



Centro Universitário de Brasília - CEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JÚLIA COSTA CUPERTINO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO PUFFING PUBLICITÁRIO: A LEGALIDADE OU NÃO
DA PRÁTICA**

**BRASÍLIA
2023**

JÚLIA COSTA CUPERTINO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO PUFFING PUBLICITÁRIO: A LEGALIDADE OU NÃO
DA PRÁTICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientadora: Professora Viviane da Silva Bernardes

**BRASÍLIA
2023**

JÚLIA COSTA CUPERTINO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO PUFFING PUBLICITÁRIO: A LEGALIDADE OU NÃO
DA PRÁTICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientadora: Professora Viviane da Silva Bernardes

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2023.

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora Viviane da Silva Bernardes

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento vai para a minha maior incentivadora e inspiração, minha mãe, Karen, que sempre me deu todo o apoio e amor necessários para trilhar meu caminho e alcançar meus objetivos. Também tenho muito a agradecer ao meu pai, Cláudio, pelas nossas conversas, conselhos e ensinamentos. Um agradecimento especial ao meu cachorro, Nescau, que passou muitas tardes me fazendo companhia enquanto eu escrevia este trabalho.

Agradeço ao meu parceiro, Alexandre, que esteve ao meu lado em todos os momentos dessa jornada, pelo incentivo, motivação, paciência e carinho nos momentos em que eu mais precisei.

Aos meus amigos do trabalho, Pedro e Sabrina, por me escutarem falar sobre a monografia e me ajudarem sempre. À minha amiga de vida, Luísa, que, desde o ensino médio, me acompanha e torce pelas minhas conquistas profissionais e pessoais.

Por fim, declaro a minha gratidão à minha orientadora, Professora Viviane, pelas valiosas contribuições e auxílio durante a orientação.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo discutir a linha tênue existente entre a utilização do *puffing publicitário*, técnica aplicada por anunciantes para exaltar produtos ou serviços em campanhas publicitárias, e a sua caracterização como publicidade enganosa. Tendo em vista a ausência de normas específicas que regulamentem esse método publicitário e o surgimento de casos que chegaram à Corte Superior envolvendo a temática, este trabalho busca compreender se a utilização do *puffing* é legalmente aceita no Brasil. Para isso, é necessário examinar os aspectos jurídicos que envolvem a legalidade do *puffing* à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: direito do consumidor; publicidade; *puffing*; exagero publicitário; publicidade enganosa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PUBLICIDADE E O PUFFING PUBLICITÁRIO.....	8
1.1 A Publicidade	8
1.2 O Puffing Publicitário	9
2 FORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR APLICÁVEIS AO PUFFING PUBLICITÁRIO	12
2.1 O CONAR e o Código de Defesa do Consumidor	12
2.2 Princípios norteadores da atividade publicitária	14
2.2.1 <i>Princípio da veracidade</i>	15
2.2.2 <i>Princípio da transparência da fundamentação</i>	16
2.2.3 <i>Princípio da vinculação da oferta contratual</i>	17
2.2.4 <i>Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor</i>	18
3 ESPÉCIES DE PUBLICIDADE RELACIONADAS AO PUFFING PUBLICITÁRIO.....	19
3.1 Publicidade Enganosa.....	19
3.1.1 <i>Publicidade Enganosa por comissão</i>	20
3.1.2 <i>Publicidade Enganosa por omissão</i>	21
3.2 Publicidade Comparativa	22
4 A LEGALIDADE OU NÃO DO PUFFING PUBLICITÁRIO SOB A ÓTICA DO STJ	25
4.1 O caso Heinz X Unilever	25
4.1.1 <i>"O Ketchup mais consumido do mundo"</i>	30
4.1.2 <i>"Heinz, melhor em tudo o que faz"</i>	30
4.1.3 <i>"A verdadeira maionese"; "O verdadeiro ketchup"; "O bom de verdade"</i>	34
4.2 O caso Madero X Burger King	35
4.2.1 <i>"O Melhor hambúrguer do mundo"</i>	35
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

Sendo a publicidade uma ferramenta fundamental na sociedade de consumo, as empresas utilizam dos mais diversos mecanismos e técnicas de apelo publicitário, como uma maneira de persuadir, convencer e instigar o consumidor a adquirir determinados produtos ou serviços. O foco debatido no presente trabalho é a legalidade da técnica publicitária intitulada pela doutrina como *puffing*, que pode ser entendida como uma modalidade publicitária que se vale de expressões exageradas para ressaltar as qualidades do que está sendo anunciado ao consumidor.

Ao veicular campanhas que utilizam o *puffing*, as empresas frequentemente utilizam os termos “melhor”, “mais”, “somente”, “primeiro”, “único”, “maior”, dentre outras frases superlativas ou até mesmo imaginativas, que acabam por possuir caráter comparativo, mesmo que de maneira implícita. Tal fato pode ocasionar questionamentos de concorrentes ou consumidores, no âmbito do judiciário e dos órgãos de defesa do consumidor, buscando o reconhecimento da prática de publicidade enganosa e de concorrência desleal pela utilização do *puffing* em campanhas publicitárias para fins de captação de clientela.

Dentro deste contexto, o presente trabalho aborda a linha tênue entre a utilização do *puffing* publicitário, para exaltar produtos ou serviços em campanhas publicitárias, e a sua caracterização como publicidade enganosa. Diante da ausência de normas específicas que regulamentem essa técnica publicitária e do surgimento de casos que chegaram à Corte Superior envolvendo a temática, este trabalho tem como objetivo analisar o seguinte problema de pesquisa: a utilização do *puffing* publicitário é legalmente aceita no Brasil?

Este questionamento se revela essencial na medida em que a legislação brasileira ainda não nos oferece uma resposta objetiva, não havendo, até o momento, arcabouço para nortear juridicamente as empresas que desejam aplicar o *puffing* em suas campanhas publicitárias sem que o consumidor seja induzido a erro.

Para tanto, o primeiro capítulo busca introduzir o papel da publicidade e conceituar o *puffing* publicitário enquanto técnica mercadológica dirigida aos consumidores, analisando suas aplicações, seus efeitos, e assimilando o potencial de dano que essa técnica pode causar ao consumidor.

Posteriormente, realizou-se uma análise acerca das formas de regulamentação da publicidade no Brasil, que podem ser acionados diante de eventuais questionamentos acerca de anúncios que utilizem o *puffing*, verificando os diferentes papéis exercidos pelo Estado e pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Na sequência, foi analisada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à publicidade, por meio de um exame dos princípios impostos por esse diploma para impor limites às técnicas publicitárias em face dos direitos do consumidor.

Ainda, apresentou-se os diferentes tipos de publicidade enganosa, bem como discorreu-se acerca da publicidade comparativa, de forma a possibilitar uma análise da possível relação estabelecida entre essas formas de publicidade e o *puffing* publicitário. Por fim, foi feito um estudo de casos concretos visando observar o entendimento das instâncias originárias e superiores acerca da utilização e implicação dessa técnica publicitária nas relações de consumo.

A metodologia empregada no presente trabalho será o método dedutivo, que, com o auxílio de análises jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas, possibilitará um processo de raciocínio lógico e a obtenção de uma conclusão efetiva e concreta à questão proposta.

As técnicas de pesquisa utilizadas são a pesquisa bibliográfica, que está contida nas referências finais do texto, normas legais internas e estudo de casos (REsp nº 1759745/SP e REsp nº 1866232/SP) na tentativa de estabelecer parâmetros razoáveis e conclusões práticas acerca dos aspectos jurídicos que permeiam a legalidade da utilização do *puffing* publicitário à luz do Código de Defesa do Consumidor.

1 A PUBLICIDADE E O PUFFING PUBLICITÁRIO

Este capítulo visa compreender a publicidade como uma ferramenta essencial na sociedade de consumo e, conceituar, de forma mais precisa, o *puffing* publicitário, técnica mercadológica central no presente trabalho, para que se possa analisar suas aplicações, seus efeitos, e assimilar o potencial de dano que essa técnica pode vir a causar ao consumidor.

1.1 A Publicidade

No direito consumerista, quando falamos no termo “publicidade”, necessariamente estamos diante de uma prática com finalidade econômica, ou seja, as informações são veiculadas ao público, com o objetivo de promover comercialmente, ainda que indiretamente, produtos disponibilizados no mercado de consumo.¹

Podem ser qualificadas como publicidades típicas aquelas veiculadas em rádio, televisão, jornais, revistas ou na internet. Já as atípicas são aquelas promoções realizadas diretamente em pontos de venda, cupons, sorteios, embalagens, rótulos que contenham dizeres não meramente informativos e outras informações que ensejam à aquisição de algum produto ou utilização de serviços.²

Nesse sentido, a publicidade busca estimular as vendas ou criar certo estilo de vida por meio da difusão e do enaltecimento das qualidades de um produto ou serviço, para que eles possam ser examinados e eventualmente adquiridos.³ O publicitário Eugênio Malaga a conceitua como sendo, portanto, “a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”.⁴ Desse modo, a publicidade é um instrumento essencial para a entrada, a conquista e a manutenção de fatias de mercado pelas empresas, que tentam criar uma diferenciação de seus produtos e serviços em relação aos de seus concorrentes para influenciar a preferência e a escolha dos consumidores.

¹ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 274

² DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

³ *Ibid.*

⁴ MALAGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 4. ed. São Paulo: Edima, 1987. p. 11.

Para suscitar o desejo e diferenciação supracitados, as empresas que veiculam suas publicidades passaram a incorporar linguagens cada vez mais atrativas e dotadas de apelos lógicos, emocionais e persuasivos, utilizando-se das mais diversas técnicas mercadológicas tendentes ao convencimento do destinatário final das mensagens. A seguir, passa-se a analisar mais concretamente o *puffing*, uma das técnicas publicitárias mencionadas que é amplamente utilizada no cotidiano dos anunciantes.

1.2 O Puffing Publicitário

A técnica publicitária intitulada pela doutrina como *puffing* nada mais é do que a utilização do exagero, por meio do emprego de situações ou adjetivações exageradas, como uma forma do anunciante supervalorizar o produto ou serviço que está sendo vendido.

Como exemplos clássicos dessa forma publicitária, podemos mencionar a utilização das seguintes expressões provocativas para se referir ao produto ou serviço anunciado nas campanhas publicitárias: “o melhor do mundo”; “o melhor do mercado”, “o mais saboroso”; “o mais aconchegante”; “o mais acolhedor”; “a melhor comédia”; “o mais tradicional”, “a mais bonita”; “o mais maravilhoso”; “o filme do ano”; *etc.*

Para a doutrina, alguns tipos de *puffings* não são proibidos enquanto apresentados “como publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante”.⁵ Logo, para realizar a análise acerca do potencial enganoso de determinado anúncio, deve-se observar qual o caráter atribuído à expressão utilizada na campanha publicitária. Isso porque, excessos de caráter subjetivo, não sendo mensuráveis, carecem de uma avaliação crítica do consumidor, ocasião em que provavelmente o elemento pessoal do indivíduo irá prevalecer, já no critério objetivo, onde o exagero pode ser mensurado, a veracidade do *puffing* poderá ser averiguada, de forma que, se o que for dito não condizer com a verdade, a publicidade será tida como enganosa.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, 1992. p. 67.

Dessa maneira, existem casos em que essa técnica, ainda que utilizada intencionalmente para atrair o consumidor, acaba não tornando o anúncio enganoso.⁶ Ao se referir a algum produto como sendo, por exemplo, o “bolo mais gostoso do mundo” ou o “melhor sabonete do mercado” o anunciante adentra na esfera da subjetividade e particularidade de cada consumidor, uma vez que o que é mais gostoso ou melhor para uma pessoa, pode não ser para a outra. Se torna, portanto, impossível comprovar por qualquer mecanismo científico se tais alegações seriam de fato enganosas ou não, pois elas dependem de uma avaliação particular daquele cliente, realizada com base em seu próprio paladar, cultura, hábitos, necessidades e experiências.

De outro lado, se as afirmações publicitárias de determinado anúncio puderem ser levadas a sério pelo consumidor e aferidas de maneira objetiva, ou seja, puderem ser mensuradas, e o produto ou serviço que foi objeto do *puffing* não corresponder à realidade, estaremos diante de uma publicidade enganosa. Em concomitância com esse entendimento, esclarece a doutrina:

Se o puffing puder ser medido objetivamente, e, de fato, não corresponder à verdade, será, então, enganoso. Assim, por exemplo, se o anúncio diz que aquela pilha é ‘a pilha que mais dura’, tem de poder provar. Se é o ‘isqueiro’ que acende mais vezes, também. Se é o ‘carro mais econômico da categoria’, da mesma forma etc.⁷

Portanto, esse raciocínio se aplica para empresas que afirmam que determinado produto ou serviço é “o único do mercado” ou possui “o preço mais baixo”, uma vez que esses quesitos podem ser comprovados por pesquisas ou outros métodos. Em cada um desses casos, para que esses *puffings* não sejam considerados enganosos, não devem existir outros produtos semelhantes ou produtos mais econômicos do que o do anunciante.

A título de exemplo, recentemente o McDonald's desenvolveu campanha publicitária na qual questionou ao ChatGPT qual seria o hambúrguer mais icônico do mundo e, o texto de resposta, fornecido pela inteligência artificial, foi o Big Mac.⁸ Já o Burger King, em provocação à campanha realizada pela concorrente, alterou

⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

⁷ *Ibid.*, p. 191.

⁸ QUAL o hambúrguer mais icônico do mundo? **McDonald's Brasil**, 25 maio 2023. 1 vídeo (30s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5HmLP_0gXdo. Acesso em: 22 ago. 2023.

a pergunta feita pela rede competidora questionando à inteligência artificial “[e] qual o maior?” e a conclusão veiculada no anúncio foi que Whopper, do Burger King, seria o maior em termos de tamanho e quantidade de ingredientes.⁹

Nota-se que as redes de *fast-food* utilizaram do *puffing* publicitário para provar ao público a supremacia de seus produtos, porém, enquanto a expressão utilizada pelo McDonald's possui um nítido caráter subjetivo, o anúncio difundido pelo Burger King, que se refere a qual seria o maior hambúrguer, transmite uma qualidade que poderia ser mensurada, estando, portanto, sujeita à análise de enganabilidade.

Portanto, tem-se que a análise da campanha publicitária, a fim de constatar a utilização ou não de uma hipérbole publicitária e a possível indução do consumidor a erro pelo exagero utilizado, dependerá do exame da publicidade no caso concreto (de seu texto e/ou imagens),¹⁰ por algum dos mecanismos de proteção do consumidor.

⁹ BURGER King responde à concorrência com uso de IA para alavancar marketing. **Exame**, 13 jun. 2023. Disponível em: <https://exame.com/bussola/burger-king-responde-concorrenca-com-uso-de-ia-para-alavancar-marketing/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 101.

2 FORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR APLICÁVEIS AO PUFFING PUBLICITÁRIO

Feitas as considerações acerca da publicidade e a utilização frequente do *puffing* como um método para atrair os consumidores, o presente capítulo se debruçará na análise da forma mista de regulamentação da publicidade no Brasil, que pode ser acionada diante de eventuais questionamentos legais acerca de anúncios publicitários que utilizem o *puffing*, e no exame dos princípios legais impostos pelo CDC, com o intuito de nortear a aplicação dessa técnica diante dos direitos do consumidor.

2.1 O CONAR e o Código de Defesa do Consumidor

Diante do desenvolvimento e da maior difusão de comunicações de caráter publicitário, onde se constatava o desenvolvimento de técnicas e meios inidôneos de venda, tornou-se indispensável a existência de normas e parâmetros legais aplicáveis para a proteção e defesa daqueles indivíduos expostos a esse tipo de comunicação. Nesse sentido, Antônio Benjamin, Cláudia Marques e Leonardo Bessa destacam que:

Não há sociedade de consumo sem publicidade. Como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regrado pelo direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo.¹¹

Desse modo, com a promulgação da Constituição Federal de 88, instituiu-se a proteção dos direitos e interesses do consumidor como direito fundamental, a ser implementado pelo próprio estado.¹² O ordenamento jurídico constitucional consagrou ainda a tutela do consumidor como princípio norteador da atividade econômica.

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 429.

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.)

Portanto, na atividade publicitária, os interesses do consumidor devem ser obrigatoriamente observados e respeitados.¹³

Para além das previsões constitucionais, em 1990 foi editada a Lei nº 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) como o principal diploma legislativo para normatizar as relações consumeristas no plano infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro. Estabeleceu-se, assim, um microsistema no qual se conceitua a figura do consumidor em seu art. 2º, caput,¹⁴ e a do fornecedor, bem como as atividades que devem ser desenvolvidas para que seja caracterizado como tal, em seu art. 3º.¹⁵

Sendo o anunciante o detentor do conhecimento técnico da produção e do fornecimento de determinado produto ou serviço, o CDC visa estabelecer um equilíbrio entre as partes da relação consumerista, diante da vulnerabilidade presumida da classe de consumidores.¹⁶

Com o intuito de sustentar o exercício dos direitos fundamentais do consumidor perante a atividade publicitária brasileira, há um sistema de controle misto, que pode ser desempenhado tanto no âmbito estatal, quanto no âmbito privado, ou autorregulamentar, que em contraste ao anterior, aplicam-se as normas instituídas e criadas pelos próprios partícipes publicitários, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que embora não possua força de lei, pode ser considerado como fonte interpretativa subsidiária em matéria publicitária.¹⁷ Para Lucia Ancona Lopez

¹³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

¹⁴ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

¹⁵ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL, *op. cit.*)

¹⁶ “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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” (BRASIL, *op. cit.*)

¹⁷ “Art. 16 Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e tribunais como documentos

O controle exclusivamente autorregulamentar mostra-se, assim, insuficiente para a efetiva defesa dos consumidores, verificando-se a melhor tutela no sistema misto, que no Brasil somente se tornou eficaz com o controle estatal exercido a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸

O CONAR, portanto, atua de maneira complementar ao Estado e, apesar de não exercer “poder de polícia” para multar os anunciantes e/ou fiscalizar a colocação de produtos e serviços no mercado,¹⁹ pode tomar decisões pela sustação ou alteração de determinada publicidade de modo mais célere, sem a necessidade de enfrentar maiores trâmites burocráticos.

2.2 Princípios norteadores da atividade publicitária

Com o intuito de resguardar a figura do consumidor, polo mais vulnerável da relação consumerista, o CDC adotou alguns princípios específicos norteadores da atividade publicitária no Brasil, aplicáveis a todas as espécies de campanhas publicitárias, independentemente do meio que seja utilizado para a sua divulgação ou das pessoas para as quais se destina.²⁰ Como apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery

O microssistema do CDC é lei de natureza +principiológica. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação jurídica de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC. [...] Havendo conflito aparente entre suas normas e a de alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): prevalece a regra principiológica do CDC.²¹

Dessa maneira, uma vez instituídos entre os dispositivos legais em vigor, os princípios auxiliam o papel desenvolvido pelos intérpretes das disposições normativas durante a sua aplicação, devendo ser observados na elaboração da comunicação

de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetam ou sejam afetados pelo anúncio”. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. 2022. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 27 set. 2023.)

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. 2022. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 27 set. 2023. p. 16.

¹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

²⁰ CAPUCCI, Sebastián. **Publicidad comercial**. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2009. p. 113.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 181.

publicitária, pois a “inobservância dos princípios no campo da publicidade compromete a legalidade da mensagem publicitaria, além de provocar o manifesto desvirtuamento ao fim que se destina”.²² Dessa maneira, breves comentários sobre alguns desses princípios, relevantes para o presente trabalho e para a análise dos casos que utilizam o *puffing* publicitário, serão feitos abaixo.

2.2.1 Princípio da veracidade

O princípio da veracidade é um dos princípios basilares adotados pelo microsistema consumerista para o controle jurídico da atividade publicitária. Dele resulta a repressão à veiculação da forma de publicidade disposta no art. 37 § 1º do CDC, ou seja, a enganosa por omissão ou comissão, que será tratada mais adiante no presente trabalho. O dever de ajustar campanhas publicitárias, para que estejam em consonância com o princípio da veracidade, decorre da própria boa-fé objetiva, consistindo na garantia de “adequação à função informativa da publicidade”,²³ para que os consumidores possam fazer suas escolhas com base em informações verídicas acerca dos produtos ou serviços que desejam adquirir.

Esse princípio também foi contemplado na redação do art. 31²⁴ do CDC, uma vez que, ao determinar a necessidade da veiculação de informações corretas na oferta e na apresentação de produtos e serviços, entende-se pela garantia do dever de veracidade. Ademais, é possível identificá-lo no art. 6º da mesma norma legal, que versa sobre os direitos básicos do consumidor e assegura, em seu inciso III, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Portanto, é necessário que exista uma correspondência entre o conteúdo da publicidade e as características anunciadas dos produtos e serviços e, para Lucia

²² OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. **A responsabilidade dos meios de comunicação pelo conteúdo das mensagens publicitárias**. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2015. p. 31.

²³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 81.

²⁴ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

Ancona Lopez, se houver indução a erro dos consumidores acerca de qualquer dado do produto anunciado, mesmo que tal indução não resulte de uma falsa informação, haverá violação ao princípio da veracidade.²⁵

2.2.2 Princípio da transparência da fundamentação

O CDC consagra o princípio da transparência da fundamentação em seu art. 36, parágrafo único,²⁶ ao determinar que o fornecedor retenha consigo a fundamentação fática, técnica e científica acerca do conteúdo da mensagem publicitária veiculada por ele.

A norma consumerista impõe essa obrigação para que exista prova da veracidade das afirmações veiculadas, uma vez que os dados que fundamentam a publicidade devem ser de livre acesso para todos os legítimos interessados²⁷ e o consumidor, por óbvio, não tem condições de levantar os dados mencionados ou executar testes com os produtos que deseja adquirir ou utilizar.²⁸

Nesse sentido, como aduz Antônio Benjamin, Cláudia Marques e Leonardo Bessa, esse princípio advém da “impraticabilidade (e injustiça) em se esperar que o consumidor efetue milhares de testes com produtos ou serviços como forma de verificação da veracidade da informação publicitária a ele dirigida”.²⁹

²⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 26.

²⁶ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023).

²⁷ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 164.

²⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 444.

2.2.3 Princípio da vinculação da oferta contratual

O princípio da vinculação da oferta contratual, disposto nos artigos 30³⁰ e 35³¹ do CDC, imputa ao fornecedor de bens e serviços o dever de cumprir com todos os termos que foram ofertados na oferta veiculada que integrará a relação de consumo.

Nesse íterim, tem-se que uma campanha publicitária com “informações suficientemente precisas” acerca dos bens e serviços ofertados, ou seja, aquelas condições essenciais previamente delineadas,³² faz com que a publicidade seja equiparada à oferta disposta na norma consumerista e passe a ser vinculante ao fornecedor ou anunciante.³³

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques entende que “[a] publicidade foi valorizada como ato de vontade idôneo para criar vínculos obrigacionais (com ou sem contrato) entre fornecedores e consumidores na sociedade”.³⁴ Desses vínculos obrigacionais advém, portanto, o direito dos consumidores de pleitear pelo cumprimento daquilo que lhe foi ofertado, independentemente da existência de qualquer conteúdo fraudulento ou enganoso na mensagem.³⁵

Logo, esse princípio visa coibir a veiculação de campanhas publicitárias que possuam a única finalidade de atrair clientes para seus produtos ou serviços, sem que exista a verdadeira intenção de cumprir com o que foi anunciado, aplicando-se, portanto, a máxima “prometeu, cumpriu”.

³⁰ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

³¹ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” (BRASIL, *op. cit.*)

³² ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 155.

³³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 35.

³⁵ GOMEZ CALERO, Juan. **Los derechos de los consumidores y usuarios**. Madrid: Dykinson, 1994. p. 80.

2.2.4 Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor

O CDC consagra, em seu artigo 38,³⁶ a aplicação, na publicidade, do princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor, uma vez que, diante do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação consumerista, e, considerando o desequilíbrio existente entre as partes, não seria correto impor a ele o dever de comprovar a falsidade, a omissão ou a ofensa praticada pelo anunciante.

Esse princípio está em consonância com o princípio da transparência da fundamentação mencionado acima, bem como com o direito básico do consumidor disposto no inciso VIII do art. 6º do CDC, que determina a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.³⁷

Entretanto, a inversão disposta no artigo supracitado só ocorre mediante análise do juiz acerca da verossimilhança do alegado pelo consumidor (*ope judicis*), enquanto que a inversão do ônus da prova mencionada no art. 38 do CDC, ou seja, aquela que é pleiteada no âmbito publicitário, não está na esfera de discricionariedade do magistrado, pois advêm da lei (*ope legis*) sendo, portanto, de caráter obrigatório.³⁸

Logo, quando questionado pelo consumidor exposto a determinado anúncio publicitário acerca de sua enganiosidade ou não, resta ao anunciante o encargo de apresentar prova exoneratória que rompa com o nexos causal alegado, uma vez que ele é o único capaz de provar a adequação de suas afirmações ao princípio da veracidade.

³⁶ “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

³⁷ BRASIL, *op. cit.*

³⁸ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

3 ESPÉCIES DE PUBLICIDADE RELACIONADAS AO PUFFING PUBLICITÁRIO

Como visto anteriormente, a utilização de termos como “melhor”, “mais”, “somente”, “primeiro”, “único”, “maior”, dentre outros, pode suscitar questionamentos acerca da enganiosidade e do aspecto comparativo das publicidades que utilizam essas expressões exageradas típicas do *puffing*. Desse modo, esse capítulo tem como objetivo definir os tipos de publicidade enganosa, bem como discorrer acerca da publicidade comparativa, de maneira a possibilitar uma análise da possível relação estabelecida entre essas formas de publicidade e a utilização do *puffing* publicitário.

3.1 Publicidade Enganosa

Como visto, a publicidade tem por finalidade persuadir o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço, porém, caracteriza-se como enganosa, aquela publicidade na qual, o fornecedor, para atingir o seu objetivo, veicula anúncio que gera uma distorção no processo decisório dos consumidores, induzindo-os a erro quanto às reais características do produto ou serviço anunciado ou de suas condições de contratação, seja pela inexatidão ou falsidade das informações veiculadas, seja pela omissão de dados relevantes.³⁹

Nesse sentido, o principal aspecto que caracteriza um anúncio publicitário como sendo enganoso é quando ele é suscetível de induzir alguém a erro,⁴⁰ o que deve ser entendido como a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencialmente formada na mente do consumidor por ação da publicidade.⁴¹ Têm-se, portanto, que se caracteriza como enganosa tanto a publicidade que de fato engana quanto a que pode enganar, não sendo necessário o erro real, ou seja, o dano concreto ao consumidor, para a sua definição.⁴²

Entende-se também que, para qualificar uma mensagem publicitária como enganosa, é dispensável a observância do elemento subjetivo do

³⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 38.

⁴⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴¹ GONÇALVES, Antônio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo: análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

⁴² ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

fornecedor/anunciante⁴³, ou seja, irrelevante examinar se no momento da veiculação da publicidade, o anunciante teve ou não intenção de ludibriar os consumidores aos quais ela foi direcionada, uma vez que ao veicular anúncio publicitário com aptidão para induzir a erro seus destinatários, já caracteriza-se a enganosidade, independentemente da existência de dolo ou culpa do daquele que o fez.⁴⁴

A prática da publicidade enganosa, pode se manifestar de forma comissiva ou omissiva e, em qualquer situação, haverá a turbação da declaração de vontade do consumidor para celebração do negócio de consumo em virtude do vício de informação⁴⁵. Nessa toada, a legislação consumerista, em seu art. 37, proibiu expressamente a comunicação publicitária enganosa,⁴⁶ com o intuito de proteger as próprias relações de consumo e não apenas o consumidor, na medida em que visa coibir os atos e atividades que importunem a estabilidade dessas relações.⁴⁷

3.1.1 Publicidade Enganosa por comissão

Nos termos do § 1º do artigo 37 do CDC, uma das formas de ocorrência da publicidade enganosa é por comissão, ou seja, é a que se dá por meio da veiculação de informação total ou parcialmente falsa, induzindo positivamente o consumidor a erro no tocante às diversas características do produto ou serviço anunciado.⁴⁸

Nas palavras de Herman Benjamin:

A publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganosidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.266.937/MG**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 6 dez. 2011. Publicação no DJe: 1 fev. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19559401&num_registro=201101159327&data=20120201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2023.

⁴⁴ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

⁴⁵ *Ibid.* p. 38

⁴⁶ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

⁴⁷ ALVES, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa.⁴⁹

Nessa toada, uma mensagem pode ser considerada falsa quando atribui qualidades ao produto ou serviço que não correspondem ao seu real desempenho.⁵⁰ Logo, nesse tipo de publicidade, há um dolo positivo, ou seja, uma atuação comissiva do agente,⁵¹ uma vez que fornecedor mostra ou afirma algo que não condiz com a realidade, mesmo que de forma parcial, para que o consumidor seja ludibriado.

3.1.2 Publicidade Enganosa por omissão

Em complementariedade ao disposto acima, o § 3º do CDC,⁵² define a publicidade enganosa por omissão como aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. De acordo com Fabrício Bolzan dado essencial é “aquele que, se existisse, poderia influenciar o consumidor a praticar conduta diversa daquela que praticaria caso não soubesse, por exemplo, dos malefícios de determinado produto”.⁵³

Consiste em dado essencial a ser disposto no produto, portanto, a natureza, as características, a qualidade, a quantidade, as propriedades, a origem, o preço, os riscos, os defeitos, os malefícios, o custo elevado de peças de reposição, anteriores utilizações do produto,⁵⁴ a existência de eventuais custos relativos à entrega, transporte ou expedição de certo produto, bem como eventuais despesas suplementares necessárias à perfeita fruição do bem e que não estejam inclusos no valor do preço constante da oferta publicitária,⁵⁵ entre outros.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 329.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 42.

⁵¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 422.

⁵² “Art. 37. [...] § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.” (BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.)

⁵³ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 279.

⁵⁴ GRINOVER, *op. cit.*, p. 331.

⁵⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 53.

Outrossim, podem ser qualificadas como enganosas as publicidades em que informações instituídas pela legislação como sendo obrigatórias, não são mencionadas no anúncio. Desse modo, Fabrício Germano exemplifica esses tipos de dados ao mencionar o Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003, que regula o direito à informação relacionado aos alimentos e ingredientes que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.⁵⁶

Por outro lado, existem dados que não possuem a qualidade de essenciais, uma vez que eles podem ser inferidos do próprio contexto do anúncio, sendo eles públicos e notórios.⁵⁷ Nesse cenário, pode-se citar aqueles dados que são passíveis de serem constatados do produto ou serviço objeto da publicidade, do ofertante, dos usos e costumes existentes no mercado, das modalidades de contratação, ou ainda, os dados que, pela experiência, são suficientemente conhecidos pelos consumidores destinatários da publicidade.⁵⁸ Portanto, nesse tipo de situação, nota-se que, quem está adquirindo certo produto, assume que este cumpre com determinadas características e finalidades esperadas, como por exemplo, uma cafeteira que fará café ou uma geladeira que conservará alimentos.

A análise da essencialidade ou não de determinada informação omissa é sempre casuística, dependendo do produto e do serviço.⁵⁹ Desse modo, a autoridade julgadora deverá analisar o caso concreto, para determinar se a omissão é apta a onerar os consumidores, uma vez que tal hipótese pode variar de acordo com as condições pessoais do público-alvo afetado pela publicidade, a natureza do produto ou serviço objeto da publicidade (valor econômico, complexidade técnica, riscos etc.), os usos e costumes do mercado, o modelo de contratação, bem como o espaço e meio de difusão utilizado para sua veiculação.

3.2 Publicidade Comparativa

O CDC não traz uma definição acerca de publicidade comparativa em seu texto, porém, de acordo com Lucia Ancona Lopez, a publicidade comparativa consiste na

⁵⁶ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 185.

⁵⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

técnica que tem como função colocar em relevo a supremacia ou vantagem dos produtos ou serviços próprios do anunciante em relação aos dos concorrentes através da confrontação das características dos primeiros perante os segundos.⁶⁰

Essa forma de publicidade tem por finalidade apontar ao público alvo que os produtos ou serviços oferecidos pelo anunciante são superiores aos produtos ou serviços alheios, podendo tal superioridade ou vantagem ser relacionada à qualidade, segurança, meio de pagamento, sustentabilidade, *etc.*⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema algumas vezes, registrando que existe a “aceitação da publicidade comparativa pelo ordenamento jurídico brasileiro”, desde que observadas “as regras atinentes à proteção dos direitos do consumidor”.⁶² Vale dizer, desde que: a comparação tenha por objetivo principal o esclarecimento do consumidor; as informações veiculadas sejam verdadeiras, objetivas, não induzam o consumidor em erro, não depreciem o produto ou a marca, nem sejam abusivas e os produtos e as marcas comparados não sejam passíveis de confusão.⁶³

Logo, embora a legislação consumerista não tenha explicitamente tratado acerca da licitude ou ilicitude da utilização da comparação na publicidade, a doutrina e jurisprudência majoritária admitem o uso de tal publicidade, devendo apenas o anunciante se atentar para que esse tipo de prática não se enquadre em um exemplo de publicidade enganosa.⁶⁴

A publicidade comparativa pode se dar de maneira explícita, quando há uma clara identificação do concorrente, de sua marca ou produto, ou de forma implícita. No que se refere a publicidade comparativa implícita, ela pode ocorrer inequivocamente,

⁶⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 105.

⁶¹ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.481.124/SC**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em: 7 abr. 2015. Publicação no DJe: 13 abr. 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45275136&num_registro=201304138531&data=20150413&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.377.911/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 2 out. 2014. Publicação no DJe: 19 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40624238&num_registro=201202580116&data=20141219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶⁴ ALVES, *op. cit.*

hipótese em que a referência a empresa, bens ou serviços concorrentes, embora não seja direta, é de fácil dedução do público destinatário, uma vez que eles possuem consciência de que o anunciante possui apenas um concorrente ou atua em um mercado oligopolizado, com uma quantidade muito pequena de competidores.⁶⁵

Por fim, anúncios em que se apresenta, por exemplo, imagem de um detergente a ser vendido versus “outros detergentes”, confrontando todos os demais produtos ou serviços da categoria de maneira genérica, sem que existam elementos específicos ou individuais que possibilitem identificá-los singularmente, enquadram-se na comparação implícita indireta.⁶⁶ Também se enquadra nessa categoria, o *puffing* publicitário, técnica publicitária que utiliza de superlativos em tom excludente, para exprimir superioridade do anunciante perante os outros, conforme estudado no presente trabalho.

⁶⁵ FUSI; TESTA; COTAFFAVI, 2000 *apud* DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

⁶⁶ *Ibid.*

4 A LEGALIDADE OU NÃO DO PUFFING PUBLICITÁRIO SOB A ÓTICA DO STJ

Realizado um estudo teórico acerca dos aspectos jurídicos que permeiam a utilização do *puffing*, o presente capítulo irá analisar dois casos recentes envolvendo a legalidade da utilização da técnica publicitária estudada para compreender o entendimento das cortes originárias e do STJ, que puderam se manifestar sobre a problemática.

4.1 O caso Heinz X Unilever

Em 2013, após a Unilever, dona da marca Hellmann's, instaurar uma representação⁶⁷ em face da Heinz, empresa concorrente que veiculava campanhas publicitárias utilizando as expressões “O Ketchup mais consumido do mundo” e “Heinz, melhor em tudo o que faz”, o CONAR acatou liminarmente as alegações da Unilever e determinou a sustação do uso das referidas afirmações publicitárias.

Visando afastar a sanção aplicada pelo CONAR, a questão foi judicializada pela empresa Heinz⁶⁸ e, em primeiro e segundo grau, as expressões foram caracterizadas como *puffings* publicitários lícitos. Entretanto, a discussão acerca da licitude ou não da utilização dessas hipérboles publicitárias chegou até as instâncias superiores com a interposição de um Recurso Especial pela Unilever⁶⁹.

Diante da relevância do tema e da necessidade de se nortear o uso da técnica do *puffing* no âmbito jurídico, serão tecidos breves comentários sobre os argumentos conflitantes trazidos pelas partes do processo, as decisões proferidas no percorrer do debate nas instâncias originárias e o entendimento firmado pelo STJ.

⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 1004301-65.2013.8.26.0309**. Requerente: Heinz Brasil S. A. Requerido: Unilever Brasil LTDA. Relator: Dirceu Brisolla Geraldini. Última movimentação: 22 set. 2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=8L0000HBR0000&processo.foro=309&processo.numero=1004301-65.2013.8.26.0309>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 1004301-65.2013.8.26.0309**. Requerente: Heinz Brasil S. A. Requerido: Unilever Brasil LTDA. Relator: Dirceu Brisolla Geraldini. Última movimentação: 22 set. 2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=8L0000HBR0000&processo.foro=309&processo.numero=1004301-65.2013.8.26.0309>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.759.745/SP**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 28 fev. 2023. Publicação no DJe: 29 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=181500989®istro_numero=201800017630&peticao_numero=&publicacao_data=20230329&formato=PDF. Acesso em 18 ago. 2023.

4.1.1 “O Ketchup mais consumido do mundo”

Ao questionar a expressão publicitária “O Ketchup mais consumido do mundo”, veiculada tanto em comerciais, quanto em rótulos de ketchups da Heinz, a Unilever aduziu que a afirmação seria enganosa por omissão, haja vista que a empresa concorrente não teria apresentado em suas campanhas nenhuma fonte que comprovasse o alegado. Para a Unilever, a ausência de fontes que atestassem a liderança mundial da competidora induziria os consumidores a erro, já que os faria acreditar que o produto da Heinz apresentaria vantagem em comparação aos outros vendidos no mercado.

Sobre a expressão utilizada pela Heinz, em primeiro lugar é necessário estabelecer que estamos diante um *puffing* publicitário mensurável, uma vez que é plenamente possível analisar qual seria o produto “mais consumido” de qualquer lugar, seja de determinada cidade, estado ou, até mesmo, do mundo. Nesse sentido, exemplo similar ao do caso analisado foi citado na doutrina, que ressaltou que “o claim “o hambúrguer mais vendido do mundo” [...] Apesar de difícil comprovação, com os investimentos e recursos necessários, [...] pode ser comprovado ou refutado por concorrentes.”⁷⁰

Dessa forma, conforme já tratado no presente trabalho, as hipérboles publicitárias que podem ser comprovadas por pesquisas ou critérios científicos, ou seja, a analisada no caso em tela, estão sujeitas ao princípio da veracidade disposto no CDC e, conseqüentemente, ao controle de enganosidade.

Foi diante dessa necessidade, que a empresa Heinz, em resposta as alegações da Unilever, buscou demonstrar a veracidade da sua afirmação publicitária juntando aos autos estudos e pesquisas que comprovariam a sua liderança mundial na comercialização de Ketchup. Em face dos fatos apresentados pelas partes, a existência de potencial enganoso nas afirmações publicitárias veiculadas pela Heinz e a necessidade ou não das campanhas virem acompanhadas de fonte de pesquisa comprobatória foram amplamente discutidas nos autos do processo ora analisado.

Inicialmente, foi proferida decisão de reconsideração, que revogou a liminar concedida à Heinz, para determinar que a empresa atendesse ao art. 37 da legislação

⁷⁰ GARCIA, Talita N.; SANTOS NETTO, Luiz Cassio dos. **Atividade publicitária no Brasil: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Almedina, 2021. p. 397.

consumerista, “fazendo constar de seu filme publicitário e embalagens a fonte e a data das pesquisas comprobatórias da mencionada liderança de mercado”,⁷¹ por entender que “toda mensagem publicitária deve conter afirmações suficientes ao público consumidor, de forma a não gerar dúvidas ou induzi-los a erro”.⁷²

Nesse mesmo sentido, nova decisão, que deferiu a liminar pleiteada pela Unilever em sua reconvenção, também determinou que a Heinz inserisse, nas suas publicidades e embalagens dos produtos, a fonte da pesquisa que baseasse a frase utilizada nas publicidades, ou, caso não existisse pesquisa a embasar a afirmação, que se abstinhasse de veicular o anúncio.

Em consonância com o que foi determinado nas decisões mencionadas acima, a Heinz alterou sua campanha publicitária veiculada em comerciais, para incluir a fonte que embasou “Heinz, o Ketchup mais consumido no mundo”, porém, optou por deixar de divulgar essa expressão nos rótulos de seus produtos, para “evitar qualquer ofensa aos ditames do CDC” e “para que não se possa mais questionar a possibilidade de confusão ou engano do consumidor”.⁷³

A sentença, nos termos do que foi tratado nesse artigo, entendeu que o “mais consumido do mundo” seria “expressão com carga mais objetiva e que pode ser materialmente comprovada pelo número das vendas, como de fato foi por meio de pesquisa cuja idoneidade e seriedade não estão em discussão nos autos”.⁷⁴ O juízo esclareceu que “se a informação se baseia em pesquisa, tem o consumidor direito à informação clara e precisa, como previsto no CDC (art. 6º, III), diploma a que certamente se submete a empresa autora”.⁷⁵ Portanto, foi afastada a ocorrência de publicidade enganosa na utilização da frase, contanto que fosse inserida a fonte da pesquisa que justificasse a assertiva.

Ocorre que, em face de apelação interposta pela Heinz, sobreveio acórdão que reformou a sentença, para desobrigar a Heinz de inserir, quando da divulgação da

⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 1004301-65.2013.8.26.0309**. Requerente: Heinz Brasil S. A. Requerido: Unilever Brasil LTDA. Relator: Dirceu Brisolla Geraldini. Última movimentação: 22 set. 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=8L0000HBR0000&processo.foro=309&processo.numero=1004301-65.2013.8.26.0309>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

expressão, a fonte de pesquisa que atestasse a referida liderança. Isso porque, a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que restou suficientemente comprovada nos autos a veracidade das informações veiculadas pela Heinz, inexistindo ato ilícito diante da descaracterização da publicidade como enganosa.

Ao chegar no STJ o Ministro Buzzi registrou que ao compulsar os autos seria possível perceber que o ketchup da Heinz, segundo órgãos de consulta de mercado, realmente era o mais vendido à época. Nesse sentido, embora o STJ não tenha adentrado na discussão acerca da necessidade ou não da Heinz indicar a fonte da pesquisa em todas as suas peças publicitárias, retificou que a afirmativa seria lícita, por veicular informação verdadeira constatada em pesquisa a respeito do número de vendas do produto.

Feito um breve resumo das decisões proferidas no caso em análise, tanto nas instâncias originárias, quanto na instância superior e, já estando estabelecido que a expressão “O Ketchup mais vendido do mundo” é um *puffing* publicitário sujeito à análise de enganiosidade por ser aferível, passa-se a tecer algumas considerações sobre o que foi dito até o momento.

Primeiramente, a Unilever alega que a campanha publicitária exibida pela Heinz seria omissiva, uma vez que não teriam sido veiculadas as fontes que atestassem a liderança mundial da competidora. Contudo, conforme visto no presente trabalho, para uma publicidade ser considerada omissa ela deve omitir dado essencial que, para a doutrina, seria aquele “que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.⁷⁶

Ainda sobre esse tipo de publicidade, ela decorreria “da omissão de características estreitamente ligadas às publicitadas e que as anulam ou que constituem desvantagens significativas relacionadas com a qualidade que se promove”.⁷⁷ Ora, é evidente que se os estudos comprobatórios da liderança da Heinz tivessem sido exibidos na publicidade, restaria comprovado que a Heinz é de fato a

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 332.

⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Arthur Narciso de. Publicidade enganosa por omissão: aspectos comparativos do direito luso-brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_210.pdf. Acesso em: 15 jul. 2023.

líder mundial de ketchups, o que não viria a anular ou caracterizar desvantagem a expressão “O Ketchup mais vendido do mundo” utilizada na campanha.

Nesse sentido, é provável que se o consumidor tivesse conhecimento dessa comprovação, isso não faria com que ele não materialize o negócio de consumo, muito pelo contrário, apenas viria a trazer mais confiabilidade ao consumidor. Logo, a inclusão de tal fonte de pesquisa só viria a influenciar de maneira positiva a publicidade veiculada pela empresa e o processo decisório do consumidor, o que não parece suficiente para caracterizar a suposta enganiosidade como omissiva, pois sua ausência não induz o consumidor a erro.

É certo que a Heinz, ao juntar voluntariamente nos autos do processo estudos e certificações, conseguiu demonstrar a veracidade da afirmação que estava veiculada em suas publicidades, tendo sido decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e ratificado pelo STJ, que isso já seria suficiente para não se exigir a veiculação dessas pesquisas nas campanhas publicitárias que chegam aos consumidores. Sobre esse ponto, concorda-se com o entendimento firmado.

No caso em análise, a manutenção da difusão dessa hipérbole publicitária mensurável nas publicidades da Heinz, sem o acompanhamento de fontes que a fundamente, não viola os princípios e artigos dispostos no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, os arts. 6º, III, e 31 do CDC, versam sobre os direitos do consumidor de receber informações adequadas, corretas e precisas sobre as características de produtos ou serviços anunciados.

Tem-se que a informação dirigida ao consumidor, de que o Ketchup vendido pela Heinz era o “mais consumido do mundo” se mostrava suficientemente enquadrada nos termos exigidos nos artigos supracitados. Além disso, resta demonstrado que esse entendimento respeita o princípio da veracidade, uma vez que a informação veiculada nas publicidades era honesta e condizente com a realidade do produto.

Nesse caso, em que decidiu-se pela legalidade do *puffing* da Heinz, e em outros que veiculem uma campanha publicitária que se utiliza do *puffing* publicitário mensurável sem a fonte, caberá ao consumidor, que estiver em dúvida acerca da enganiosidade ou não da informação veiculada, questionar a empresa anunciante que, nos termos do princípio da transparência, deverá “manter, em seu poder, para

informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”, tal como foi feito pela Heinz. Sobre esse tópico, Fabrício Germano dispõe que:

Pode-se afirmar que o fornecedor-anunciante, ao realizar determinados testes em seus produtos ou serviços, e utilizar os dados e resultados obtidos nesses testes como fundamentação de uma peça publicitária, tem a obrigação de manter em seu poder essas informações, para que sejam repassadas aos legítimos interessados que as solicitarem, para fins de comprovação do conteúdo da mensagem publicitária.⁷⁸

Portanto, diante dessa situação, em que existe dúvida do consumidor quanto à veracidade da informação ou do anúncio ao qual foi exposto, sendo ele o polo mais vulnerável da relação consumerista, não recairá sobre ele o ônus de investigar se o que está sendo afirmado pelo anunciante sobre o seu produto ou serviço é enganoso ou não, pois é de responsabilidade do fornecedor do anúncio demonstrar ao consumidor interessado a veracidade das afirmativas veiculadas que foram questionadas,⁷⁹ nos termos do princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor, disposto no art. 38 do CDC.

4.1.2 “Heinz, melhor em tudo o que faz”

No que se refere à hipérbole publicitária “Heinz, melhor em tudo o que faz”, a empresa autora, Heinz, argumenta que não existiria ilicitude na expressão, uma vez que a empresa teria tomado essa afirmação como um mote empresarial para garantir que todo o processo de fabricação siga controles de qualidade rígidos, e para demonstrar aos seus consumidores que o seu produto é premium.

Para a Unilever, que apresentou reconvenção para defender a necessidade de manutenção da decisão do CONAR e a consequente exclusão de tal expressão, a peça publicitária daria a entender que o produto da Heinz apresentaria, de forma enganosa, suposta superioridade em relação aos produtos concorrentes. Nesse sentido, apresentou pesquisa na qual alega que teria sido demonstrado a paridade entre o ketchup Hellmann’s e Heinz, nas métricas: opinião, cor, sabor, consistência

⁷⁸ ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 164.

⁷⁹ ALVIM, Thereza. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

em geral e outros atributos, que, para a empresa ré, seriam atributos objetivos e passíveis de medição do consumidor.

Portanto, para a empresa ré, a Heinz teria violado o art. 37 do CDC, de maneira comissiva, ao veicular a informação de que seria a “melhor”, o que para a Unilever não corresponderia com a realidade e, além disso, de forma omissiva, por não indicar qualquer parâmetro, fonte ou critério que pudessem comprovar a assertiva veiculada.

Conforme visto anteriormente neste trabalho, e diferentemente do que é arguido pela Unilever, estamos diante de um claro *puffing* publicitário subjetivo, que por óbvio não pode ser comprovado ou mensurado por qualquer mecanismo científico, na medida em que a análise de qual seria a melhor cor, consistência e sabor depende da percepção individual (relacionada aos hábitos alimentares, cultura, paladar e experiências) de cada consumidor que pensa em adquirir o produto. Ademais, são diversos os critérios que fazem com que um produto seja caracterizado como sendo o “melhor” para determinado consumidor, é claro que a publicidade pode vir a influenciar de certa forma a escolha do consumidor, porém, a quantidade, qualidade e custo benefício são fatores que pesam mais para o consumidor no momento de adquirir um produto.

Portanto, no que se refere à hipérbole publicitária em debate, não há o que se falar em violação ao art. 37 do CDC, uma vez que ela, justamente por possuir essa característica subjetiva e depender de uma análise individual, não é capaz de tornar um anúncio enganoso, pois não possui aptidão de induzir o consumidor a erro. Nesse sentido, por apresentar conteúdo manifestamente exagerado e não se sujeitar ao controle de enganabilidade, não entra em debate aqui a aplicação dos princípios reguladores da atividade publicitária, já que não há que se falar em comprovação de veracidade da hipérbole e necessidade de vinculação do que foi anunciado. Nesse sentido:

Como tais afirmações dependem de uma avaliação crítica (ou não) subjetiva de cada consumidor, fica difícil, senão impossível, atribuir de fato a possibilidade da prova da verdade da afirmação. Afinal, gosto é difícil de discutir. Por isso que a doutrina dá certo desconto para o exagero.⁸⁰

⁸⁰ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 191.

Importante ressaltar, contudo, que, para ser lícita, a hipérbole publicitária deve ser minimamente verídica, uma vez que o fornecedor exalta qualidades já existentes no produto anunciado.⁸¹ Dessa forma, se a Heinz anuncia ser o melhor nos produtos e serviços que disponibiliza o mercado, espera-se um mínimo de verdade dela, ou seja, os seus produtos devem ser, pelo menos, de qualidade razoável, ainda que não comprovadamente o “melhor”.⁸² Nesse sentido, Herman Benjamin disciplina que:

Anúncios exagerados que não sejam capazes de medição objetiva (“um produto maravilhoso”) ou que não possam ser levados a sério (“Esso põe um tigre no seu carro”) não são considerados enganosos, “desde que os seus produtos não sejam de tão má qualidade ou sem valor ao ponto de cobrir de inexatidão os termos”.⁸³

Tendo em vista a utilização do superlativo “melhor”, estamos diante de uma publicidade com cunho comparativo implícito, porém, conforme já demonstrado no presente artigo, esse tipo de publicidade não extrapola os limites do que é permitido, uma vez que não denigre a imagem de concorrentes ou gera confusão entre os produtos ou serviços comparados. Sobre esse ponto, ocorreram alguns debates no decurso do processo, como será visto a seguir.

Em face da decisão que indeferiu o pedido de tutela feito na reconvenção da Unilever, referente ao pleito de proibição da veiculação do slogan “Melhor em tudo que faz”, a Unilever interpôs Agravo de Instrumento.⁸⁴ Inicialmente, o relator do caso concedeu a tutela pleiteada no agravo, para determinar que a Heinz se abstivesse de utilizar o slogan “Melhor em tudo o que faz” em sua publicidade, pois ela não teria trazido provas acerca da assertiva e, “sem demonstração da sua superioridade em

⁸¹ Lucia Ancona Lopez traz caso de publicidade que anunciava “bracelete de ouro 18 K por apenas R\$ 2,99”, no qual o TJSP confirmou a publicidade enganosa, já que o produto não era de ouro 18 K, mas apenas “banhado” a ouro, não se podendo sequer alegar, conforme voto condutor, “*puffing* ou exagero das qualidades do produto”. Segundo ainda o voto vencedor, em embargos infringentes, “tratou-se mesmo de intenção deliberada em fazer incidir em erro, enganar. Prática que deve ser excretada, sem titubeio” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Emb. Infr. 0142528-05.2010.8.26.0100/50000**. Relator: Des. Fermino Magnani Filho. Julgado em: 29 set. 2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX8SBWG0000&processo.foro=14&processo.numero=0142528-05.2010.8.26.0100>. Acesso em: 22 ago. 2023.).

⁸² DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

⁸³ OPPENHEIM *et al.*, 1983 *apud* GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 330.

⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0172476-93.2013.8.26.0000**. Agravante: Unilever Brasil LTDA. Agravado: Heinz Brasil S. A. Relator: Maia da Cunha. Julgado em: 10 out. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI001XXKJ0000>. Acesso em 22 ago. 2023.

relação aos concorrentes, o consumidor pode ser induzido a erro quanto a esta qualidade”.⁸⁵

Posteriormente, o TJSP negou provimento ao agravo da Unilever, por entender que a expressão analisada não ultrapassaria os limites aceitáveis em matéria de publicidade comparativa, uma vez que, além de se caracterizar como um mero *puffing*, não causaria danos à imagem do produto de outrem. Por fim, o acórdão ressaltou que a utilização dessa hipérbole publicitária seria “um convite aos consumidores de um e outro ketchup, para, escolhendo, emitirem opinião voltada a sua preferência, mesmo porque não cabe cogitar de que uma ou outra afirmação encerram uma verdade absoluta”.⁸⁶

Na mesma linha do acórdão mencionado acima, a sentença do processo de origem destacou que a referida expressão publicitária não pode ser lida pelos consumidores ao pé da letra, uma vez que o consumidor médio não seria inocente a ponto de apreender a informação fornecida em “melhor em tudo o que faz” como verdade absoluta, até porque o termo “melhor” dependeria do ponto de vista de quem aprecia o produto. Dessa forma, a sentença determinou que não há qualquer conduta ilícita na utilização da frase, uma vez que a Heinz apenas ressalta a qualidade de seus produtos. Embora a Unilever tenha apelado, o TJSP manteve o entendimento firmado na sentença.

Diante desse cenário, nas razões do seu REsp a Unilever alegou, entre outras coisas, que ao proferir o acórdão da apelação, o Tribunal de origem violou o art. 37 do CDC ao reafirmar a regularidade da campanha publicitária. O STJ, acompanhou o entendimento das instâncias originárias e não proveu o REsp da recorrente, por entender que a frase em discussão não é passível de avaliação objetiva e advém de uma crítica subjetiva e pessoal do consumidor com relação ao produto. Ainda, nos termos do voto do Ministro:

Não é razoável proibir o fabricante ou prestador de serviço de se autoproclamar o melhor naquilo que faz, mormente porque esta é a auto avaliação do seu produto e a meta a ser alcançada, ainda mais quando não há qualquer mensagem depreciativa no tocante aos seus

⁸⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0172476-93.2013.8.26.0000**. Agravante: Unilever Brasil LTDA. Agravado: Heinz Brasil S. A. Relator: Maia da Cunha. Julgado em: 10 out. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI001XXKJ0000>. Acesso em 22 ago. 2023.

⁸⁶ *Ibid.*

concorrentes. Além disso, a recorrente, em sua argumentação, realiza uma excessiva infantilização do consumidor médio brasileiro, como se a partir de determinada peça publicitária tudo fosse levado ao pé da letra, ignorando a relevância das preferências pessoais, bem como a análise subjetiva de custo-benefício. [...] não há, na expressão veiculada nas propagandas da recorrida, nenhuma depreciação aos produtos de suas concorrentes, apenas exortação ao seu próprio, o que não é vedado pela legislação brasileira.⁸⁷

De forma específica e correta, o relator do caso, Ministro Marco Buzzi, entendeu, portanto, que não se caracteriza publicidade enganosa nem concorrência desleal a utilização da assertiva publicitária "melhor em tudo que faz", sendo lícito o seu uso "tendo em vista caracterizar-se como puffing, mero exagero tolerável, conduta amplamente aceita no mercado publicitário brasileiro e praticada pela própria recorrente".⁸⁸

4.1.3 “A verdadeira maionese”; “O verdadeiro ketchup”; “O bom de verdade”

Durante o percurso do processo analisado, como uma forma de enfraquecer os argumentos da trazidos pela concorrente, a Heinz ressaltou em sua réplica que a Unilever tem utilizado há muitos anos expressões enganosas como “Hellmann’s, a verdadeira maionese” e, no caso da sua linha de *ketchups*, “o verdadeiro *ketchup*” e “o bom de verdade”.

Em sua defesa, a Unilever alegou que os seus dizeres publicitários seriam *puffings* permitidos, uma vez que o consumidor final não acreditaria que todos os outros produtos concorrentes seriam falsos.

Foi reconhecido pelas instâncias originárias que, assim como a expressão analisada acima “Heinz, melhor em tudo o que faz”, as hipérboles utilizadas pela Unilever e trazidas na discussão pela Heinz, também apresentam um claro caráter jocoso e subjetivo que não seria levado ao pé da letra pelos consumidores. Nesse sentido, a sentença esclareceu que nenhum consumidor, ao se deparar com as afirmativas publicitárias da Unilever, irá interpretar de forma extremista que as demais

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.759.745/SP**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 28 fev. 2023. Publicação no DJe: 29 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=181500989®istro_numero=201800017630&peticao_numero=&publicacao_data=20230329&formato=PDF. Acesso em 18 ago. 2023.

⁸⁸ *Ibid.*

maioneses ou ketchups do mercado são falsos ou que os outros não possuem sabor como o seu ou ainda que é o único produto bom no mercado.

No STJ, o Ministro Buzzi questionou a incoerência da Unilever, que utiliza largamente do mesmo recurso publicitário (*puffing*) na divulgação de seus produtos e, ao mesmo tempo, alega lesão quando a Heinz veicula campanhas nos mesmos termos. Dessa forma, o Ministro votou nos seguintes termos:

Constata-se a utilização, pela insurgente, de modo reiterado de claims tão ou mais agressivos do que os da recorrida, os quais são apontados como ilícitos a ensejar indenização. Tal conduta viola a boa-fé objetiva, em seu conceito parcelar de vedação ao comportamento contraditório, tendo em vista não ser razoável exigir a abstenção de um comportamento similar ao por si praticado. [...] não sendo razoável a Unilever exigir que a Heinz pare de veicular anúncios com técnicas publicitárias de exagero da mensagem utilizadas pela própria recorrente.⁸⁹

Para o relator, caso fosse aplicada a lógica errônea apresentada pela Unilever, suas peças publicitárias também seriam ilícitas, porque ao denominar seu produto como "verdadeiro" estaria apontando os dos concorrentes como falsos, a possibilitar a mesma pecha de publicidade enganosa e concorrência desleal.

4.2 O caso Madero X Burger King

4.2.1 “O Melhor hambúrguer do mundo”

Assim como no processo mencionado acima, uma disputa estabelecida entre o Burger King e o Grupo Madero, envolvendo a utilização da técnica do *puffing* publicitário, publicidade enganosa e concorrência desleal, chegou ao STJ recentemente.

Nesse caso, o Burger King ajuizou uma ação contra o Madero,⁹⁰ pleiteando que o Madero não utilizasse mais a expressão “O melhor hambúrguer do mundo” em

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.759.745/SP**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 28 fev. 2023. Publicação no DJe: 29 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=181500989®istro_numero=201800017630&peticao_numero=&publicacao_data=20230329&formato=PDF. Acesso em 18 ago. 2023.

⁹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n. 1121538-63.2016.8.26.0100**. Requerente: BK Brasil operação e assessoria a restaurantes S. A. Requerido: Restaurante Madero Vila Olímpia Ltda. Relatora: Daniela Dejuste de Paula. Última movimentação: 25 set. 2023. Disponível em:

seus materiais publicitários e na fachada de seus restaurantes. A autora alegou que essa expressão caracterizaria publicidade enganosa, já que, embora existissem métricas passíveis de identificar o melhor hambúrguer, a publicidade não estaria acompanhada de qualquer apontamento sobre dados técnicos, fáticos ou científicos aptos a atestar a afirmação. Defendeu, ainda, que a técnica do *puffing* não estaria presente no caso, sendo totalmente crível aos olhos do consumidor acreditar que de fato aquele produto é o melhor do mundo.

De maneira acertada, e conforme já amplamente discutido no presente trabalho, o Madero argumentou que essa expressão seria inofensiva e lícita, uma vez que se trataria de um *puffing*, no qual as qualidades subjetivas do produto, que não podem ser medidas objetivamente, foram exageradas.

A Magistrada de primeiro grau proferiu decisão que determinou a inversão do ônus da prova, com base no princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor, disposto no art. 38 do CDC, para determinar a produção de prova pericial para que o Madero esclarecesse se, de fato a qualidade de seu hambúrguer seria a "melhor do mundo", e como chegou a esta conclusão.

O Madero então interpôs Agravo de Instrumento⁹¹ em face dessa decisão, para defender a legalidade da expressão utilizada em suas campanhas, a desnecessidade da prova técnica e a inaplicabilidade do CDC ao caso, uma vez que inexistiria relação de consumo entre as partes. O acórdão do agravo afastou a incidência da legislação consumerista, por entender que não existiria relação de consumo que permita sua aplicação, já que o Burger King não é consumidor e sim concorrente que atua no mesmo segmento comercial.

Diante da decisão do Tribunal, o Burger King interpôs Recurso Especial,⁹² alegando que o direito consumerista deveria ser utilizado, mesmo que ausente a

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000NC6X0000&processo.foro=100&processo.numero=1121538-63.2016.8.26.0100>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2024414-04.2018.8.26.0000**. Agravante: Restaurante Madero Vila Olímpia Ltda. Agravado: BK Brasil operação e assessoria a restaurantes S. A. Relator: Fortes Barbosa. Julgado em: 17 maio 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI004ESVQ0000>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.866.232/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 21 mar. 2023. Publicação no DJe: 23 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=182227761®istro_numero=201900824512&peticao_numero=&publicacao_data=20230323&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.

relação de consumo entre as partes, para proteger o consumidor da suposta publicidade enganosa praticada pelo Madero. Embora a discussão desse REsp não tenha sido fundamentada na enganabilidade ou não do *puffing* veiculado pelo Madero, o STJ, por meio do voto do relator Sanseverino, afastou o ônus de prova imposto ao Madero para provar que possui o melhor hambúrguer do mundo como se fosse uma afirmação literal e não um exagero publicitário.

O mérito da demanda continuará em discussão nos autos principais do TJSP e haverá novos desdobramentos acerca da legalidade da expressão publicitária utilizada pelo Madero. Dessa forma, espera-se que o juízo de primeiro grau profira decisões que estejam em consonância com o entendimento firmado acerca da expressão “Heinz, melhor em tudo o que faz” analisada acima, uma vez que a publicidade veiculada pelo Madero também se trata de *puffing* subjetivo de impossível medição, não havendo o que se falar em enganabilidade e, portanto, em apresentação de fontes que comprovem o que foi afirmado pela empresa.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a importância e a ausência de normas específicas que regulamentem o tema, o presente trabalho buscou compreender o *puffing* publicitário que, como visto, se trata de um recurso publicitário amplamente utilizado na publicidade, que se vale de expressões exageradas para exaltar as qualidades do produto ou serviço que está sendo anunciado ao consumidor. Desse modo, estudou-se essa técnica à luz do CDC para analisar os aspectos jurídicos que permeiam a legalidade da utilização dessa técnica publicitária no Brasil.

A pesquisa realizada demonstrou que o entendimento doutrinário é no sentido de que o *puffing* publicitário é um recurso legal, na medida em que os anúncios que se utilizam dele permaneçam na esfera subjetiva e individual do consumidor, devendo o exagero ser evidente e incapaz de instigar o consumidor a erro. Por outro lado, se a hipérbole publicitária utilizada puder ser aferida objetivamente, e for alvo de questionamentos de consumidores, o *puffing* estará sujeito aos princípios dispostos no CDC, isto é, à análise da enganiosidade.

Analisando os casos estudados neste trabalho, foi possível perceber que os entendimentos doutrinários estão sendo aplicados pelas cortes originárias e superiores. Em Heinz X Unilever, o STJ reconheceu expressamente o *puffing* como sendo um recurso lícito no meio publicitário, tendo em vista a fácil compreensão do exagero de qualidades conferidas ao produto ou à marca. Portanto, para o Tribunal Superior, o *puffing* não seria capaz de tornar o anúncio enganoso, estando a critério de cada indivíduo avaliar as qualidades do produto anunciado.

Já no caso Madero X Burger King, foi possível perceber que, embora a discussão que chegou ao STJ até o momento não tenha sido fundamentada na enganiosidade ou não do *puffing* veiculado pelo Madero, o afastamento do ônus de prova imposto ao Madero para provar que possui o melhor hambúrguer do mundo demonstra a tendência da Corte Superior em analisar o *puffing* como um exagero publicitário e não uma afirmação literal passível de medição. O mérito da demanda, que envolve a legalidade do *puffing* publicitário utilizado pelo Madero, continuará em discussão nos autos principais do TJSP e teremos novos desdobramentos que, diante do debate da temática, provavelmente chegarão ao STJ no futuro.

Diante dessas considerações, é possível concluir que o questionamento apresentado no presente trabalho foi respondido. Isso porque, tendo sido realizado um exame acerca da utilização de expressões exageradas em publicidades, e os aspectos jurídicos que decorrem disso, conclui-se que a jurisprudência e a doutrina brasileira vêm caracterizando o *puffing* como uma técnica publicitária legalmente permitida, devendo apenas observar a subjetividade da hipérbole como elemento fulcral para que ela não esteja sujeita ao princípio da veracidade e ao controle de enganabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fabrício. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.
- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALVIM, Thereza. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.481.124/SC**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em: 7 abr. 2015. Publicação no DJe: 13 abr. 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45275136&num_registro=201304138531&data=20150413&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.866.232/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em: 21 mar. 2023. Publicação no DJe: 23 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=182227761®istro_numero=201900824512&peticao_numero=&publicacao_data=20230323&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.266.937/MG**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 6 dez. 2011. Publicação no DJe: 1 fev. 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&>

sequencial=19559401&num_registro=201101159327&data=20120201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.377.911/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 2 out. 2014. Publicação no Dje: 19 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40624238&num_registro=201202580116&data=20141219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.759.745/SP**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento em: 28 fev. 2023. Publicação no DJe: 29 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=181500989®istro_numero=201800017630&peticao_numero=&publicacao_data=20230329&formato=PDF. Acesso em 18 ago. 2023.

BURGER King responde à concorrência com uso de IA para alavancar marketing. **Exame**, 13 jun. 2023. Disponível em: <https://exame.com/bussola/burger-king-responde-concorrencia-com-uso-de-ia-para-alavancar-marketing/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária**. 2022. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 27 set. 2023.

CAPUCCI, Sebastián. **Publicidad comercial**. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2009.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo: análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

GOMEZ CALERO, Juan. **Los derechos de los consumidores y usuarios**. Madrid: Dykinson, 1994.

GARCIA, Talita N.; SANTOS NETTO, Luiz Cassio dos. **Atividade publicitária no Brasil: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Almedina, 2021.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MALAGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 4. ed. São Paulo: Edima, 1987.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. São Paulo: RT, 2006

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, 1992.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

OLIVEIRA, Josinaldo Leal de. **A responsabilidade dos meios de comunicação pelo conteúdo das mensagens publicitárias**. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2015.

OLIVEIRA NETO, Arthur Narciso de. Publicidade enganosa por omissão: aspectos comparativos do direito luso-brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, 2002.

Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_210.pdf.

Acesso em: 15 jul. 2023.

QUAL o hambúrguer mais icônico do mundo? **McDonald's Brasil**, 25 maio 2023. 1 vídeo (30 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5HmLP_0gXdo. Acesso em: 22 ago. 2023.

SANT'ANNA, Armando; ROCHA JUNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 9. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 0172476-93.2013.8.26.0000**. Agravante: Unilever Brasil LTDA. Agravado: Heinz Brasil S. A. Relator: Maia da Cunha. Julgado em: 10 out. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI001XXKJ0000>. Acesso em 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2024414-04.2018.8.26.0000**. Agravante: Restaurante Madero Vila Olímpia Ltda. Agravado: BK Brasil operação e assessoria a restaurantes S. A. Relator: Fortes Barbosa. Julgado em: 17 maio 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI004ESVQ0000>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Emb. Infr. 0142528-05.2010.8.26.0100/50000**. Relator: Des. Fermino Magnani Filho. Julgado em: 29 set. 2014. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX8SBWG0000&processo.foro=14&processo.numero=0142528-05.2010.8.26.0100>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 1004301-65.2013.8.26.0309**. Requerente: Heinz Brasil S. A. Requerido: Unilever Brasil LTDA. Relator: Dirceu Brisolla Geraldini. Última movimentação: 22 set. 2023. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=8L0000HBR0000&processo.foro=309&processo.numero=1004301-65.2013.8.26.0309>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n. 1121538-63.2016.8.26.0100**. Requerente: BK Brasil operação e assessoria a restaurantes S. A. Requerido: Restaurante Madero Vila Olímpia Ltda. Relatora: Daniela Dejuste de Paula. Última movimentação: 25 set. 2023. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000NC6X0000&processo.foro=100&processo.numero=1121538-63.2016.8.26.0100>. Acesso em: 22 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Grupo GEN, 2022.