indivíduo, ou seja, tudo que ele diz ou faz ou se programa para fazer.

**NECESSIDADES BIOLÓGICAS:** São fatores dinâmicos da conduta. A necessidade é uma ruptura do equilíbrio do organismo.

**DESEJO:** É a manifestação consciente da necessidade.

**ASSOCIAÇÃO DE IDÉIAS:** Efeito da capacidade que temos de unir as idéias, os fatos, as lembranças, os sentimentos existentes em nosso espírito.

**MOTIVAÇÃO:** Trata-se da predisposição que o indivíduo possui para agir de uma maneira determinada, ou seja, uma certa preparação.

A ciência do comportamento e da psicologia do consumidor é de grande significativa, pois através destes é que serão desenvolvidas as novas técnicas e tendências das estratégias de marketing.

Na visão da Professora Chistiane Gade:

“O conceito de marketing, do mercado consumidor, do composto mercadológico e suas funções no contexto de uma orientação de marketing voltado para o cliente, o

conceito de produto e do seu ciclo de vida são relacionados aos fatores que influenciam as decisões do consumidor: os fatores psicológicos, pessoais, sociais e culturais ”[65].

Aspectos como estes baseiam a teoria para a prática, desde a elaboração de produtos e serviços incluindo nesse contexto aparte da publicidade.

A função então do marketing se define no trabalho desde os consumidores e mercados a sua distribuição e estratégias empresariais, o que se fundamenta na necessidade do mercado e da empresa. É imprescindível para um profissional do marketing englobar ao mesmo tempo o conhecimento na íntegra do mercado a ser explorado, do produto e dos processos de compra, resume-se então no planejamento de comunicação, propaganda e publicidade, as relações com o cliente e a imagem a ser vendida.

Adalberto Pasqualoto, defende que:

“... a publicidade deixou de ser um diletante exercício de criatividade de redatores e diretores de arte talentosos. Perseguindo os fins práticos que lhe são inerentes, a publicidade faz parte de um complexo de atividades integradas de planejamento. Em seu conjunto, essas atividades são chamadas de marketing ”[66].

Divergências entre os profissionais do marketing, incluindo os publicitários, e aqueles que defendem os princípios consumeristas, seja da área jurídica ou não, sempre irão existir. Querendo ser o máximo imparcial possível, é entendido que a publicidade é uma disciplina como qualquer outra que tem seus méritos, seus princípios que devem ser respeitados, ou seja, é uma ciência a qual possui seus vocacionados. No entanto, no momento que estes profissionais da comunicação/marketing, abusam de suas funções persuasivas, através de técnicas que levam a um dano direto ou indiretamente ao consumidor, adentram no ramo da ciência jurídica e dever-se-ão responder por seus atos.

É de se atentar a questão da ética em detrimento com a publicidade, desta forma Pasqualoto adverte que:

“As técnicas publicitárias são enganosas, o que motiva um sério questionamento ético. Os próprios publicitários reconhecem a necessidade de domar a fera, tanto que procuram auto-regular o exercício da sua atividade criando códigos de ética profissional”. [67]

Em outros termos afirma o professor que a publicidade não é a causa do processo e sim à consequência, decorrido desta imensa massa capitalista que possui o vício do consumo exacerbado.

## **LEI DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

LEI ORDINÁRIA FEDERAL Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990

(publicada em 04/03/91)

Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

## CAPÍTULO I

### Dos Crimes Contra a Ordem Tributária

#### Seção I

##### Dos crimes praticados por particulares

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer porcentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

## Seção II

### Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

## CAPÍTULO II

### Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

a) ajuste ou acordo de empresas;

b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;

e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;

f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

### CAPÍTULO III

#### Das Multas

Art. 8º Nos crimes definidos nos arts. 1º a 3º desta lei, a pena de multa será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 (quatorze) nem superior a 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional BTN.

Art. 9º A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:

I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4º;

II - 5.000 (cinco mil) até 200.000 (duzentos mil) BTN, nos crimes definidos nos arts. 5º e 6º;

III - 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN), nos crimes definidos no art. 7º.



Art. 10. Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

## CAPÍTULO IV

### Das Disposições Gerais

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Parágrafo único. Quando a venda ao consumidor for efetuada por sistema de entrega ao consumo ou por intermédio de outro em que o preço ao consumidor é estabelecido ou sugerido pelo fabricante ou concedente, o ato por este praticado não alcança o distribuidor ou revendedor.

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

Art. 13. (Vetado).

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 17. Compete ao Departamento Nacional de Abastecimento e Preços, quando e se necessário, providenciar a desapropriação de estoques, a fim de evitar crise no mercado ou colapso no abastecimento.

Art. 18. Fica acrescentado ao Capítulo III do Título II do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, um artigo com parágrafo

único, após o art. 162, renumerando-se os subseqüentes, com a seguinte redação:

"Art. 163. Produzir ou explorar bens definidos como pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput.

Art. 19. O caput do art. 172 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 172. Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

Art. 20. O § 1° do art. 316 do Decreto-Lei n° 2 848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 316.....

§ 1° Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza;

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

Art. 21. O art. 318 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, quanto à fixação da pena, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 318.....

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

Art. 22. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário e, em especial, o art. 279 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Brasília, 27 de dezembro de 1990; 169° da Independência e 102° da República.

FERNANDO COLLOR

Jarbas Passarinho

## LEI MURAD

LFU - Lei Antifumo - Propaganda de Produtos Nocivos à Saúde - LEI 9294 de 1996

LEI 9294 de 1996

**LEI Nº 9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996**

(DOU 16.07.1996)

Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal.

Nota: Ver Resolução DC/ANVISA nº 104, de 31.05.2001, DOU 01.06.2001.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.

§ 1º. Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no caput nas aeronaves e veículos de transporte coletivo. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Medida Provisória nº 2.190-33, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:

“§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no caput nas aeronaves e demais veículos de transporte coletivo. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)”

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. (NR) (Redação dada ao caput pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o caput alterado:

“Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.”

§ 1º. A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I – não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II – não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III – não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV – não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais; (NR) (Redação dada ao inciso pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o inciso alterado:

“IV – não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais;”

V – não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes. (NR) (Redação dada ao inciso pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o inciso alterado:

“VI – não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.”

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Medida Provisória nº 2.190-33, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:

“§ 2º. A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação “O Ministério da Saúde Adverte”:

I – fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

II – fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

III – fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

IV – quem fuma adocece mais de úlcera do estômago;

V – evite fumar na presença de crianças;

VI – fumar provoca diversos males à sua saúde.”

§ 3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Redação dada ao parágrafo pela Medida Provisória nº 2.190-33, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:

“§ 3º A embalagem, exceto se destinada à exportação, e o material de propaganda referido neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)”

§ 4º. Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será seqüencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:

“§ 5º. Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.”

Art. 3º-A Quanto aos produtos referidos no artigo 2º desta Lei, são proibidos:

I – a venda por via postal;

II – a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde;

III – a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet;

IV – a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público;

V – o patrocínio de atividade cultural ou esportiva;

VI – a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar;

VII – a propaganda indireta contratada, também denominada merchandising, nos programas produzidos no País após a publicação desta Lei, em qualquer horário;

VIII – a comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde.

Parágrafo único. O disposto nos incisos V e VI deste artigo entrará em vigor em 1º de janeiro de 2003, no caso de eventos esportivos internacionais e culturais, desde que o patrocinador seja identificado apenas com a marca do produto ou fabricante, sem recomendação de consumo. (Artigo acrescentado pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Art. 3º-B. Somente será permitida a comercialização de produtos fumígenos que ostentem em sua embalagem a identificação junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma do regulamento. (Artigo acrescentado pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Art. 4º. Somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º. A propaganda de que trata este artigo não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículo e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas.

§ 2º. Os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas conterão advertência nos seguintes termos: “Evite o Consumo Excessivo de Álcool”.

Art. 5º. As chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos indicados nos artigos 2º e 4º, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, poderão ser feitas em qualquer horário, desde que identificados apenas com a marca ou slogan do produto, sem recomendação do seu consumo.

§ 1º. As restrições deste artigo aplicam-se à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares.

§ 2º. Nas condições do caput, as chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos estarão liberados da exigência do § 2º do artigo 3º desta Lei.

Art. 6º. É vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos de que trata esta Lei.

Art. 7º. A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

§ 1º. Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências, quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

§ 2º. A propaganda dos medicamentos referidos neste artigo não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

§ 3º. Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no § 1º deste artigo deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação desta Lei, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.

§ 4º. É permitida a propaganda de medicamentos genéricos em campanhas publicitárias patrocinadas pelo Ministério da Saúde e nos recintos dos estabelecimentos autorizados a dispensá-los, com indicação do medicamento de referência. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.190-33, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

§ 5º. Toda a propaganda de medicamentos conterá obrigatoriamente advertência indicando que, a persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado. (Antigo § 4º renumerado pela Medida Provisória nº 2.190-33, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

Art. 8º. A propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.

Art. 9º. Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: (NR) (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha a redação anterior:

“Art. 9º. Aplicam-se aos infratores desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, as seguintes sanções:”

I – advertência;

II – suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias;

III – obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV – apreensão do produto;

V – multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; (NR) (Redação dada ao inciso pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o inciso alterado:

“V – multa de R\$ 1.410,00 (um mil quatrocentos e dez reais) a R\$ 7.250,00 (sete mil duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente, na reincidência.”

VI – suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário. (Inciso acrescentado pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

§ 1º. As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidades do infrator.

§ 2º. Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

§ 3º Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:

“§ 3º. Consideram-se infratores, para efeitos deste artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado.”

§ 4º Compete à autoridade sanitária municipal aplicar as sanções previstas neste artigo, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, ressalvada a competência exclusiva ou concorrente:

I – do órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, inclusive quanto às sanções aplicáveis às agências de publicidade, responsáveis por propaganda de âmbito nacional;

II – do órgão de regulamentação da aviação civil do Ministério da Defesa, em relação a infrações verificadas no interior de aeronaves;

III – do órgão do Ministério das Comunicações responsável pela fiscalização das emissoras de rádio e televisão;

IV – do órgão de regulamentação de transportes do Ministério dos Transportes, em relação a infrações ocorridas no interior de transportes rodoviários, ferroviários e aquaviários de passageiros. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

§ 5º (VETADO na Lei nº 10.167, de 27.12.2000, DOU 28.12.2000)

Art. 10. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de sessenta dias de sua publicação.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

## LEI SERRA

Lei Antifumo - Propaganda de Produtos Nocivos à Saúde - Alteração da Lei nº 9.294 de 1996 - LEI 10167 de 2000

LEI 10167 de 2000

LEI Nº 10.167, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2000

(DOU 28.12.2000)

Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 2º.....

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no caput nas aeronaves e demais veículos de transporte coletivo."(NR)

"Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.(NR)

§ 1º.....

IV - não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;(NR)

.....  
VI - não incluir a participação de crianças ou adolescentes.(NR)

.....  
§ 3º A embalagem, exceto se destinada à exportação, e o material de propaganda referido neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.  
(NR)

.....  
§ 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será sequencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses."(NR)

"Art. 3º-A. Quanto aos produtos referidos no artigo 2º desta Lei, são proibidos:

I - a venda por via postal;

II - a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde;

III - a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet;

IV - a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público;

V - o patrocínio de atividade cultural ou esportiva;

VI - a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar;

VII - a propaganda indireta contratada, também denominada merchandising, nos programas produzidos no País após a publicação desta Lei, em qualquer horário;

VIII - a comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde.

Parágrafo único. O disposto nos incisos V e VI deste artigo entrará em vigor em 1º de janeiro de 2003, no caso de eventos esportivos internacionais e culturais, desde que o patrocinador seja identificado apenas com a marca do produto ou fabricante, sem recomendação de consumo."

"Art. 3º-B. Somente será permitida a comercialização de produtos fumígenos que ostentem em sua embalagem a identificação junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma do regulamento."

"Art. 9º Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: (NR)

.....  
V - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator;(NR)

VI - suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário.



.....  
§ 3º Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação.(NR)

§ 4º Compete à autoridade sanitária municipal aplicar as sanções previstas neste artigo, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, ressalvada a competência exclusiva ou concorrente:

I - do órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, inclusive quanto às sanções aplicáveis às agências de publicidade, responsáveis por propaganda de âmbito nacional;

II - do órgão de regulamentação da aviação civil do Ministério da Defesa, em relação a infrações verificadas no interior de aeronaves;

III - do órgão do Ministério das Comunicações responsável pela fiscalização das emissoras de rádio e televisão;

IV - do órgão de regulamentação de transportes do Ministério dos Transportes, em relação a infrações ocorridas no interior de transportes rodoviários, ferroviários e aquaviários de passageiros.

§ 5º (VETADO)"

Art. 2º (VETADO)

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de dezembro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pedro Malan

Marcus Vinicius Pratini de Moraes

José Serra

Benjamin Benzaquen Sicsú

Martus Tavares

Pimenta da Veiga

Nota: Razões dos Vetos à Lei nº 10.167, de 27.12.2000.

## **"MENSAGEM Nº 2.088, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2000**

(DOU 28.12.2000)

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 3.156, de 2000 (nº 47/00 no Senado Federal), que "Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas".

Ouvido, o Ministério da Justiça assim se manifestou:

§ 5º do artigo 9º da Lei nº 9.294/96, alterado no artigo 1º do projeto:

"Art. 1º.....

Art. 9º.....

§ 5º As sanções previstas neste artigo não serão interpretadas nem aplicadas de forma a embarçar o princípio da plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, ou que implique censura ao conteúdo editorial e da programação de órgão de mídia, nem constituir óbice ao livre exercício profissional da atividade jornalística e aos meios de comunicação de massa."

Razões do veto

"A redação dada ao § 5º do artigo 9º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, contém regra de tal impropriedade de técnica legislativa e de conteúdo inócuo que o interesse público não recomenda sua manutenção. Quis o legislador prevenir-se de contendas judiciais acerca da constitucionalidade das normas projetadas por meio de evocação fundada na norma constante do § 1º do artigo 220 da Lei Maior, que se dirige ao legislador, mas que não se presta para afirmar a constitucionalidade do direito posto, mediante regra interpretativa."

O Ministério da Justiça, no que foi seguido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, acrescentou veto aos seguintes dispositivos:

Art. 2º

"Art. 2º Os trabalhadores ou produtores fumageiros que forem prejudicados em consequência dos efeitos econômicos desta Lei serão deslocados para atividades compatíveis e receberão ajuda proveniente de recursos de fomento agrícola e de combate ao desemprego, de origem pública e privada, a serem criados."

Razões do veto

"Igualmente, o artigo 2º da proposta, que parece impor aos trabalhadores ou produtores fumígenos o desempenho de outra atividade, descurando-se da vontade destes, como se o Estado pudesse, a seu talante, direcionar a atividade que esses exercerão em virtude de restrição legal que pode acarretar consequências em seu mister. Não se pode esquecer que o artigo 5º, XIII, da Carta Política, assegura o livre exercício de qualquer trabalho ou ofício, o que, pelo menos, não poderia emprestar à norma, em sua leitura literal, contorno compatível com a Constituição. Não bastasse isso, a regra projetada é inócua, porque está condicionada à edição de diploma legal que possibilite a ajuda financeira ali descrita."

Art. 3º

"Art. 3º A União adotará políticas de incentivos fiscais, creditícios e tecnológicos visando a criação de culturas alternativas à do fumo, bem como deverá estabelecer políticas de compensação financeira para os Estados e municípios pelas possíveis perdas de receitas tributárias decorrentes da execução desta Lei."

Razões do veto

"Por fim, o artigo 3º do projeto, que sinaliza para a adoção de incentivos fiscais, creditícios e tecnológicos para a criação de culturas alternativas à do fumo e o estabelecimento de políticas de compensação financeira para os Estados e Municípios pelas possíveis perdas de receitas tributárias, condicionadas, também, à edição de norma legal, é um perigoso precedente, que permite ao intérprete a incorreta ilação de que a União toda vez que a ação do legislador, por norma restritiva, tiver consequências financeiras prejudiciais deve arcar com o ônus que dela decorre, ainda que tal regra deflua do próprio texto constitucional. O dispositivo contraria o interesse público, devendo, portanto, ser vetado."

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 27 de dezembro de 2000. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

## **LEI DOS CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR**

Lei de Economia Popular - Crimes Contra a Economia Popular -

## **LEI Nº 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951**

(DOU 27.12.1951)

Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

O Presidente da República: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

I- recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II - favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III - expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter fixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

VII - negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno - que serão isentos de selo - o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

X - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

XI - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadorias; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor normativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcocar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I - ser cometido em época de grave crise econômica;

II - ocasionar grave dano individual;

III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - quando cometido:

a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interdito ou não. (Alínea regulamentada pelo Decreto nº 48.456, de 30.06.1960)

§ 3º. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.172-31, de 26.07.2001, DOU 27.07.2001)

Nota: Assim dispunha o parágrafo revogado:

"§ 3º. A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido. "

Art. 5º. Nos crimes definidos nesta Lei, haverá suspensão da pena e livramento condicional em todos os casos permitidos pela legislação comum. Será a fiança concedida nos termos da legislação em vigor, devendo ser arbitrada dentro dos limites de cinco mil cruzeiros a cinquenta mil cruzeiros, nas hipóteses do artigo 2º, e dentro dos limites de dez mil cruzeiros a cem mil cruzeiros nos demais casos, reduzida a metade dentro desses limites, quando o infrator for empregado do estabelecimento comercial ou industrial, ou não ocupe cargo ou posto de direção dos negócios. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 3.290, de 23.10.1957)

Art. 6º. Verificado qualquer crime contra a economia popular ou contra a saúde pública (Capítulo III do Título VIII do Código Penal) e atendendo à gravidade do fato, sua repercussão e efeitos, o juiz, na sentença, declarará a interdição de direito, determinada no artigo 69, IV, do Código Penal, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, assim como, mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, a suspensão provisória, pelo prazo de 15 (quinze) dias, do exercício da profissão ou atividade do infrator.

Art. 7º. Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

Art. 8º. Nos crimes contra a saúde pública, os exames periciais serão realizados, no Distrito Federal, pelas repartições da Secretaria-Geral da Saúde e Assistência e da Secretaria da Agricultura, Indústria e Comércio da Prefeitura ou pelo Gabinete de Exames Periciais do Departamento de Segurança Pública e nos Estados e Territórios pelos serviços congêneres, valendo qualquer dos laudos como corpo de delito.

Art. 9º. (Revogado pela Lei nº 6.649, de 16.05.1979)

Art. 10. Terá forma sumária, nos termos do Capítulo V, Título II, Livro II, Código de Processo Penal, o processo das contravenções e dos crimes contra a economia popular, não submetidos ao julgamento pelo júri.

§ 1º. Os atos policiais (inquérito ou processo iniciado por portaria) deverão terminar no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º. O prazo para oferecimento da denúncia será de 2 (dois) dias, esteja ou não o réu preso.

§ 3º. A sentença do juiz será proferida dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento dos autos da autoridade policial (artigo 536 do Código de Processo Penal).

§ 4º. A retardação injustificada, pura e simples, dos prazos indicados nos parágrafos anteriores, importa em crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal).

Art. 11. No Distrito Federal, o processo das infrações penais relativas à economia popular caberá, indistintamente, a todas as varas criminais com exceção das 1ª e 20ª, observadas as disposições quanto aos crimes da competência do júri de que trata o artigo 12.

Art. 12. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 13. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 14. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 15. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 16. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 17. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 18. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 19. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 20. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 21. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 22. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 23. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 24. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 25. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 26. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 27. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 28. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 29. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 30. (Revogado em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)

Art. 33. Esta Lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias depois de sua publicação, aplicando-se aos processos iniciados na sua vigência.

Art. 34. Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 1951; 130º da Independência e 63º da República.

GETÚLIO VARGAS

## JURISPRUDÊNCIAS

**32072506 – DIREITO CIVIL – DIREITO DO CONSUMIDOR –** PRETENSÃO NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE FIXOU PENALIDADE AO FORNECEDOR EM FACE DE PUBLICIDADE ENGANOSA – REQUISITOS ESSENCIAIS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI – I – A apresentação e oferta de um produto ou serviço, em face do que dispõe o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, "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". II – Dentre os princípios adotados pelo referido CODEX está o da transparência da fundamentação, cuja inobservância enseja a caracterização da propaganda enganosa por omissão, definida pelo artigo 37, § 3º, CDC. III – Cabe ao fornecedor provar a veracidade e não-abusividade da publicidade veiculada sob sua responsabilidade. Inversão obrigatória do ônus da prova, por força do que estabelece o art. 38 do mesmo diploma. IV – Não há que se declarar a nulidade de ato administrativo representado por auto de infração que se alicerça nos limites da Lei de Regência dos Direitos do Consumidor, mormente quando inequivocamente demonstrada nos autos a conduta penalizada. V – Recursos voluntários conhecidos e providos, para, também em face do reexame necessário, reformar a r. Sentença. Conhecer e dar provimento aos recursos voluntário e oficial. Por maioria, vencido o desembargador vogal. (TJDF – APC 20000150007912 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Wellington Medeiros – DJU 31.10.2000 – p. 22)

**32072929 – DIREITO DO CONSUMIDOR –** PRETENSÃO NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE FIXOU PENALIDADE AO FORNECEDOR EM FACE DE PUBLICIDADE ENGANOSA – REQUISITOS ESSENCIAIS DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI – I – A apresentação e oferta de um produto ou serviço, em face do que dispõe o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, "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". II – Dentre os princípios adotados pelo referido CODEX está o da transparência da fundamentação, cuja inobservância enseja a caracterização da propaganda enganosa por omissão, definida pelo artigo 37, § 3º, CDC. III – Cabe ao fornecedor provar a veracidade e não-abusividade da publicidade veiculada sob sua responsabilidade. Inversão obrigatória do ônus da prova, por força do que estabelece o art. 38 do mesmo diploma. IV – Não há que se declarar a nulidade de ato administrativo representado por auto de infração que se alicerça nos limites da Lei de Regência dos Direitos do Consumidor, mormente quando inequivocamente demonstrada nos autos a conduta penalizada. V – Recursos voluntários conhecidos e providos, para, também em face do reexame necessário, reformar a r. Sentença. Conhecer e dar provimento aos recursos voluntário e oficial. Por maioria, vencido o desembargador vogal. (TJDF – APC 20000150008114 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Wellington Medeiros – DJU 31.10.2000 – p. 23)

**17019610 – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – RESCISÃO DO CONTRATO – RESTITUIÇÃO DE PARCELAS – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO – UNIDADE IMOBILIÁRIA – DÚVIDA – REGISTRO DE ESCRITURA – REGISTRO DE IMÓVEIS – IMPOSSIBILIDADE – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CORRETOR DE IMÓVEIS – PROPAGANDA ENGANOSA – COMPROVAÇÃO – SENTENÇA CONFIRMADA – "Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Ação ordinária visando a rescisão do contrato, cumulada com pedido de devolução de todas as quantias pagas em dobro. Sentença que julgou, em conjunto, dois procedimentos distintos: rescisão de compra e venda formulada pelos promitentes compradores, fundamentada na diversidade da unidade prometida vender, em face do descrito no memorial de incorporação, e, pela incorporadora, com pedido reconvenicional, alegando inadimplência dos compromissários. Imóvel anunciado e prometido vender com descrição diversa da constante do memorial de incorporação. Compromisso levado a registro que originou Dúvida julgada procedente. Título irregistrável do qual configuraram-se obrigações inexigíveis. Rescisão contratual formulada que se acolhe, em razão do não atendimento à notificação premonitória efetivada pelos promitentes compradores. Arguição de publicidade enganosa do Incorporador e da Corretora, ao anunciarem a construção e venda de casas geminadas, triplex, posto que o memorial de incorporação refere-se a apartamentos. Defesa do Incorporador na qual se argumenta lapso do Cartório de Notas, visto que veio a constar a expressão "unidade 01, do bloco II", quando deveria constar apartamento 101, bloco II. Defesa da Corretora sustentando ser mera intermediária no negócio, a quem não se pode imputar responsabilidade pelas cláusulas contratuais. Quanto à alegada publicidade dita enganosa, sustenta que esta incumbe à responsável pelo empreendimento. Inconsistência das argumentações despendidas, tanto pela Incorporadora, quanto pela Corretora, ante a descrição das unidades no memorial de incorporação. Restou devidamente comprovado que a procedência da Dúvida teve como consequência imediata a irregularidade do instrumento de promessa de compra e venda. O imóvel prometido vender é diverso do descrito no memorial de incorporação, gerando, daí, a irregularidade do título, bem como a publicidade enganosa. O vício do produto ou do serviço é flagrante e restou devidamente comprovado, seja com a Dúvida Registral, seja com o exame de propaganda do empreendimento trazido aos autos. Sentença que se mantém, também quanto aos dois outros procedimentos, uma vez que o acordo firmado gera consequências sobre a pretensão trazida a Juízo pela empresa, segunda apelante, da mesma forma que inviabiliza o pedido reconvenicional. Recursos negados. (CLG)" (TJRJ – AC 15294/1999 – (11102000) – 18ª C.Cív. – Rel. Des. Binato de Castro – J. 29.08.2000)**

**39022327 – INDENIZAÇÃO – ENTIDADE DE ENSINO – RECUSA NO OFERECIMENTO DE CURSO PREVIAMENTE CONTRATADO – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – PUBLICIDADE ENGANOSA – MÁCULA AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – A publicidade formulada pelo Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda., ora parte apelante, com intuito de atrair o maior número possível de candidatos para o seu vestibular, pode ser qualificada de enganosa, na medida em que os encartes publicitários do vestibular omitiram uma informação relevante para os candidatos, qual seja, que**



o curso oferecido não seria de tradutor e intérprete, mas apenas de tradutor. A atitude do Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda., em não oferecer o curso de intérprete, violou o princípio consumerista da confiança, principalmente, se for levado em conta que todo encarte publicitário afirmava que o curso oferecido seria de tradutor e intérprete. Acrescente-se a isso, o fato de que os referidos encartes qualificavam a apelante como uma instituição de ensino séria e bastante preocupada em dar uma excelente formação aos seus alunos, o que, in casu, lamentavelmente, não se mostrou verdadeiro.

**DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA ANÁLISE ECONÔMICA COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO DANO MORAL – REPRESSÃO EFICIENTE À PRÁTICA ABUSIVA (PUBLICIDADE ENGANOSA) QUE MACULOU OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA E O MERCADO DE CONSUMO NO ESTADO DE MINAS GERAIS – INTELIGÊNCIA DO ART. 170, INCISO V, DA CF E ART. 4º, INCISO VIII E 6º, INCISO VI DA LEI Nº 8.078/90 – Nos casos envolvendo relação de consumo a reparação por dano moral assume uma finalidade bastante importante, qual seja, coibir e reprimir de modo eficiente todos os abusos praticados no mercado que possam causar prejuízos aos consumidores. A conduta do Instituto Cultural Newton de Paiva Ltda, de valer-se de publicidade enganosa para atrair o maior número possível de candidatos para o seu concurso de vestibular e para o seu curso de tradutor e intérprete, é gravíssima, pois violadora dos princípios da confiança e da boa-fé que devem nortear o mercado de consumo brasileiro. V.V.: A reprimenda, neste caso, deve ser proporcional ao prejuízo causado ao mercado de consumo de Minas Gerais, já que o vestibular da apelante tem alcance estadual. Por outro lado, deve também ser proporcional ao proveito econômico auferido pela apelante. Empregando-se o princípio da análise econômica, importante princípio de Direito Econômico, dá para mensurar que a apelante obteve uma vantagem econômica alta, já que o número de alunos lesados foi bastante considerável (cinquenta e cinco) e o pagamento das mensalidades do curso se estendeu por longos 4 anos. Destarte, se o Poder Judiciário quiser realmente exercer a sua função constitucional de tutelar o mercado de consumo brasileiro deve, em casos como o ora retratado, adotar postura corajosa e enérgica, abandonando, assim, a estipulação de valores módicos para as indenizações. Desse modo, considerando que o valor estipulado pelo douto juiz a quo (sessenta mil reais) é adequado para coibir e reprimir de modo eficiente o abuso (publicidade enganosa) praticado pela apelante no mercado de consumo de Minas Gerais, não há motivo para a redução da reparação por dano moral. (TAMG – Ap 0298792-6 – (29594) – 4ª C.Cív. – Relª. Juíza Maria Elza – J. 29.03.2000)**

**34021706 – CAMPANHA PROMOCIONAL – SORTEIO DE PRÊMIO – CARTELA DEFEITUOSA – INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÕES – CULPA DOS FORNECEDORES – PRÊMIO DEVIDO – DENÚNCIAÇÃO À LIDE – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA – AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL – A omissão de informação relevante em torno de regras que compõem campanha promocional denota publicidade enganosa, impondo-se o pagamento do prêmio ao consumidor que, induzido a erro, é levado a pensar que logrou preencher os requisitos exigidos para tal fim. – Não há relação de direito material entre o autor da ação principal e o denunciado à lide, o qual, por isso, não pode ser condenado a pagar, solidariamente com o réu denunciante, o valor**

fixado na condenação. (TAMG – AC 0307699-1 – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Silas Vieira – J. 20.06.2000)

**17016638 – DIREITO DO CONSUMIDOR – PUBLICIDADE EM LISTA TELEFÔNICA – CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – PROPAGANDA ENGANOSA – VÍCIO DE VONTADE – ANULAÇÃO DO CONTRATO –** Lista telefônica. Contrato de publicação. Meio enganoso. Invalidez do negócio. Provado que a anunciante só contratou porque foi convencida de que os números de suas linhas telefônicas seriam mudados, fato este que não ocorreu, anula-se o negócio por ter havido distorção no processo decisório. Nas relações de consumo, regidas pelos princípios da transparência, confiança e boa-fé, não há lugar para expediente astucioso destinado à obtenção de proveito econômico. Desprovimento do recurso. (LCR) (TJRJ – EI-AC 447/1999 – (23022000) – I C.G.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 24.11.1999)

**17014873 – PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA – PROPAGANDA ENGANOSA – VIOLAÇÃO DE NORMA LEGAL – ART. 31 – ART. 36 – ART. 37 – PARÁGRAFO ÚNICO – LEI Nº 8.078, DE 1990 (VIDE: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – DANO MORAL – ARBITRAMENTO – VALOR DA INDENIZAÇÃO –** Publicidade enganosa. Oferta de ingressos de cinema. Redação do anúncio. Compreensão difícil. Constrangimento do consumidor. Violação dos arts. 31, 36 e 37 parágrafo único da Lei nº 8.078. Dano moral. Arbitramento. I – É enganosa a publicidade veiculada em jornal que, pela apresentação gráfica do anúncio, enseja ao consumidor menos atento acreditar que a simples apresentação daquele “vale-ingresso” permite assistir a sessão de cinema gratuitamente. II – A situação de constrangimento que a negativa de aceitação do “vale-ingresso”, na porta da sala de espetáculos, dá ao consumidor logrado o direito de reparação. As chacotas, ditos chistosos e risotas, ainda que não tenham vindo dos prepostos da ré, foram gerados por eles ao recusarem o cumprimento à oferta feita no jornal. III – A indenização deve ser arbitrada de maneira moderada, considerando-se as peculiaridades dos envolvidos, porém não pode ser exígua a ponto de seu valor não servir de reprimenda aos infratores da Lei nº 8.078. Daí porque se impõe a majoração da condenação de 05 para 50 salários-mínimos para cada uma das autoras. IV – Apelação das consumidoras provida em parte, improvendo-se os recursos das res. (TJRJ – AC 2.748/1999 – (Ac. 23061999) – 17ª C.Cív. – Rel. Des. Bernardo Garcez – J. 05.05.1999)

**700054 – JCF.5.LXXIII JCF.37.1 AÇÃO POPULAR – ART. 5º, LXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C O ART. 1º E SEQUINTE DA LEI 4.717/65 – PROPAGANDA DAS OBRAS REALIZADAS – PUBLICIDADE ROTULADA DE ILEGAL E ABUSIVA – POSSÍVEL USO DO ERÁRIO PÚBLICO COM OBJETIVO DE FUTURA CANDIDATURA ELEITORAL – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DO ATO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO EX OFFICIO – SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME – INTELIGÊNCIA DO ART. 19 DA LEI DE REGÊNCIA DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL E ART. 37, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – (01) Ação Popular. Improcedência. Necessidade de recurso de Ofício. Quando a sentença proferida na ação popular constitucional é contrária ao pedido do autor, mesmo ausente o recurso voluntário só se pode falar em decisão transitada em julgado após o reexame da sentença pelo Tribunal, eis que o art. 19 da Lei de Regência da Ação Popular determina que se o juiz concluir pela improcedência do pedido ou pela carência**

da ação, recorrerá de ofício. (02) Ação popular. Improcedência. Inexistência de provas de lesividade ao patrimônio. Confirma-se integralmente a decisão prolatada na ação popular constitucional – que julgou improcedente o pedido vestibular – se nos autos restou demonstrado que o ato atacado não produziu qualquer lesividade ao patrimônio público. (03) Publicidade. Limites legais. Caráter meramente informativo sem promoção pessoal. Admissibilidade (§ 1º do Art. 37 do C.F.). Os atos publicitários hostilizados, revelando os programas, as obras, os serviços e as campanhas dos órgãos públicos, podem ser objeto de divulgação, desde que a publicidade tenha natureza educativa, informativa ou de orientação social e da propaganda não conste elementos que caracterizem, concretamente, promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (TJPR – REO 46692-4 – Ac. 12.754 -- 1ª C.C. – J. 18.06.1996)

## Bibliografia

- ALMEIDA, João batista, A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar, A Disciplina Civil da Publicidade no CDC  
Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado Junho de 2001.
- CATANI, Afrânio Mendes, O Que é Capitalismo. São Paulo: Ed. Brasiliense, 4ª Ed. 1980.
- COELHO, Fábio Ulhoa, O Empresário e os Direitos do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Recife-PE: Escola de Advocacia do Recife, 2001.
- GADE, Christiane. Psicologia do Consumidor e da Propaganda. Edição revista e ampliada, EPU – Editora Pedagógica e Universitária LTDA., São Paulo, 1998.
- GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor, 4ª ed. São Paulo: Atlas 2000.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. A Publicidade no Direito do Consumidor, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica, São Paulo: Saraiva, 1997.
- PASQUALOTO, Adalberto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1997.
- SANT'ANNA, Armando. Propaganda: Teoria, Técnica e Prática. 7ª Edição, revista e atualizada, Editora Pioneira 1998; 2ª Tiragem, São Paulo

## Sites consultados

Available from world wide web <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencias/consulta>>

Available from world wide web <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencias/consulta>>

Available from world wide web <<http://www.conar.gov.br/autoregulamentacao>>

## Notas:

[1] Armando Sant'Anna, Propaganda, teoria, técnica e prática, cit. p. 75.

[2] Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto, 7ª Ed., 2001, cit. p. 270

[3] Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor, cit. p. 25., 1ª Ed., 1997.

[4] Armando Sant'Anna, Propaganda... cit. p. 75.

[5] Armando Sant'Anna, Propaganda... cit. p. 76.

[6] Armando Sant'Anna, Propaganda... cit. p. 77.

[7] Armando Sant'Anna, Propaganda... cit. p. 77.

[8] Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 273, explica: "Através do briefing, o anunciante dá à agência os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre sua expectativas. Essa massa de informações pode ser dividida em duas grandes categorias: a) elementos descritivos e explicativos, tanto sobre o produto ou serviço como também sobre seu mercado; b) elementos descritivos do modo de atuação da empresa, dos seus objetivos e estratégias."

[9] Armando Sant'Anna, Propaganda... cit. p. 78.

[10] Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit. P. 223. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho, A Disciplina Civil da Publicidade no CDC. Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado Junho de 2001.

[11] Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 271, define publicidade institucional como: "... publicidade institucional (ou corporativa) o que se anuncia é a própria empresa e não um produto seu. Seus objetivos são alcançados a mais longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos ou serviços que sequer já são produzidos pela empresa. Em certas ocasiões, especialmente quando a empresa enfrenta problemas de imagem, uma campanha de publicidade institucional pode ser a solução para alterara forma como o público a enxerga."

[12] Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC, cit. p. 60.

[13] Antônio Carlos Alencar Carvalho, op. cit. p. 02.

[14] Paulo Vasconcelos Jacobina, A Publicidade no Direito do Consumidor, Cit. p. 63.

[15] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p. 66.

[16] Fábio Ulhoa Coelho, In Comentários ao CDC, p. 151.

[17] Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC, cit. p. 86

[18] Idem, ibidem, cit. p. 86

[19] Antônio Herman, define merchandising como: "Denomina-se merchandising em técnica publicitária (...) "a aparição de produtos no vídeo, no áudio ou nos outros artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar." Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 282.

[20] Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, op. cit. p. 280.

[21] Adalberto Pasqualoto, op. cit. p. 64.

[22] Idem, ibidem

[23] o conceito foi formulado por Blakstone, oráculo da common law quando a primeira emenda foi redigida em 1789. Apud Adalberto Pasqualoto, op. cit. p. 66.

[24] Adalberto Pasqualoto, op., cit. p. 66.

[25] Revue Européenne de Droit de la Consommation, 1989:227. Apud Adalberto Pasqualoto, op., cit. p. 67.

[26] Paulo Vasconcelos Jacobina, op, cit. p. 28.

[27] Adalberto Pasqualoto, op., cit. p. 69.

[28] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor".

[29] Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, op. cit. p. 275.

[30] Adalberto Pasqualoto, op., cit. p. 75

[31] Idem, ibidem cit. p. 76

[32] Adalberto Pasqualoto, op. Cit. p.76.

[33] Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit. p. 223. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho, op. cit. p. 03.

[34] apenas a título ilustrativo para melhor compreensão.

[35] Adalberto Pasqualoto, op. Cit. p. 80.

- [36] Nelson Nery, Vícios do ato jurídico e reserva mental, p. 18. Apud Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC, cit. p. 118.
- [37] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit. p. 291.
- [38] Idem, ibidem
- [39] Robert Pitofsky, Beyond Nader: consumer protection and the relation of adversiting, cit. p. 677. Apud Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit. p. 292.
- [40] Fábio Ulhoa, A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor, cit. p. 77. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho, Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado junho de 2001, (“A Disciplina Civil da Publicidade no CDC”)
- [41] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit. p. 291.
- [42] Antônio Carlos Alencar Carvalho, op. cit. p. 03.
- [43] Antônio Carlos Alencar Carvalho, Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado junho de 2001, (“A Disciplina Civil da Publicidade no CDC”)
- [44] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p. 96.
- [45] Fábio Ulhoa Coelho, in Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, p. 161. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho, Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado junho de 2001, (“A Disciplina Civil da Publicidade no CDC”)
- [46] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p. 97
- [47] Estas, entre outras, são algumas das conclusões de um green paper que circulou no âmbito da CEE. Veja-se Ludwig Kramer, EEC consumer law, Bruxelles, Story-Scientia. 1986, p. 166. Apud Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit., p. 304.
- [48] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, op. cit., p. 311.
- [49] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 305.
- [50] Artigo 32 da Autoregulamentação do CONAR
- [51] Walter Ceneviva, Publicidade e o Direito do Consumidor. Cit. p. 132. Apud Antônio Carlos Alencar Carvalho, Matéria Publicada no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Capturado junho de 2001, (“A Disciplina Civil da Publicidade no CDC”)
- [52] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 315.
- [53] Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC, cit. p. 170.
- [54] Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, p. 314.
- [55] Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC, cit. p. 172.
- [56] Idem, ibidem cit. p. 176.
- [57] Paulo Vasconcelos Jacobina, A Publicidade no Direito do Consumidor, Cit. p. 107.
- [58] “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”
- [59] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p. 109.
- [60] Parágrafo único do art. 67 CDC: “ Incurrerá nas mesmas penas quem fizer ou promover publicidade de modo que dificulte sua identificação imediata”
- [61] Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:  
VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;
- [62] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p.114
- [63] Paulo Vasconcelos Jacobina, op. cit. p.117.
- [64] Parágrafo único do art. 36 do CDC
- [65] Christiane Gade, Psicologia do Consumidor e da Propaganda, cit. P. 22.
- [66] José Maria Campos Manzo, de acordo com American Marketing Association define: “marketing é a execução de atividades de negócio que encaminham o fluxo de mercadorias e serviços do produtor aos consumidores finais, industriais e comerciais”. Apud Adalberto Pasqualoto, Os Efeitos Obrigacionais..., cit. p. 27.
- [67] Adalberto Pasqualoto, op. cit. p.31

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

## Informações sobre o Autor

(\*) Marcus Silva

Atualmente, advogado, Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP e Especializando em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP.

## Informações Bibliográficas

SILVA, Marcus. Artigo-monografia sobre o consumidor. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 16, 29/02/2004 [Internet].

(Fonte: Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3396](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3396), acesso em 14/11/2011)

## 5 - Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviços de busca na Internet

(\* ) Alysson Hautsch Oikawa

Resguardar o consumidor de práticas suscetíveis de causar erro, engano ou confusão quanto à origem de produtos ou serviços é um dos princípios nos quais se sustentam os institutos da repressão à concorrência desleal.

### 1. Introdução

Não é de hoje que especialistas em propriedade intelectual acompanham com atenção o desenvolvimento dos instrumentos ou serviços de busca (buscadores) na internet. Casos envolvendo essas ferramentas vêm sendo debatidos desde o final da década passada, quando as primeiras decisões sobre a possibilidade de infração a direitos incorpóreos através de metatags [1] eram proferidas por cortes superiores nos Estados Unidos [2] e na Europa [3].

Depois de profícuos debates a respeito do uso fraudulento de metatags com o intuito de atingir maior destaque em páginas de resultados de serviços de busca, ganhou força a discussão sobre outra prática típica na utilização desses instrumentos, qual seja, a comercialização de links [4] patrocinados. Na medida em que cada vez mais internautas utilizam buscadores para localizar empresas e realizar pesquisas de preços, estar presente na primeira página de ocorrências pode significar a diferença entre pedidos de vendas e pedidos de falência [5]. Estar fora dos 30 primeiros resultados de uma pesquisa que utilize "palavras-chave" relevantes para sua atividade equivale a estar invisível para o usuário que solicitou a busca. Reconhecendo a importância conferida pelos internautas às primeiras ocorrências de uma consulta, os sites de buscas passaram a oferecer a colocação estratégica de links patrocinados em páginas de resultados envolvendo "palavras-chave" a serem determinadas pelo anunciante.

A questão dos links patrocinados não seria merecedora de análise se não houvesse a possibilidade de confusão perante os internautas. Ocorre que uma pesquisa recentemente divulgada por um centro de pesquisa norte-americano apontou que apenas 38% dos usuários estão cientes das diferenças entre ocorrências pagas e não-pagas (baseadas somente em critérios técnicos) [6]. Enquanto a maioria dos consumidores pode facilmente distinguir entre a programação normal da televisão, ou reportagens de revistas e jornais, de seus informes publicitários, somente um em cada seis usuários de buscadores são sempre capazes de diferenciar os links patrocinados dos resultados verdadeiros.

Resguardar o consumidor de práticas suscetíveis de causar erro, engano ou confusão quanto à origem de produtos ou serviços é um dos princípios nos quais se sustentam os institutos da proteção de direitos sobre sinais distintivos e da repressão à concorrência desleal. Nesse sentido, é de extrema relevância o quadro de aparente desconhecimento das distinções entre ocorrências pagas e não-pagas por parte dos

usuários, não obstante os links patrocinados serem normalmente identificados como tais pelos serviços de busca.

## 2. Comercialização de links patrocinados como modelo de negócios na internet

Considerada a invenção mais revolucionária dos últimos 25 anos [7], a internet vai desbancando outros meios para assumir posição preponderante como ferramenta de comunicação que potencializa relações sócio-econômicas. O surpreendente avanço da rede mundial de computadores é verificado mesmo num país de digitalmente excluídos como o Brasil: em menos de 10 anos de operação comercial da internet nacional [8], o número de internautas residenciais brasileiros ativos já chegou a exceder a marca de 12 milhões [9].

Pequenas e grandes empresas fazem uso da internet como um componente essencial de seus planos de marketing, comercialização e distribuição. Para algumas corporações, a internet é o próprio negócio. Serviços de busca, provedores de acesso, provedores de e-mail, varejistas que só operam transações on-line: são apenas alguns dos exemplos de empresas que surgiram a partir do advento da web [10]. Grande parte do avanço empresarial no mundo virtual se deve à potencialidade em se atingir um número expressivo de consumidores em extensões territoriais até então inimagináveis. A internet viabilizou, em termos financeiros, o oferecimento de informações, produtos e serviços, a uma audiência global. Nas relações do comércio eletrônico (e-commerce), não importa se o servidor onde está hospedado o web site da companhia encontra-se há milhares de quilômetros do consumidor em potencial. Cada estabelecimento está tão perto quanto o mais próximo dispositivo que tenha mecanismos de conexão à rede mundial de computadores, seja ele um computador de mesa, um laptop, um handheld, ou um telefone celular.

A maneira mais direta de se visualizar um web site é digitar o seu endereço (ou "URL" – Uniform Resource Locator) no campo específico do programa utilizado para navegação (browser). O URL da página inicial (home page) de um web site normalmente vai coincidir com um nome de domínio, o qual deve ser requerido em instituições específicas com essa prerrogativa [11]. É de fácil compreensão o grande interesse em buscar o registro de marca ou outro sinal distintivo como nome de domínio: ele permite uma ligação altamente intuitiva com o web site de determinada empresa.

Contudo, nem todas as páginas na internet possuem endereços tão óbvios, o que leva, na maioria das ocasiões, os usuários a lançar mão de instrumentos de busca que os auxiliem a localizar o URL que lhes interessa. Buscadores ou serviços de busca são volumosas bases de dados coletados a partir de páginas na web, por meio de programas de computador específicos denominados oportunamente de crawlers (rastejadores) ou spiders (aranhas). Depois de extrair as informações, os serviços de busca as organizam na forma de índices, que serão posteriormente consultados pelo internauta. Essas ferramentas facilitaram em muito a navegação através da internet. Dada a quantidade imensurável de dados disponíveis, não seria razoável imaginar que um usuário poderia encontrar todas as informações desejadas somente a partir da digitação de URLs ou nomes de domínio conhecidos.

Sites de busca – como o Google <<http://www.google.com.br/>>, o Yahoo! <<http://www.yahoo.com.br/>>, ou o AltaVista <<http://www.altavista.com.br/>> – estão

entre os mais acessados da internet, por conta da comodidade dos serviços que prestam a seus visitantes. Não obstante o fato de trabalharem com formas diferenciadas de extrair e catalogar informações, as empresas que operam os buscadores compartilham de um mesmo modelo de negócios, qual seja, a comercialização de soluções de publicidade. Além do oferecimento de espaços de acordo com o tamanho e a visibilidade do anúncio (banner) em determinada página web, segmentada ou não, essas empresas negociam colocações estratégicas de banners ou links patrocinados em páginas de resultados envolvendo "palavras-chave" a serem determinadas pelo anunciante. Os banners são quase sempre animados e instigantes, desenvolvidos para seduzir o internauta ao "clique aqui". Se o usuário clicar no banner ou no link, é levado ao web site do anunciante.

Por exemplo, consideremos que o usuário 'A', gerente de uma empreiteira, procura maiores informações sobre o lançamento de uma concorrência para a construção de um viaduto da cidade de Curitiba, e digita como critérios de pesquisa em um site de busca, os termos "licitação", "viaduto" e "Curitiba". Se a empresa 'B', consultora de engenharia em pré-moldados, adquiriu, do buscador em questão, um link patrocinado a ser colocado em páginas de ocorrências geradas para pesquisas utilizando as palavras "licitação" e "viaduto", então as páginas de resultado da busca do usuário 'A' demonstrariam links da empresa 'B', de forma proeminente e em lugar de boa visibilidade. Essa colocação estratégica adquirida pela empresa 'B' apareceria normalmente em uma parte especial da interface gráfica visualizada no browser pelo usuário, sob a indicação de "links patrocinados".

A utilização de banners e links patrocinados pode ser uma boa alternativa para anunciantes que buscam medidas mais eficientes na abordagem de audiências segmentadas. Em primeiro lugar, a apresentação dos anúncios depende da digitação de "palavras-chave" relevantes por parte do usuário. Isso evitaria gastos desnecessários alocados na exibição de anúncios para consumidores que não constituem o público-alvo do anunciante. Além da possibilidade de exposição direcionada, o sistema de cobrança adotado usualmente é o de "custos por clique", i.e., o anunciante só paga quando o usuário efetivamente clica em seu anúncio ou link.

### **3. Quesitos relevantes sobre a regulamentação legal da matéria**

Se a proximidade entre o estabelecimento da empresa e o seu público-alvo não é um elemento determinante do sucesso de um empreendimento através da internet, a proteção de sua identidade é crucial. A decisão de se confiar ou não em determinada entidade na internet está baseada, principalmente, no reconhecimento de seus sinais distintivos (e.g., marcas, nomes empresariais, expressões e sinais de propaganda, títulos de estabelecimento e indicações geográficas). Estes elementos constituem a identidade da organização econômica, e fornecem informações que subsidiam as escolhas do consumidor.

Por exemplo, dentro de uma mesma categoria de produtos, uma marca forte demonstra que o item por ela identificado é originado de uma companhia em particular, detentor de um arranjo específico de características, e possui reconhecido nível de qualidade. Nesse sentido, sinais distintivos integrados às tecnologias de busca e de navegação, através das quais os consumidores identificam e acessam os web sites das empresas, são tão importantes para o mundo virtual quanto a localização para o mundo físico.



A exploração dos privilégios sobre direitos incorpóreos desafia o princípio da territorialidade. São direitos essencialmente cosmopolitas e sua proteção eficaz é bastante dependente de uma uniformização transnacional de normas. Preocupações quanto à defesa de marcas empresariais e quanto à coibição da concorrência desleal são objeto de tratados internacionais importantes, como a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 – CUP (cf. revisão de Estocolmo em 1967) [12]. Dentre os padrões mínimos de proteção que devem ser respeitados pelos países signatários desse instrumento, destacamos, para fins do presente, os que seguem:

Art. 8

O nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigações de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio. [...]

Art. 10 bis

1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente:

1o. Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2o. As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3o. As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

No ordenamento brasileiro, a proteção dos elementos que constituem a identidade empresarial foi elevada ao status de garantia constitucional, conforme se depreende de nossa Lei Magna de 1988:

Art. 5º [...]

XXIX. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Em nível infraconstitucional, a matéria encontra-se em parte regulamentada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI), que dispõe o seguinte:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: [...]

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal.

De acordo com o enunciado do art. 129 da LPI, a titularidade dos direitos sobre a marca origina-se a partir do registro validamente concedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. O art. 124 da mesma lei enumera sinais ou termos que não são passíveis de registro como marca. Dentre essas hipóteses, destaca-se que a utilização de marcas iguais ou semelhantes só é proibida quando houver prejuízo à concorrência ou ao consumidor, no sentido de que a identificação da origem dos produtos ou serviços de terceiro pode confundir o público-alvo relevante.

A proteção das indicações geográficas (indicações de procedência e denominações de origem) é abordada nos arts. 176 a 182 da LPI. Com relação à coibição de práticas atentatórias à concorrência, a Lei nº 9.279/96 estabelece que:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...]

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; [...]

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

De acordo com o art. 1.155, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.306, de 10 de janeiro de 2002), "[c]onsidera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada [...] para o exercício da empresa." A Instrução Normativa nº 53, de 06 de março de 1996, do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, corrobora com o preceito do Código Civil, estabelecendo o seguinte:

Art. 1º Nome empresarial é aquele sob o qual a empresa mercantil exerce sua atividade e se obriga nos atos a ela pertinentes.

Parágrafo único. O nome empresarial compreende a firma individual, a firma ou razão social e a denominação social.

Por fim, cumpre assinalar que a questão-tema deste artigo merece igual abrigo fora do âmbito de regulamentação legal direta sobre sinais distintivos. Ressalta-se aqui

o disciplinado no art. 4º, VI, do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que relaciona, entre os principais axiomas da Política Nacional das Relações de Consumo, a coibição de todos os atos praticados no comércio que possam vir a prejudicar os consumidores:

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: [...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

De forma consoante, o art. 6º, IV, do CDC garante o direito do consumidor à "proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

#### 4. Conflitos em potencial

Como em outras mídias, anunciantes procuram maximizar a eficácia de seus investimentos, atingindo consumidores compatíveis com certo perfil demográfico. Com o intuito de oferecer essa eficácia, operadores de sites de busca programam seus servidores para exibir um arranjo pré-selecionado de links ou banners de acordo com certas "palavras-chave" utilizadas pelo usuário em suas pesquisas. Ao invés de divulgar anúncios patrocinados numa ordem aleatória, os buscadores comercializam essa publicidade sensível como um serviço de valor agregado. As questões legais advindas dessa prática vão depender da probabilidade de confusão a que ela pode sujeitar o internauta.

A hipótese mais básica de equívoco ocorreria quando um concorrente escolhesse sinal distintivo alheio como "palavras-chave" para a exibição de seus banners ou links patrocinados. O que há de ser avaliado, nesse caso, é se o usuário que utiliza um instrumento de busca para colher maiores informações sobre, por exemplo, os produtos que pretende adquirir da marca "XYZ", pode concluir erradamente que determinado link patrocinado pela empresa concorrente "FGH", exibido de forma destacada nas páginas de resultados, tem alguma relação com a marca "XYZ". Constatada essa possibilidade de confusão, a empresa detentora da marca "XYZ" poderia argumentar que a empresa concorrente estaria utilizando meio ardil para desviar sua clientela, conduta essa caracterizada como crime de concorrência desleal, na forma do citado art. 195, III, da Lei nº 9.279/96. Não obstante, a conduta em tela estaria violando os supramencionados preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

Existem também outras formas de conflito, assinaladas pela utilização de sinais distintivos de terceiros na própria ocorrência patrocinada. Seguindo o exemplo citado, a empresa "FGH" não só exibiria seus links em páginas de resultados para buscas envolvendo a marca "XYZ", como também utilizaria desta na apresentação de seu anúncio, exibindo algo como: "Produtos XYZ? Compre aqui seu equivalente a menor preço!". Além do crime de concorrência desleal e da violação aos dispositivos do CDC,

estaríamos diante da hipótese de crime contra as marcas, tipificado da seguinte forma pela Lei nº 9.279/96:

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão.

As conclusões da hipótese em tela valeriam também para configurar a prática como outros tipos de violação, dependendo da natureza do sinal distintivo utilizado. Exemplificativamente: nomes empresariais e títulos de estabelecimento (art. 195, V, da LPI), expressões e sinais de propaganda (art. 195, IV, da LPI), e indicações geográficas (arts. 192 a 194, da LPI).

Diante das verificações da pesquisa do Pew Internet & American Life Project [13], apontando que apenas 38% dos usuários estão cientes da diferença entre as ocorrências baseadas em critérios técnicos e os links patrocinados, cresce a preocupação de, principalmente, titulares de sinais distintivos famosos, ao perceber que terceiros valem-se de inserções patrocinadas em resultados de busca para agir de forma desleal. Qualquer tipo de equívoco ou associação entre os sinais distintivos de uma empresa – como a hipotética detentora das marcas "XYZ" –, e os de uma concorrente – como a "FGH" –, é altamente prejudicial para a primeira. Afinal, tanto a boa reputação de seus produtos ou serviços, como a clientela por essa atraída, reverteriam em benefício da empresa concorrente, sem que esta tenha empenhado qualquer esforço relacionado a fatores como pesquisa e/ou desenvolvimento. Promover a igualdade de condições na competição por mercados é o espírito das normas que coíbem a concorrência desleal.

Para evitar que o usuário passe a considerar que as páginas web acessadas a partir dos links patrocinados tenham relação com o sinal distintivo utilizado como "palavra-chave" na pesquisa, é necessário que os buscadores empreguem bom destaque para diferenciar as exibições pagas das não pagas. Mesmo porque, as empresas que oferecem os instrumentos de busca e a comercialização dos banners e links patrocinados, também correm o risco de responderem judicialmente em ações propostas por aqueles que se considerarem prejudicados por tal prática.

Foi o que ocorreu em recente julgado na França, na ação promovida pelo estilista Louis Vuitton Malletier contra o serviço de busca Google e sua subsidiária francesa. Em decisão de 4 de fevereiro de 2005, uma corte parisiense decidiu não permitir a comercialização de inclusões publicitárias em páginas de resultados relacionadas às marcas do mundialmente conhecido fabricante de roupas. Julgado por falsificação de marcas, concorrência desleal e propaganda enganosa, o site de buscas e sua subsidiária foram condenados ao pagamento de indenização no valor de 200,000 euros. Determinante para a decisão foi o fato de que os links patrocinados exibidos quando o usuário utilizava marcas de Louis Vuitton Malletier como "palavras-chave", eram URLs de páginas web de empresas que comercializavam réplicas e artigos falsificados [14].

Interessante notar que um julgado de dezembro de 2004 demonstra que o entendimento nos Estados Unidos parece estar inclinado à direção oposta, em favor dos buscadores. No caso Government Employees Insurance Company (GEICO) v. Google, Inc. [15], a seguradora GEICO sustentava que os operadores de sites de busca violavam seus direitos de propriedade industrial ao permitir que concorrentes fizessem propaganda de seus produtos e serviços para consumidores que demonstravam interesse

em obter informações de alguma forma relacionadas à GEICO, os quais utilizavam a marca registrada "GEICO" como "palavra-chave" em sites de busca. Mas a United States District Court for the Eastern District of Virginia decidiu que a parte autora não conseguiu estabelecer que a mera utilização de suas marcas como "palavras-chave" pela ré, ou mesmo seu uso em serviços de anúncios, violavam o Lanham Act [16] (lei de marcas e concorrência desleal norte-americana).

Por outro lado, a corte do caso GEICO não se pronunciou definitivamente sobre a utilização das marcas e do nome empresarial da autora nos títulos ou no texto acompanhando os links patrocinados de concorrentes. Para negar a arguição preliminar da ré de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juízo sustentou que a autora teria apresentado evidência suficiente para estabelecer que as ocorrências pagas que continham o termo "GEICO", tanto no título quanto no texto, poderiam confundir o consumidor, de acordo com os requisitos do Lanham Act. Com o intuito de proferir uma opinião legal mais detalhada, e para dar mais tempo para as partes chegarem a um acordo, a análise da lide ficou sobrestada. Contudo, as únicas questões remanescentes diziam respeito ao fato da ré ser co-responsável pelos banners ou links patrocinados, apesar de sua política de uso proibir tal prática de maneira expressa.

A decisão no caso GEICO v. Google se contrapõe ao julgado no caso Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corporation [17], no qual se determinou que questões de fato baseadas na possibilidade de confusão por interesse inicial impediam o deferimento da moção dos buscadores-réus para a extinção do processo sem a apreciação do mérito. Essas duas decisões, em parte contraditórias, das cortes dos Estados Unidos sobre a questão dos links patrocinados, refletem a preocupação de que não existe consenso judicial para guiar aqueles que anunciam ou pretendem anunciar na internet.

## 5. Conclusão

Assim como um centro de negócios, a internet deve ser entendida como um lugar que fomenta a liberdade de expressão. Ela fornece extraordinárias oportunidades para cidadãos ordinários expressarem suas opiniões e para que obtenham informações necessárias à proteção de seus interesses econômicos e políticos. Ao se manifestar sobre o acesso de consumidores à web, juízes e legisladores devem ser cautelosos em garantir a localização dos sites desejados, na mesma medida em que protegem a identidade da organização econômica.

Usuários tendem a se acostumar com a utilização de um ou dois buscadores mais populares, e confiam neles. Ao acessar um instrumento de busca, o internauta pode estar procurando informações sobre uma marca, ou sobre uma empresa. Mas ele também pode ser um consumidor insatisfeito, que tenta saber mais sobre itens similares. Há de se considerar o interesse em se promover o atendimento das necessidades do consumidor, através da comparação de características e preços de produtos e serviços concorrentes. A exibição, nas páginas de resultados de uma busca, de sites de crítica legítima a determinadas empresas e marcas, consubstanciaria-se num interesse público que se sobrepõe ao direito de um titular de reclamar o privilégio sobre determinado sinal distintivo.

Contudo, a utilização de links patrocinados para o desvio de clientela não se encontra dentro das hipóteses de condutas legítimas. Apesar de ser imprescindível que normas legais que governam o uso da internet sejam talhadas para promover a troca livre de informações, é necessário também que a concorrência leal seja resguardada,

como forma de garantir a viabilidade do e-commerce. Dessa forma, as corporações terão condições de disponibilizar dados mais completos na internet, incentivando pressões competitivas que reverterão em benefício do consumidor. O debate acerca da legitimidade de links patrocinados em serviços de busca na internet é atual e merece destaque não só para as questões ora relacionadas, como também para definir o futuro da regulamentação de várias outras formas de práticas inovadoras de publicidade (por exemplo, anúncios "pop-up") que continuam a desafiar direitos de propriedade intelectual no mundo virtual.

## Notas

1 Metatags são "palavras-chave" inseridas no código-fonte invisível de páginas de web sites. Alguns mecanismos de busca na internet utilizam as metatags como parâmetro de procura de termos solicitados pelo usuário. Por não serem mostradas na interface gráfica de um site, tornou-se comum a prática do metatagging, que se constitui na inserção de termos de grande procura, como marcas famosas, nas metatags de páginas que não possuem qualquer relação com esses termos.

2 Dentre os precedentes mais famosos, cumpre destacar o Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Ent. Corp. Ao analisá-lo em 1999, a Corte Federal de Apelações para o Nono Circuito concluiu que a utilização de marcas registradas de terceiros em metatags consubstanciava-se em concorrência desleal e infração a direitos marcários. No entendimento da corte, o desvio da atenção do usuário do serviço de busca era um benefício ilegal proporcionado pela boa reputação da marca de terceiro. E dessa prática derivava a possibilidade de confusão por interesse inicial: por mais que, após uma visita ao site infrator que aparecia nas primeiras posições dos resultados da busca, o usuário pudesse concluir que o mesmo não possuía relação alguma com as informações pretendidas com a pesquisa, existe a chance de que ele não julgue merecedora de esforço a tarefa de continuar procurando pelo site que inicialmente interessava.

3 No Reino Unido, já em 1996, quando foi julgado em primeira instância o caso RoadTech Computer Systems Ltd v. Madata (Management and Data Services) Ltd., a utilização de marca registrada de terceiro como metatag pelo réu era considerada infração a direitos de propriedade industrial. Esse entendimento foi confirmado pela High Court of Justice (Chancery Division) em Maio de 2000, ao concluir que, se as metatags levam a resultados de busca onde a marca registrada era demonstrada, então a sua utilização era ilegal.

4 "Elemento de hipermídia formado por um trecho de texto em destaque ou por um elemento gráfico que, ao ser acionado (ger. mediante um clique de mouse), provoca a exibição de novo hiperdocumento." DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=link>> (conteúdo restrito a assinantes), acesso em 20 de janeiro de 2005.

5 A empresa Oneupweb, especializada em marketing de serviços de busca na internet, realizou estudo (disponível em: <[http://www.oneupweb.com/landing/google\\_top10.htm](http://www.oneupweb.com/landing/google_top10.htm)>, acesso em 3 de fevereiro de 2005) através do qual ficaram claramente demonstrados os benefícios de se figurar entre as primeiras ocorrências das páginas de resultados de busca. A pesquisa, realizada com "palavras-chave" no serviço de busca Google, descobriu que, no primeiro mês em que um site apareceu na segunda ou terceira páginas de resultados (que correspondem, respectivamente, às 20 e 30 primeiras ocorrências contendo as "palavras-chave" da busca), o número de visitas foi cinco vezes maior do que no mês anterior e, no segundo mês, o número de visitas foi nove vezes maior. O tráfego de visitantes triplicou quando uma empresa subiu da segunda para a primeira página de ocorrências e, no segundo mês, dobrou de novo para mais de seis vezes o número de visitas que recebia antes de figurar entre os "top 10". E o mais importante, o estudo da Oneupweb identificou um correlato impacto em vendas: aumento de 42% no primeiro mês, e quase o dobro no segundo.

6 A pesquisa, realizada pelo Pew Internet & American Life Project, foi divulgada no dia 23 de janeiro de 2005 e está disponível para consulta em: <[http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP\\_Searchengine\\_users.pdf](http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Searchengine_users.pdf)>, acesso em 26 de janeiro de 2005. Dentre as conclusões principais do estudo, está o fato de que os internautas consideram positivas suas experiências com serviços de busca. Mas os mesmos usuários que se dizem satisfeitos são extremamente desacostumados sobre como operam os instrumentos de busca e sobre como eles apresentam os resultados das pesquisas.

7 Por ocasião de seu 25º aniversário, a rede de notícias norte-americana CNN encomendou uma lista das 25 maiores inovações, desde 1980, a um painel de especialistas em tecnologia organizado pelo Lemelson-MIT Program (programa de incentivo à inovação tecnológica e científica estabelecido no Massachusetts Institute of Technology e financiado pela Lemelson Foundation). De acordo com a notícia divulgada no web site da rede CNN (disponível em: <[http://www.cnn.com/2005/TECH/01/03/cnn25\\_top25\\_innovations/index.html](http://www.cnn.com/2005/TECH/01/03/cnn25_top25_innovations/index.html)>, acesso em 24 de janeiro de 2005), o painel de especialistas procurou relacionar 25 inovações tecnológicas, excluindo invenções médicas, que conseguiram atingir de forma direta e perceptível o cotidiano das pessoas, e/ou podem afetar significativamente nossas vidas no futuro.

8 O ano de 1995 marca a divulgação de Nota Conjunta do Ministério das Comunicações (MC) e do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), a respeito da introdução da internet no Brasil, esclarecendo, entre outros fatores, que o provimento de serviços comerciais de internet ao público em geral deveria ser realizado, preferencialmente, pela iniciativa privada. Além disso, o documento estabelecia que o Governo Federal estimularia o surgimento no país de provedores privados de acesso ou de informações. O inteiro teor da Nota Conjunta MC/MCT pode ser acessado no

site do Comitê Gestor da Internet no Brasil (disponível em: <<http://www.cg.org.br/regulamentacao/notas.htm>>, acesso em 27 de janeiro de 2005).

9 Segundo pesquisa do Ibope NetRatings, éramos 12,3 milhões de internautas residenciais ativos em março de 2004. Vide IDG NOW. Internautas brasileiros batem recorde de navegação em março. 22/04/2004. Disponível em:

<<http://idgnow.uol.com.br/AdPortalv5/MercadoInterna.aspx?GUID=C000A689-05B1-420D-9C1C-8E160B50E49B&ChannelID=2000002>>, acesso em 27 de janeiro de 2005. Não obstante, em dezembro de 2004 o número verificado pelo Ibope NetRatings era de 10,9 milhões de internautas residenciais. Vide IDG NOW. Brasil tem 10,9 milhões de internautas. 18/01/2005. Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/AdPortalv5/InternetInterna.aspx?GUID=136C73C3-5F48-4CE1-8D73-C461009E67DC&ChannelID=2000012>>, acesso em 24 de janeiro de 2005.

10 Do termo inglês World Wide Web, que literalmente significa "teia de alcance mundial". Segundo a versão on-line do Dicionário Houaiss da língua portuguesa "nome pelo qual a rede mundial de computadores internet se tornou conhecida a partir de 1991, quando se popularizou devido à criação de uma interface gráfica que facilitou o acesso e estendeu seu alcance ao público em geral" (disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=Web>> (conteúdo restrito a assinantes), acesso em 31 de agosto de 2004).

11 O registro de nomes de domínio em nosso país (com o código de país '.br') é de responsabilidade da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Essa tarefa foi delegada à FAPESP pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil – CG (disponível em: <<http://www.cg.org.br>>, acesso em 24 de janeiro de 2005), através da Resolução CG Nº 002/98.

12 Conforme promulgado através do Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975, a adesão à Revisão de Estocolmo da CUP foi realizada com a reserva de que o Brasil não se considerava vinculado pelo disposto na alínea 1, do art. 28 (conforme previsto na alínea 2, do mesmo artigo), e de que sua adesão não era aplicável aos arts. 1º a 12, conforme previsto no art. 20, continuando em vigor no Brasil, nessa parte, o texto da revisão de Haia, de 1925. Essas reservas terminaram com a publicação do Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992, que entendeu a adesão da República Federativa do Brasil aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da CUP. Por fim, o Decreto nº 1.263, de 10 de outubro de 1994, ratificou a declaração da extensão da adesão constante do Decreto nº 635.

13 Vide nota 6, supra.

14 Para informações sobre a decisão, vide FORBES.COM. Update 1: Google May Appeal Trademark Decision. 07/02/2005. Disponível em: <<http://www.forbes.com/associatedpress/feeds/ap/2005/02/07/ap1809019.html>>, acesso em 09 de fevereiro de 2005; CNET NEWS. Google loses trademark case in France. 07/02/2005. Disponível em: <<http://asia.cnet.com/news/industry/0.39037106.39216545.00.htm>>, acesso em 09 de fevereiro de 2005; HOUSTON CHRONICLE.COM. Google weighs order to pay Louis Vuitton. 07/02/2005. Disponível em: <<http://www.chron.com/cs/CDA/ssistory.mpl/business/3027954>>, acesso em 11 de fevereiro de 2005;

15 A decisão oral de 15 de dezembro de 2004 pode ser encontrada em: <<http://www.patentlyobviousblog.com/files/geico1215.txt>>, acesso em 30 de janeiro de 2005.

16 15 U.S.C. §§ 1051 et seq. O Lanham Act (ou Trademark Act of 1946) é a lei norte-americana que regula questões relacionadas à proteção de marcas, como procedimentos e requisitos para o registro, remédios processuais, e sanções civis e penais por violação de direitos. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/casecode/uscodes/15/chapters/22/toc.html>>, acesso em 28 de setembro de 2004.

17 O julgado proferido em janeiro de 2004 pela Corte Federal de Apelações para o Nono Circuito está disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0056648p.pdf>>, acesso em 10 de fevereiro de 2005.

Autor - [Alysson Hautsch Oikawa](#)

associado do Escritório Bhering Advogados, mestre em Direito pela University of Illinois (EUA), bacharel em Comunicação pela PUC/PR, professor da Pós-Graduação em Comunicação Empresarial da PUC/PR

Informações sobre o texto

Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT

OIKAWA, Alysson Hautsch. Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviços de busca na Internet. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 613, 13 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6412>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

(Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/6412/consideracoes-acerca-da-possibilidade-de-concorrencia-desleal-nos-links-patrocinados-em-servicos-de-busca-na-internet/2>, data de acesso 14/11/2011)

## 6 - Legislação publicitária

A legislação publicitária é muito diferente dependendo dos países:

As diferentes legislações publicitárias costumam:

- Proteger certos grupos populacionais como os menores. Desta forma existe em muitos países uma legislação que não permite alguns anúncios em horas de audiência infantil.
- Limita-se a publicidade de alguns produtos. Na Espanha não é possível anunciar cigarros na televisão ou bebidas alcoólicas de mais de 20 graus.
- Impedir a falsidade dos anúncios.
- Não se costuma permitir que o consumidor seja enganado.

Lei Geral de Publicidade de 11 de novembro publicada em B.O.E. de 15 de novembro é a lei fundamental que regula a publicidade na Espanha. Veremos a continuação os principais aspectos desta lei.

**Publicidade.** Toda forma de comunicação realizada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, em exercício de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, com fim de promover de forma direta ou indireta a contratação de bens móveis ou imóveis, serviços, direitos ou obrigações.

**Destinatários.** As pessoas as que se dirijam a mensagem publicitária ou as que estejam ao alcance.

É publicidade ilícita e portanto ilegal:

1. A que atente contra os direitos fundamentais.
2. A publicidade enganosa.
3. A publicidade desleal.
4. A publicidade subliminal.
5. A que infrinja a normativa específica sobre determinados produtos.

Portanto, se encontra proibida pela Lei:

1. A publicidade que atende contra a dignidade da pessoa ou vulnere aos valores e direitos reconhecidos pela Constituição, especialmente no que se refere à infância, a juventude e a mulher. Os direitos fundamentais se encontram especialmente protegidos sobre tudo os relacionados com grupos mais debilitados ou em situação especial de risco.

2. A publicidade enganosa. Quer dizer, a publicidade que induz ao erro ao consumidor. Afirma a lei que “é enganosa a publicidade que de qualquer maneira, incluída sua apresentação, induz a erros a seus destinatários, podendo afetar a seu comportamento econômico, ou prejudicar ou ser capaz de prejudicar um concorrente. É assim mesmo enganosa a publicidade que silencie dados fundamentais dos bens, atividades ou serviços quando dita omissão induza a erros aos destinatários”. Portanto, é enganosa:

- a) A publicidade que mente para induzir ao erro os consumidores.
- b) Também é enganosa a publicidade que dizendo a verdade induz a erros os consumidores por não mencionar aspectos fundamentais ou por deliberadamente tratar de transmitir uma mensagem que se interprete de modo errôneo.

3. A publicidade desleal. Existem vários tipos de publicidade desleal fundamentalmente com os concorrentes

- a) A publicidade que menospreze aos concorrentes. Afirma a lei que “é publicidade desleal a que por seu conteúdo, forma de apresentação ou difusão provoca o descrédito, denegação ou menospreze diretamente ou indiretamente uma pessoa ou de seus produtos, serviços ou atividades”. Como veremos posteriormente podemos mencionar os concorrentes na



publicidade, mas não simplesmente para desqualificar-los ou menosprezar-los.

b) O tentar confundir. Afirma a lei que esta proibida “a que induza a confusão com as empresas, atividades, produtos, nomes, marcas ou outros símbolos distintivos dos concorrentes, assim como a que faça uso injustificável da denominação siglas, marca ou distintivos de outras empresas ou instituições, e em geral, a que seja contraria as normas de correção e bons usos mercantis”.

4. Publicidade subliminal. Não existe evidência empírica que demonstre a existência da publicidade subliminal. Vários dos famosos experimentos citados durante anos se demonstraram que foram uma fraude. Em qualquer caso a lei proíbe expressamente a publicidade subliminal defendendo-la como “a que, mediante técnicas de produção de estímulos de intensidade de fronteira com os limiares dos sentidos ou análogas, possa atuar sobre o público destinatário sem ser conscientemente percebida”. Portanto, está proibido, por exemplo, inserir um fotograma dentro de uma película com um anúncio, e fazer com que os espectadores “não se dêem conta” da existência do anúncio de forma consciente senão por seu subconsciente.

5. A que infringe normas específicas sobre determinados produtos. Existe na Espanha uma normativa específica que restringe a publicidade do tabaco, bebidas alcoólicas, medicinas, jogos de azar e alguns outros produtos ou serviços. Tal como manifesta a lei “A publicidade de materiais ou produtos sanitários e daqueles outros submetidos a regulamentações técnico-sanitárias, assim como a dos produtos, bens, atividades e serviços susceptíveis. De forma explícita a lei proíbe a publicidade de tabaco e restringe a publicidade de bebidas alcoólicas ao afirmar “se proíbe a publicidade de tabacos e de bebidas alcoólicas com graduação alcoólica superior a 20 graus”, por meio da televisão. Fica proibida a publicidade de bebidas alcoólicas e de tabaco nos lugares onde esta proibida sua venda ou seu consumo”.

(Fonte: <http://www.portalcursos.com/Publicidade/Curso/Lecc-31.htm>, data de acesso 13/11/2011)

## 7 - Indicações de outros links e leituras

### **Código: Direito do consumidor e publicidade enganosa**

23 nov. 2003 – A lei protege contra a publicidade enganosa porque o cidadão sofre... eles são duros, estamos diante de uma fraude ou engodo publicitário,...

(Fonte: <http://jusvi.com/artigos/649>)

### **Publicidade**

A legislação publicitária é muito diferente dependendo dos países:... Afirma a lei que “é enganosa a publicidade que de qualquer maneira,... Vários dos famosos experimentos citados durante anos se demonstraram que foram uma fraude....

(Fonte: <http://www.portalcursos.com/Publicidade/Curso/Lecc-31.htm>)

### **PROPAGANDA ENGANOSA: Responsabilidade Civil**

11 posts - 9 authors - Last post: 8 Nov 2010

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário,.... Exa., a publicidade deve ser considerada enganosa não só pela fraude ou...

(Fonte: [http://www.uj.com.br/online/forum/305/discussao/21052/PROPAGANDA\\_ENGANOSA](http://www.uj.com.br/online/forum/305/discussao/21052/PROPAGANDA_ENGANOSA))

### **PARECER TÉCNICO-JURÍDICO: DO RECONHECIMENTO DO...**

15 out. 2008 – 927 do Código Civil e art. 184 do Código Penal? 16- O ilícito cometido (“ estelionato intelectual”: vide “ata notarial” na 5ª parte do parecer)... Assim, incorre-se em dolo de plágio e se afronta violentamente os direitos autorais,...

[PDF]

(Fonte: <http://www.gobiernoelectronico.org/node/6440>)

### **CONFIGURAÇÕES JURÍDICAS DO PLÁGIO NOS GÊNEROS...**

Resultado e previsão de pena. Sobre a causalidade sugerimos leitura do Art. 13, do Código Penal. Em relação ao plágio, lembramos que um crime pode ser...

(Fonte: [http://sigarra.up.pt/up/conteudos\\_service.conteudos\\_cont?pct\\_id=10202&pv\\_cod=3912qaTawyc8](http://sigarra.up.pt/up/conteudos_service.conteudos_cont?pct_id=10202&pv_cod=3912qaTawyc8))