

A TUTELA PENAL DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

THE CRIMINAL PROTECTION OF FALSE AND ABUSIVE ADVERTISING IN THE CONSUMER PROTECTION CODE

Jaciara de Medeiros Alves Lucena Brandão¹

Neumalyne Lacerda Alves Dantas Marinho²

RESUMO: As mudanças sociais havidas nos últimos séculos e a evolução das relações sociais, exigiu que novas regras fossem criadas. A publicidade como meio de divulgação de produtos e serviços na sociedade contemporânea de consumo, passou a ser veiculada de forma mais rápida e diversificada, mormente com a difusão da informação a partir dos avanços da tecnologia. Nesse contexto, o ordenamento jurídico passou a coibir determinadas condutas, reprovando-as no Código de Defesa do Consumidor, que passou a considerar como conduta ilícita a prática da publicidade enganosa e abusiva. Assim, o presente ensaio busca demonstrar a ilicitude de tal prática no âmbito do Direito Penal do Consumidor, dentro da esfera da legislação consumerista, mesmo que o consumidor possa evocar a legislação correlata no âmbito das relações privadas. A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental, cujo aporte teórico se abalizou nos fundamentos doutrinatórios sobre o tema, a partir de livros, artigos científicos, além de legislação específica, utilizando-se como método de procedimento o dedutivo.

Palavras-chave: Tutela Penal. Consumidor. Publicidade Enganosa E Abusiva.

ABSTRACT: The social changes that have taken place in recent centuries and the evolution of social relations have demanded that new rules be created. Advertising as a means of disseminating products and services in the contemporary consumer society, began to be transmitted faster and more diversified, especially with the diffusion of information from the advances of technology. In this context, the legal system began to restrain certain conduct, failing them in the Consumer Protection Code, which began to consider as misleading conduct the practice of misleading and abusive advertising. Thus, this essay seeks to demonstrate the unlawfulness of such a practice within the scope of consumer criminal law,

¹ Advogada. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL. Professora de Direito das Faculdades Integradas de Patos.

² Advogada. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Professora no Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos.

within the sphere of consumer law, even though the consumer may refer to the related legislation in the context of private relations. The research is of a bibliographic character, whose theoretical contribution was based on the doctrinal foundations on the subject, from books, scientific articles, using as method of procedure or deductive.

Key-words: Consumer. Advertising. False. Abusive.

1 INTRODUÇÃO

O comportamento humano vem sendo modificado ao longo da história e, em relação ao consumo, vários estudos têm sido feitos nas diversas áreas do conhecimento (sociologia, antropologia, psicologia, economia, direito etc.) com a finalidade de investigar o que motiva o prazer de consumir. Nessa senda, a publicidade tem sido fator instigante apta a levar as pessoas a consumirem exageradamente cada vez mais produtos e serviços sem uma real necessidade de aquisição.

Na sociedade contemporânea a publicidade como um meio de comunicação exerce papel de destaque de incentivo à aquisição de bens e serviços, modificando paradigmas e influenciando comportamentos humanos. Se por um lado ela tem o escopo de impulsionar a realização da compra e da venda, de incrementar o mercado capitalista, o mercado de consumo, por outro lado, tem o poder de construir um mundo de sonhos, de interferir no imaginário das pessoas, de criar desejos e expectativas nem sempre reais.

Mas toda essa mudança necessitou que a legislação vigente começasse a coibir a prática de determinadas condutas abusivas, pois em busca de promover o consumo, gerar lucro e fomentar o mercado, não se pode infringir o direito dos consumidores, lesando toda a sociedade.

O objetivo do trabalho é demonstrar a existência de um direito penal do consumidor, repressivo, mas antes de tudo, preventivo, proíbe a prática de ações que possam lesar o consumidor, tutelando e protegendo bens jurídicos fundamentais e garantindo a promoção do controle social e, de forma mais específica, com a publicidade enganosa e abusiva, previstas no artigo 37 e o delito tipificado no artigo 67, ambos do CDC.

O artigo está estruturado em cinco seções, a iniciar com a introdução. A segunda seção cuidará da origem da sociedade de consumo a partir de sua gênese, enquanto a terceira tratará do conceito e distinção da publicidade e propaganda, como forma de demonstrar que são práticas comerciais importantes para o sistema de mercado capitalista, mas que são distintas entre si. A quarta seção abordará a discussão acerca do Direito Penal do Consumidor,

para ao final, adentrando na quinta seção, discutir sobre a ilicitude da publicidade enganosa e abusiva.

2 A SOCIEDADE DE CONSUMO E SUA ORIGEM

Não se sabe determinar quando e em que época surgiram as origens da sociedade de consumo e em que período na Europa aconteceu uma mudança na produção material de novos itens, de novos produtos e de novas modalidades de consumo surgidas a partir do século XVI. O que se tem como certo é que o consumo moderno, fruto de profundas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais ao longo dos séculos, modificou a sociedade ocidental.

O antropólogo canadense e Grant McCracken (2003, p. 30-36) ao se debruçar sobre a história do consumo, a divide tal período em três momentos, que ele denominou de “*boom* consumista”. O primeiro deles teria acontecido na Inglaterra, no século XVII, no qual os padrões de consumo excessivo são atribuídos à nobreza inglesa e à monarca, a Rainha Elizabeth I. O segundo momento do *boom* consumista, se deu no século XVIII, que foi palco da “própria explosão de consumo” e em que houve um crescimento e uma maior variedade de bens a serem consumidos, e em que houve uma participação mais ativa das classes subordinadas no processo de consumo.

O terceiro e último momento histórico do consumo definido por Grant McCracken (2003, p. 43), ocorreu no século XIX. Naquele período da história, em virtude das mudanças sociais que aconteceram desde o século XVI até o século XVIII, já havia uma interação permanente entre consumo e sociedade. O consumo já estava estruturado de uma maneira que já fazia parte da vida cotidiana das pessoas e havia o que McCracken denominou de “relação dinâmica, contínua e permanente entre as mudanças no consumo e as sociais”.

Na década de 1980 alguns historiadores começaram a questionar a anterioridade da revolução industrial no surgimento da sociedade contemporânea (BARBOSA, 2004, p. 15). Para esse grupo de pensadores, o argumento utilizado era que antes mesmo da Revolução Industrial ocorreu uma Revolução do Consumo e que tal circunstância foi o que desencadeou o início da modernização ocidental através da industrialização capitalista, fundamentando que num primeiro estágio houve a demanda para, posteriormente, num segundo estágio, haver a produção de mercadorias.

Alexandre Machado (2014, p. 40-41) considera que a revolução industrial foi irremediável e irrefreável para o desenvolvimento da sociedade, oportunizou a modernidade e

transformou o pensamento e o comportamento humano. Mas a história da revolução não se deu de forma repentina. Foi necessário tempo para que a sociedade incorporasse as transformações resultantes da industrialização e aceitasse as propostas revolucionárias. Por outro lado, a Revolução Industrial resultou em um enorme contingente de desempregados, uma vez que não conseguiam acompanhar a rapidez e os avanços que limitavam toda a educação formal, portanto milhões de desempregados por todo o mundo não conseguiram espaço nessa nova sociedade.

No contexto da sociedade atual, a valorização do indivíduo está naquilo que ele tem, nos bens materiais que possui e naquilo que ele pode adquirir. E, nesse aspecto, o mercado incentiva a aquisição de bens e serviços, visando a obtenção de lucro e com a finalidade de crescimento econômico, enquanto a equivocada noção que é repassada por este mercado, é a de que o ato de consumir está cada vez mais enraizado na falsa imagem de sucesso e de inclusão social, dependendo do meio ou do grupo social ao qual está inserida determinada pessoa.

A atividade consumista deixa de ser objeto de estudo apenas da atividade econômica, mas adquire contornos interdisciplinares com significados sociais e adjetivações legitimidades em outras ciências. A modernidade foi desenhando o perfil do consumidor, que “em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui”, afirma Zigmunt Bauman (1999, p. 88).

O que caracteriza a sociedade de consumo para Jean Baudrillard (2014, p. 25; 95) é a “*universalidade do fait-divers³ na comunicação de massa*”, segundo o qual toda informação de ordem política, histórica e cultural é acolhida da mesma forma, distanciada da realidade pelos meios de comunicação e representada por signos, não fornecendo a realidade em si como ela de fato é, mas a vertigem da realidade. É a sociedade de aprendizagem do consumo e de iniciação social, novo modo de socialização em relação à emergência de forças produtivas e à reestruturação monopolista de um sistema econômico em que ocorre alta produtividade.

³ *Fait-diver* é uma locução francesa que significa 1) Conjunto de ocorrências e acontecimentos variados e sem ligação entre eles, que correspondem a uma rubrica jornalística. 2) Fato ou assunto pouco importante. Plural: faits divers. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/fait%20divers>. Acesso em 14 jul.2016.

3 PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Não é fácil conceituar o que seja publicidade, pois a depender da área em que venha a ser estudada, pode ter conceitos diversos, que serão apresentados na sequência. Para fins deste ensaio, interessa, pois, a dogmática jurídica, não se desprezando os eventuais conceitos que a expressão possa ter, se analisada sob outra ótica.

O próprio legislador constitucional causou certa contradição ao inserir no texto do artigo 22, inciso XXIX e no § 4º do art. 220 a expressão propaganda comercial ao normatizar a competência legislativa da União. Rizzatto Nunes (2011, p. 201) entende que a Carta Política não faz distinção entre os vocábulos. No artigo 220, § 3º, inciso II, usa a expressão propaganda; no artigo art. 5º, inciso LX fala em publicidade dos atos processuais e no artigo art. 37, caput e § 1º, publicidade.

Carlos Alberto Bittar (1981, p. 73) define a publicidade como sendo a técnica de elaborar mensagens para que o consumidor possa ter conhecimento de determinados produtos ou serviços, despertando nele o desejo de adquiri-los ou deles dispor, cujas mensagens chegam ao consumidor através de várias formas de manifestação e de veiculação.

Contudo, publicidade não se confunde com informação, pois tem o intento de persuadir, de induzir à compra, de vender (JACOBINA, 2002, p. 15-17) e, assim, tem finalidade comercial e a obtenção de lucro. Para o autor, é descabido tratar publicidade como mera informação, embora ressalte que um dos males da publicidade, no entanto, é que ela não atinge somente o consumidor-alvo, ou àquele público que se quer atingir, com senso crítico capaz de, economicamente, adquirir aquilo que está sendo anunciado. A publicidade atinge, também, várias camadas sociais e, assim, gera desejos e necessidades em quem não tem condições de satisfazê-los.

Se as relações de consumo pressupõem a venda de um produto ou a prestação de um serviço entre fornecedor e consumidor, assinala Talden Queiroz Farias (2006), a publicidade não deve ser confundida com uma técnica pessoal por ser um fenômeno típico da sociedade de massas. Na característica de veiculação em massa (como o rádio, a televisão, o jornal, a revista e os portais de internet) a publicidade se iguala à propaganda.

Portanto, publicidade, é a capacidade de despertar no consumidor a vontade de adquirir o objeto que está sendo comercializado. Para isso os anunciantes se utilizam de técnicas visuais, requintadas e muitas vezes enganosas, com o firme objetivo de ascender o desejo pelo produto mostrado.

Já o termo propaganda expressa a difusão de ideias, de caráter político, religioso, filosófico, econômico. Paulo Vasconcelos Jacobina (2002. p.7) pontua que o termo propaganda foi reservado “para a divulgação de ideias, pessoas, fatos, instituições ou ofertas ao público através dos meios de comunicação”. Não deixa, porém, de, também ser técnica de persuasão, mas com finalidade voltada à disseminação e propagação de ideias sem cunho econômico e, assim, está desvinculada de eventual relação de consumo.

Bertha Lilia e Silva Valois (2013, p. 20) ensina que “a propaganda se caracteriza como um meio de difusão de valores ideológicos, princípios, teorias, de cunho religioso, político, moral, ético e econômico, sem estímulo comercial”.

A diferença entre publicidade e propaganda é destacada por Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p. 23). Para a autora, a propaganda não anseia um benefício econômico, não visa o lucro, mas na verdade, a difusão de ideias. E continua:

[...] Ela visa promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental). A publicidade, por seu turno, é a forma clássica de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma empresa com o objetivo de despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, define a publicidade como toda informação suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços, oferecidos ou apresentados, cuja intenção é estimular o consumidor a consumir os produtos ou a contratar os serviços apresentados (CDC, art. 30).

Em outras palavras, no sistema da legislação consumerista, a publicidade tem caráter negocial e econômico, enquanto a propaganda adquire uma conotação ideológica, vez que não visa lucro nem está ligada à atividade comercial.

Feitas essas ponderações acerca do que seja publicidade e propaganda, cabe avançar a discussão delimitando o objeto do trabalho para tegiversar sobre a ilicitude da publicidade. Para tanto, se faz necessárias algumas considerações acerca do Direito Penal do Consumidor, cuja narrativa se dá na seção seguinte.

4 DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

Embora já houvesse alguma previsão sobre os crimes praticados contra o consumidor na legislação brasileira, inclusive no Código Penal, foi a partir da publicação da Lei 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que as condutas praticadas contra as

relações de consumo passaram a ser tipificadas, sendo previstas nos artigos 63 a 74. Isso não significa dizer que houve revogação das práticas penais previstas no Código Penal ou em leis extravagantes (a exemplo da Lei 8137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária e as relações de consumo).

João Batista de Almeida (2015, p 204) acrescenta que quando da tramitação do Anteprojeto de Lei do CDC sustentou-se a não criminalização de condutas, argumentando-se que as demais penalidades fossem da área administrativa ou relativas à ressarcimento civil bastavam para que houvesse a repressão. Decidiu-se diversamente, vez que doze condutas de proteção ao consumidor foram elencadas no Diploma Consumerista, “abrangendo as áreas de nocividade e periculosidade de produtos e serviços, fraude em oferta, publicidade enganosa e abusiva, fraudes e práticas abusivas”. Desse modo, estando envolvidas práticas que envolvam as relações de consumidor, prevalecerão as normas do CDC sobre as demais, em razão do princípio da especialidade.

O princípio da intervenção mínima ou “*ultima ratio*” do Direito Penal possui por previsão a invocação e atuação estatal quando os demais ramos do Direito não se mostram suficientes e eficazes para tutelar e proteger bens jurídicos fundamentais e para, além disso, contribuam e garantam a promoção do controle social.

Deste modo, fortalece Bitencourt (2012, p.52):

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.

Portanto obsta destacar a necessidade de atuação do Direito Penal do Consumidor, assumindo uma feição subsidiária e justificando a sua intervenção (BITENCOURT, 2012, p. 52).

Convém registrar que o Direito Penal do Consumidor, apesar de ter caráter subsidiário exercendo a sua função preventiva, não se limita a preencher lacunas existentes na legislação privada, mas ao contrário, juntamente com esta normatização, com as normas de acesso à justiça e com as sanções administrativas integram um microssistema de proteção ao consumidor, não sendo, pois, considerado elemento estranho ao sistema e, sim, parte componente dele, como defende Antonio Herman Benjamin (1992, p.13).

A tutela penal em tela está ligada aos direitos básicos do consumidor, previstos genericamente no artigo 6º do CDC e visa proteger a relação jurídica de consumidor, especialmente no que diz respeito à qualidade, prevenção e reparação de danos. Punem-se as

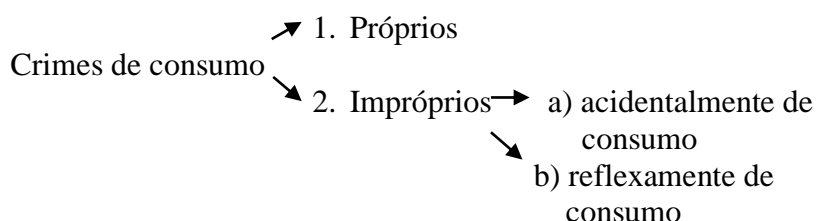
condutas constituídas como crimes de perigo, que são aqueles em que não é necessário a efetiva ocorrência do dano para restarem configurados.

Assim, surgiu o Direito Penal do Consumidor como “um conjunto de normas penais que visam proteger o consumidor no seu relacionamento com o fornecedor”, cuja história se confunde com a própria história do Direito do Consumidor, vez que o consumidor recorria à tutela do Direito Penal para se socorrer em casos de abusos praticados pelos fornecedores, embora ambos não fossem ainda identificados como tal, ensinam Cláudia Lima Marques et. al (2010, p. 1.212-1.213). Tem caráter eminentemente preventivo, embora cumpra a sua função repressiva. Nesse contexto, os autores citados o definem como:

Direito Penal do Consumidor como ramo do Direito Penal Econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e fornecedor.

Assim, os crimes de consumo se classificam em crimes de consumo impróprios e crimes de consumo próprios. Por sua vez, os crimes de consumo impróprios são aqueles em que se tem como sujeito ativo do delito alguém que necessariamente se enquadre na definição de fornecedor, nem mesmo a vítima, como sujeito passivo necessita exhibir o título de consumidor. Subdividem-se em crimes acidentalmente de consumo e crimes reflexamente de consumo.

Para facilitar a compreensão, adotar-se-á o seguinte esquema apresentado por Antonio Benjamim de V. Herman (1992, p. 22):



Entende-se por delitos acidentalmente de consumo aqueles onde a qualidade dos sujeitos - se fornecedor, consumidor - ou a de produto e serviço, como objeto do crime, não terão relevância para sua caracterização da ilicitude. São tipos penais amplos que dependem da análise do caso concreto e em cujas situações pode a pessoa lesada invocar o Direito Penal ou o Direito Civil, conforme as particularidades do caso. São exemplos os crimes de perigo

para a vida ou saúde (artigo 132), o de estelionato (artigo 171), a fraude no comércio (artigo 175) e o de corrupção ou poluição de água potável (artigo 271). Existem outros.

Nos crimes reflexamente de consumo a relação jurídica está protegida pelo Direito Penal, em princípio, mas que será amparada de modo indireto pelo Direito do Consumidor. Normalmente, são delitos cometidos contra a economia popular e contra a ordem tributária. Igualmente aos crimes acidentalmente de consumo, não foram ou não são crimes de consumo criados para reequilibrar a relação de consumo, mas protegem o consumidor no âmbito de outro objeto que lhe é principal, por lhe faltarem vinculação direta com a relação jurídica de consumo (MARQUES et. al, 2010, p. 1.216)

Os crimes de consumo próprio são aqueles em que a relação de consumo está presente, ou seja, na qual se verificam o consumidor (sujeito passivo), o fornecedor (sujeito ativo) e os produtos/serviços (objeto). O bem tutelado é a relação jurídica de consumo. São infrações de perigo abstrato e resguardam bens jurídicos como a vida, o patrimônio e a liberdade.

O CDC prevê as ações delituosas para essa modalidade de delito, mas há outros tipos penais, também previstos no CP, como é o caso, por exemplo, do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios, previsto no artigo 272 ou do crime de falsificação, corrupção, alteração ou adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273) etc.

5 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA E SUA ILICITUDE

A tipificação da publicidade enganosa ou abusiva está prevista no artigo 67, do Código de Defesa do Consumidor. O legislador, disciplina a publicidade no artigo 37, reprovando aquela que seja falsa, parcial ou integralmente, ou quando em virtude de omissão de determinada informação, seja capaz de induzir o consumidor a erro em relação a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço ou qualquer outro dado do produto e do serviço ofertado.

Na publicidade enganosa, as expectativas geradas no consumidor são falsas, são dissimuladas. Há a ilusão, a informação inverídica e, talvez, o bem não fosse adquirido se as informações claras e precisas fossem fornecidas.

Para a aferição da ilicitude da enganabilidade não se exige a prova real, ou concreta como adverte Nelson Nery Júnior (1992, p. 67-68), não é necessário que haja a ocorrência do dano ao consumidor, basta a potencialidade do engano ou a simples capacidade de enganar.

Nessa esteira, a existência ou não do dolo do fornecedor para a constatação da enganosidade que trata o artigo 37, para fins de responsabilização no âmbito civil. Tal constatação é exigida para tipificação legal do crime previsto no artigo 67 do CDC, que diz respeito ao crime de publicidade enganosa.

Quanto a verificação do dolo do fornecedor ou do anunciante, convém consignar o entendimento de Flávio Tartuce (2014, p.484). Em harmonia com a observação do referido doutrinador, apesar de haver menção expressa ao engano, ao erro, o ato de indução representa dolo, em que a ação do agente é maliciosa e praticada com intuito de enganar outrem e se beneficiar desta conduta.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias ao tratar da temática discorre da seguinte maneira (2013, p. 100):

A lei pune não só a efetiva indução em erro (dano concreto individual), mas também a potencialidade da mensagem levar seus destinatários ao engano, como ocorre nas ações de tutela coletiva da publicidade, em que se exige apenas a demonstração do dano potencial (i.e., efetiva capacidade da mensagem induzir em erro o grupo de consumidores atingidos). Por isso se afirma que a vedação à publicidade enganosa objetiva a proteção da incolumidade volitiva e econômica do consumidor. Parte-se do pressuposto de que se não houvesse o engano (ex: falsidade ou omissão de informações essenciais) a escolha do consumidor seria diversa (...).

Não se pretende em si, punir o anunciante, entretanto visa-se proteger toda a coletividade exposta à publicidade enganosa, independentemente dos prejuízos efetivamente causados, conforme já mencionado. É enganosa, por exemplo, a publicidade de determinado produto que promete solução milagrosa e quando contraria a boa-fé objetiva do sujeito.

Pode haver publicidade enganosa de duas modalidades (artigo 37, §1º): por ação ou por omissão. A publicidade é enganosa por comissão quando é feita por meio da vinculação da informação falsa, induzindo o consumidor a erro sobre o produto ou serviço ofertados. Já a publicidade na forma omissiva acontece quando o fornecedor deixa de informar sobre dados essenciais do produto ou do serviço. Pode haver a publicidade por comissão e por omissão num único anúncio, simultaneamente, quando se veicula informação falsa e ao mesmo tempo omite-se informação essencial sobre o produto ou serviço.

É importante registrar que na tutela dos interesses difusos e coletivos, a aferição da ilicitude da enganosidade é necessário que se investigue o público atingido, a fim de se averiguar os efeitos lesivos aos consumidores, especialmente analisando, conforme o caso os valores sociais e culturais.

Tal qual a enganosidade contida na publicidade, a abusividade também pode causar efeitos nocivos ao ser humano. De acordo como é exposto, o anúncio publicitário abusivo pode causar danos à vida, à saúde ou à segurança das pessoas, além de distorcer a capacidade volitiva do consumidor, desrespeitando valores sociais e culturais existentes.

Pela norma do CDC, art. 37, §2º, pune-se a conduta de quem faz publicidade adotando práticas sob o abuso de direito, como publicidade discriminatória à natureza, ou que incite à violência, que explore o medo e a superstição, que não respeite os valores ambientais, bem como é abusiva a mensagem publicitária que se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, sendo reprovada, inclusive aquela capaz de induzir o consumidor e que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O conceito de publicidade abusiva é um conceito jurídico indeterminado. Destarte, publicidade abusiva é toda aquela em que alguém infrinja uma das situações determinadas no artigo 37, § 2º ou que viole os padrões éticos do mercado de consumo.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária no artigo 19, preceitua que a atividade publicitária deve respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse, o interesse social, as instituições, os símbolos nacionais, as autoridades constituídas e o núcleo familiar. Além disso, a proteção do consumidor não se limitou apenas a seu aspecto econômico: o artigo 20, do mesmo Diploma proclama que nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação, seja ela de ordem racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade.

A publicidade abusiva fere a vulnerabilidade do consumidor, pois pelos próprios elementos, ofendem valores básicos de toda a sociedade e que, pela sua dimensão subjetiva é difícil de ser identificada em termos práticos.

O microssistema de proteção ao consumidor não proibiu de forma expressa a publicidade clandestina, mas se considera que esse tipo de prática viola o princípio da identificação da publicidade (CDC, artigo 36), dado que o consumidor pela exibição da mensagem, não tem consciência de que está sendo submetido à publicidade clandestina. Diversamente, o Código de Autorregulamentação em seu artigo 10 prescreve que a publicidade indireta ou *merchandising* submeter-se-á às mesmas disposição do Diploma.

O artigo 67 do CDC, pune a conduta de quem faz ou promove que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva, cominando pena de detenção de três meses a um ano, mais o pagamento de multa. O sujeito ativo do tipo penal serão o anunciante, a agência e o veículo

utilizado. O responsável principal é o anunciante, vez que a lei lhe confere o dever de vigilância. O sujeito passivo são todos os consumidores expostos à publicidade.

A consumação do delito se dá com a exposição dos consumidores à mensagem publicitária, admitindo-se a possibilidade da punição por tentativa.

Pune-se tanto a conduta dolosa como a culposa, já que na descrição do tipo o agente “sabe” ou “deveria saber” tratar-se de publicidade enganosa ou abusiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar da tutela penal dos crimes praticados contra o consumidor é importante ter em mente que, embora existam tipos penais previstos no Código Penal e em leis específicas, a proteção legal se deu de modo mais objetivo com a publicação do Código de Defesa do Consumidor de 1990, Lei 8.078.

Há no CDC condutas punidas como crime, inclusive com cominação de penas privativas de liberdade. A legislação consumerista visa, assim, proteger a relação jurídica do consumidor, não somente reprimindo essas práticas, mas prevenindo, posto que o momento sancionador aparece antes do dano. Nesse passo, revela o caráter subsidiário do Direito Penal do Consumidor.

Conforme ressaltado, tais condutas se enquadram como crimes de perigo, haja vista não exigirem a efetiva ocorrência do dano para que a ilicitude reste caracterizada, seja esse dano de ordem físico, mental ou econômico.

Os delitos estão previstos nos artigos 66 a 80 e, como mencionado, o presente trabalho teve como enfoque o delito capitulado no artigo 67 do Diploma Consumerista que disciplina que comete delito contra as relações de consumo quem sabe ou deve saber fazer ou promover publicidade enganosa e abusiva, onde o bem tutelado no caso, é a própria relação jurídica de consumo. Com relação à publicidade, também tratam os artigos 66, 68 e 69.

Feitas as considerações conceituais sobre a publicidade enganosa e abusiva, conforme dispõe o artigo 37 do mesmo Código, o legislador, também reprimiu as condutas não somente no universo privado, com regras de ordem civil ou administrativa, mas se preocupou em restringi-las penalmente.

Por fim, deve-se registrar que as normas punitivas contidas na legislação consumerista se prestam à sanção dos delitos praticados contra a relação de consumo em si e não somente o consumidor, apresentando, portanto, caráter supra-individual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **Manual de direito do consumidor**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa. Edições 70. Biblioteca Nacional de Portugal. Reimp., 2014

BAUMAM, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BENJAMIN, Antonio Hermende Vaconcellos. **O direito do consumidor: capítulo do direito penal econômico** (ANO). BDJur, Brasília: Revista dos Tribunais, 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/9478>>. Acesso em: 12 jun. 2012. Acesso em 12 set. 2015

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do autor na obra publicitária**. São Paulo: RT, 1981, p. 73.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078/90. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Senado, 1990.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Talden Queiroz. **Publicidade e propaganda no Código de Defesa do Consumidor**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 28, abr 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1082. Acesso em 12 abr.2016.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Alexandre. **Publicidade e o consumo infantil**: uma abordagem crítica. Tese (doutorado em Comunicação Social). Faculdade de Comunicação da Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

McCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo**: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Tradução Fernanda Eugenio. 2º ed., Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

NERY JR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, set-dez. 1992.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito do consumidor** : direito material e processual. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

VALOIS, Bertha Lilia e Silva. **Publicidade dirigida à criança**: a necessidade de uma regulamentação específica. Dissertação de Mestrado em Direito, UNICAP/PE, Recife, 2013. Disponível em http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2013-08-21T162107Z-586/Publico/bertha_lilia_silva_valois.pdf. Acesso em 12 jan.2015.