

A PUBLICIDADE E O CONSUMIDOR

Ivone Cristina de Souza João

*Professora de Teoria Geral do Processo da
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Desenvolvimento histórico – consumidor e publicidade; 3. Desenvolvimento e críticas ao fenômeno; 4. A visão positiva da publicidade; 5. A economia e a publicidade; 6. A legislação; 6.1. Constituição Federal; 6.2. Legislação anterior ao CDC; 6.3. O Código de Defesa do Consumidor; 7. Informação. Oferta. Marketing. Publicidade; 8. Publicidade; 8.1. Publicidade - espécies; 8.2. Publicidade enganosa; 8.3. Publicidade abusiva; 9. Conclusão.

1 – Introdução

A dinâmica da vida econômica e social e as transformações que se operam especialmente no campo de novas tecnologias fazem surgir novas realidades e situações que repercutem sobre as pessoas e suas relações. Essas situações geram novos problemas e a necessidade de formulação de novos direitos.

Entre os novos direitos que passam a ser reconhecidos pelos sistemas jurídicos atuais, destaca-se o Direito do Consumidor, ou Direito das Relações de Consumo.

Nesta trilha de evolução é que se encontra a declaração dos direitos internacionais do consumidor – 15.03.62 – feita pelo Presidente John Kennedy, da qual constou como direito básico “the right to be informed” (o direito de ser informado).

Ao mesmo tempo a ONU impõe aos Estados filiados uma política firme de proteção aos consumidores (resolução 39/248 - 1985).

Daí o nascimento do Código de Defesa do Consumidor, previsto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, abordando com grande ênfase a publicidade.

Antes disto, a própria Constituição Federal já estabelecia o Direito do Consumidor como direito fundamental.

2 – Desenvolvimento histórico – Consumidor e Publicidade

Embora considerado como fundamental o Direito do Consumidor nem sempre esteve reconhecido em nosso Estatuto Maior, o que nos leva a constatar, em um primeiro momento, que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades. Nesta linha de desenvolvimento que o Direito do Consumidor tornou-se fundamental.

A Revolução Industrial, fenômeno iniciado na segunda metade do século XVIII, que significou o aumento potencial da capacidade produtiva das empresas e o início da fabricação em série e a revolução tecnológica, fenômeno representado pelo crescente desenvolvimento técnico alcançado depois da 2ª Guerra Mundial, promoveram profundas alterações na sociedade.

A publicidade acompanhou essa evolução. Conforme **Adalberto Pasqualotto**: “O surgimento da publicidade remonta à metade do século passado. Naquela época ela era basicamente uma comunicação informativa entre vendedor e comprador. As relações entre ambos eram fundadas no conhecimento pessoal e na confiança, a publicidade refletia o conceito de seriedade e honestidade de que desfrutava o vendedor, assumindo um caráter de garantia de qualidade da mercadoria e conveniência de sua aquisição” (1997, p. 28).

A evolução tem um marco importante, portanto, no início da revolução, onde ainda destacava-se o consumo baseado na produção artesanal, passando-se pela Revolução Industrial, com o surgimento da classe operária, na qual podemos perceber a difusão do capitalismo e a conseqüente competição de mercado, chegando-se ao consumo e produção em massa.

A antiga elaboração manual e artesanal dos produtos foi convertida em exceção e o mercado tornou-se destinatário de uma enormidade de produtos fabricados em série. A fabricação em série, por sua vez, acentuada pela revolução tecnológica, promoveu uma crescente desindividualização do produto e do consumidor e, conseqüentemente, fazendo nascer a publicidade como instrumento de vendas – oferta em massa para abraçar a produção em massa.

Porém, a publicidade passa a ter maior importância nesta linha evolutiva somente a partir da segunda metade do século XIX, quando surge o movimento consumista, buscando melhor qualidade de vida, ao lado dos movimentos sindicalistas que lutavam por melhores condições de trabalho.

Com as conquistas no campo trabalhista o consumidor passa a ter maior tempo para o lazer e, automaticamente, se expõe mais à publicidade. Este o pensamento de **Maria Luiza de Saboia Campos** ao escrever que “É nas horas de lazer que o consumidor se expõe com maior intensidade aos efeitos da publicidade” (1996, p. 205).

Portanto, o consumo da cultura de massas se registra em grande parte no lazer moderno, na medida em que o homem começa a ter mais tempo para o lazer (diretamente relacionado com os direitos obtidos no campo trabalhista, com a redução da jornada de trabalho e o descanso semanal). Daí a importância dos movimentos sindicalistas na publicidade, que colaboraram não só para possibilitar um tempo de repouso e recuperação, mas também um tempo de consumo.

E, para concluir, temos que as mudanças de mercado, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, exigiram da publicidade uma nova função: a de orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda.

3 – Desenvolvimento e críticas ao fenômeno

Grandes polêmicas surgem quando se tenta julgar o quanto são positivas ou negativas as influências da cultura de massas, da publicidade e do *marketing*.

Fabio Konder Comparato constata que a Revolução Industrial não deu origem apenas à produção em massa, mas também à CULTURA DE MASSAS, notadamente explorada pelos meios de comunicação (Revista de Direito Mercantil n°s 15/16, julho/setembro de 1990, p. 92).

Edgar Morin escreve sobre o assunto e define cultura como "... um corpo complexo de normas, símbolos, mitos e imagens que penetram o indivíduo em sua intimidade, estruturam os instintos e orientam as emoções" (1975, p. 10).

Trata-se, segundo o autor, "de um sistema de projeções e identificações, ao qual se acrescentam valores nacionalistas, humanistas, religiosos, raciais, éticos e morais (...). A orientação consumidora destrói a autonomia e a hierarquia estética próprias da cultura cultivada" (p. 13).

Conclui, o mesmo autor, dizendo que a industrialização, no decorrer do século XX, tem se processado nos sonhos e nas imagens, penetrando na grande reserva que é a alma humana (pp. 9-12).

É a indústria cultural voltada para a produção de valores e padrões estéticos orientados para o consumo em massa. "O entrelaçamento da cultura de massas com a publicidade (...) é inquestionável como fato detectável nos filmes (...) revistas e jornais, ou mesmo os *outdoors* e luminosos nas ruas" (Maria L. de Saboia Campos, 1996, p.206).

Tarso Genro relaciona o efeito negativo da publicidade ao aumento da criminalidade: "A classe média está cansada de ser provocada a consumir o que não necessita, e os assalariados pobres estão exaustos de serem instados a comprar o que necessitam e não podem. Eis um dos maiores impulsos à criminalidade na sociedade atual, que fabrica o delito ao concentrar renda e, ao mesmo tempo, estimular o consumo impossível" (Crise da Democracia e do Estado, Zero Hora - 28.09.95).

João Batista de Almeida diz que "a publicidade deixou de ter um papel meramente informativo para influir na vida do cidadão de maneira tão profunda, a ponto de mudar-lhe hábitos e ditar-lhe comportamentos. Trata-se de instrumento poderosíssimo de influência do consumidor nas relações do consumo, atuando nas fases de convencimento e de decisão de consumidor. Isto em decorrência da cultura de massas instalada pela exploração dos meios de comunicação" (1993, p. 85).

Fábio Konder Comparato, ainda, traça o quadro dramático que se vê submetido o consumidor: "o consumidor, vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, dócil objeto da exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência. Compra um objeto ou paga por um serviço, não porque a sua marca atesta a boa qualidade, mas simplesmente porque ela evoca todo um reino de fantasias ou devaneio de atração irresistível" (Apud João Batista de Almeida, 1993, p. 85).

Hermano Duval diz que “é um fato notório que a mensagem publicitária vai, hoje, além da mera informação. Em uma primeira etapa, ela informa; na segunda, sugestiona e, na terceira, ela capta em definitivo o consumidor, o que importa numa violação ao princípio da liberdade de pensamento” (Apud João Batista de Almeida, 1993, p. 85).

Para concluir, um estudo realizado em 1985, constata as implicações socioculturais da propaganda, ressaltando que os conceitos perdem sua representação lingüística autêntica, juntamente com a identidade cultural de um povo. Tem-se então a palavra como ordenamento e órgão organizador de idéias, induzindo as pessoas a fazerem coisas, a comprarem, a aceitarem para se sentirem integradas ou não a uma determinada sociedade.

“Ontem importava saber o que a opinião pública queria; hoje importa decidir o que ela deve querer”.

4 – A visão positiva da publicidade

Nem todos demonstram-se contrários à publicidade; ao contrário, há muitos autores que a destacam justamente como algo benéfico ao consumo.

Um destes autores é **Mauro Salles** quando diz que a arma utilizada pela revolução consumista foi exatamente a comunicação. Encara a publicidade como parte integrada no caudal da comunicação, lidando com o *outdoor*, com as grandes mídias. Salienta o caráter semiótico da publicidade e nota que “o anúncio lida com símbolos. Símbolos que traduzem idéias, símbolos que representam produtos, marcas etc.” (Apud, Maria Luiza S. Campos, 1996, p. 208).

Deste lado, **Maria Luiza de Saboia Campos** diz que “Tal visão integrada ao sistema capitalista permite encará-lo não mais como um monstro capaz de engolir o próprio homem, mas com senso crítico, ciente das enormes distorções e contradições a serem corrigidas na busca de uma melhor qualidade de vida e harmonia no convívio social (...). Não é negando o poder da publicidade e o quanto ela pode interferir negativamente no livre-arbítrio do indivíduo ou das massas que se vai solucionar os tantos riscos e danos que dela advêm à saúde, à segurança e ao patrimônio do consumidor, quando utilizada para além das margens da licitude e da ética” (1996, p. 208).

Ainda, entre os que ressaltam as virtudes da comunicação, encontramos o **Papa Paulo VI** que diz que “a importância da publicidade na sociedade moderna é cada vez maior. Por toda a parte faz sentir a sua presença de maneira que não podemos escapar à sua influência. É certo que pode prestar múltiplos benefícios: informa os compradores sobre gêneros e serviços que se encontram no mercado; promove uma maior distribuição dos produtos, contribuindo assim para o que não pode deixar de reverter em bem de todo o povo. Benefícios aceitáveis, contanto que se respeitem duas condições: liberdade de escolha e não se saia da verdade própria deste tipo de comunicação” (Apud Maria Luiza de Saboia Campos, 1996, p. 209).

Portanto, diante destas colocações podemos constatar que os efeitos da publicidade surtem admiradores e debatedores. Aqueles que defendem acreditam que a publicidade gera

efeitos que estimulam o consumo e contribuem para o aumento da produção; os que são contrários a estes efeitos, consideram que a publicidade acarreta um enorme desperdício de recursos materiais, além de persuadir o consumidor, lhe retirando a consciência.

Pensamos que o ideal é atingir um equilíbrio entre as posições antagônicas, já que a publicidade é imprescindível para a existência do próprio capitalismo e é através dela que se cria um elo entre o fornecedor e o consumidor, possibilitando que se conheçam.

Assim, para se atingir o sugerido equilíbrio é que **Maria Luiza de S. Campos** diz que “deve-se, sim, estimular o consumo consciente e crítico dos produtos e desse tipo de postura que virão os reais benefícios de um maior equilíbrio social, visto que os fornecedores se preocuparão mais com a qualidade de seus produtos e utilizarão a publicidade para informar o consumidor sobre as formas seguras e garantidas de ele satisfazer suas necessidades (...). A repercussão das técnicas publicitárias no direito são importantes. Em vista do seu indissociável intento persuasivo, a publicidade busca entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real, que é o elemento nuclear da autonomia privada. Contudo, em que pesem as distorções provocadas, a publicidade, como bem observa Guido Alpa, é um verdadeiro emblema da sociedade de consumo, formando com ela um binômio indissolúvel. Portanto, não é o caso de excluí-la, mas de controlá-la”.

E conclui, “Os princípios da honestidade, transparência, veracidade e boa-fé devem imperar no processo que envolve a oferta e a venda, para que o consumidor decida sobre bases válidas e eficazes” (1996, p. 211).

5 – A economia e a publicidade

A história da publicidade está entrelaçada com o desenvolvimento da economia; afinal, publicidade é toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover uma atividade econômica. Com a publicidade os industriais libertaram-se da intermediação dos comerciantes e passaram a ditar a preferência das compras.

Adalberto Pasqualotto diz que “a publicidade é um subproduto inerente à sociedade capitalista. Portanto o seu papel econômico é fundamental, não só pela velocidade que imprime à produção e distribuição de mercadorias, como também porque, ela, em si mesma, é uma força econômica significativa” (1997, p. 31).

No plano jurídico a relação também se faz presente já que encontra-se instituída a democracia calcada na liberdade de mercado e na liberdade de expressão.

Neste momento, no entanto, esbarramo-nos com a dificuldade de estabelecer uma distinção entre os direitos da personalidade do consumidor e a liberdade de expressão comercial.

Onde começariam e terminariam, uns em relação aos outros?

Guido Alpa diz que a mensagem publicitária não pode ser considerada manifestação de opinião ou de pensamento, sendo apenas um momento da atividade produtiva da empresa (Apud Adalberto Pasqualotto, 1997, p. 66).

Já, para os que aceitam a publicidade como forma de expressão, pareceu útil estabelecer o paralelo entre a liberdade e os seus limites.

José Carlos Barbosa Moreira diz que “a liberdade de criação artística e de difusão de idéias e conhecimentos não é absoluta; obrigatoriamente há de respeitar outras liberdades e direitos também consagrados na Lei Maior. Aliás, nenhuma liberdade é, nem pode ser, absoluta: o ordenamento jurídico constitui, tem de constituir sempre, a expressão de um compromisso entre solicitações divergentes de proteção a valores suscetíveis de contrapor-se uns aos outros. (1995, p. 287)

Acompanhando, **Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi** diz ser preciso lembrar que não existe, no estado de Direito, liberdade fora ou acima do direito. A liberdade, para a autora, é sempre exercida dentro dos limites jurídicos: “Ora, não existe exercício de direito ou garantia, ainda que consagrado pela Constituição, que seja ilimitado. Se a liberdade de expressão é garantia básica do Estado de Direito, não se pode dizer que ela é incondicionada, pois a própria Carta garante o direito à intimidade, à imagem, etc.” Por isso conclui, “portanto, o exercício da liberdade depende intimamente do atendimento àquilo que a norma, como um todo, permite, quer dizer, o extenso rol de direitos e garantias constitucionais devem ser exercidos de forma conjugada e direcionada à preservação da integridade do indivíduo” (1999, p. 75).

6 – A legislação

6.1 – A Constituição Federal

A Constituição Federal, como lei suprema do ordenamento jurídico, reproduz os princípios fundamentais e os garante através dos direitos básicos e fundamentais provenientes destes princípios.

Para **Cármem Lúcia Antunes Rocha**, “Constituição é a lei sublimada. Quando um direito é declarado ou constituído por esta lei-mãe, ele adquire conteúdo dotado de vigor superior aos demais e contornos envolvidos por garantias fundamentais no plano jurídico-positivo” (1993, p. 50).

O artigo 1º da Constituição Federal deixa evidente esta preocupação, ao afirmar o Estado Democrático de Direito apoiado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. É justamente este Estado Democrático que está destinado a assegurar o direito à igualdade, direito à vida, à honra, liberdade e defesa dos consumidores, dentre outros, como valores supremos da sociedade.

Para tanto, é a própria Lei Maior que vai encarregar um dos três poderes, qual seja, o Poder Judiciário, de garantir a efetividade desses direitos, aplicando-os aos casos concretos, sempre que concretamente desrespeitados ou, ao menos, ameaçados .

A partir daí teremos condições de reclamar por todos os direitos e garantias estabelecidos no corpo de todo Estatuto e, especificamente, por aqueles que, de alguma forma, guardam relação com o tema ora abordado.

Assim, apenas para exemplificar, sem pretensão de esgotar, podemos destacar alguns artigos da Constituição Federal que direta, ou indiretamente, estão vinculados a publici-

dade ou, ao menos, à informação. O artigo 3º, em seu inciso IV, proíbe os preconceitos e as discriminações; o artigo 5º, também em seu inciso IV, prevê a liberdade de manifestação do pensamento; já o inciso IX, deste mesmo artigo, garante a atividade artística e de comunicação, e o X determinando a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; ainda neste artigo, temos o inciso XIV, assegurando o direito à informação e, especificamente o XXXII, que estabelece a defesa do consumidor; o inciso XXXIII, menos abrangente, cuida de firmar o direito de receber informações dos órgãos públicos; o inciso XXXV do artigo 5º, diretamente relacionado com os artigos 1º e 2º deste Estatuto, prevê o acesso à justiça e engloba o princípio da inafastabilidade; no artigo 22, XXIX vamos encontrar a competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial; no 37, § 1º, cuida-se da publicidade dos serviços públicos, com a finalidade educativa, informativa e de orientação social; o artigo 170, inciso V, estabelece a ordem econômica, observando a defesa do consumidor; o 215 garante o exercício dos direitos culturais e incentivo a difusão das manifestações culturais; no artigo 216, especificamente, vamos ver que nosso patrimônio cultural é constituído pelas formas de expressão (I), modos de criar, fazer e viver (II) e pelas criações científicas, artísticas e tecnológicas (III); e, enfim, os arts. 220 a 224 vão abordar enfaticamente a comunicação social.

6.2 – Legislação anterior ao Código de Defesa do Consumidor

A legislação anterior em momento nenhum levou em conta o alto poder da publicidade na indução ao consumo em massa e não tinha a preocupação precípua de defender o consumidor.

Até a entrada em vigor do CDC a questão era vista sob o prisma da concorrência desleal e da proteção da propriedade industrial (código de propriedade industrial); regulamentação da atividade publicitária envolvendo profissionais e agências, com enfoque sócio-trabalhista e caráter disciplinar (Lei 4680/65); auto-regulamentação (preocupação corporativa, 1978). Podemos citar também a Convenção da União de Paris, da qual o Brasil é signatário, acentuando, no artigo 10, que os países da União obrigam-se a assegurar proteção efetiva contra a concorrência desleal, devendo especificamente ser proibidas as alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente.

Além destas, podemos citar muitas outras leis que, ainda que indiretamente, preocuparam-se com o assunto, porém, sempre deixando o consumidor em segundo plano.

6.3 – O Código de Defesa do Consumidor

Com a entrada em vigor do Código, enfim, o consumidor passa a ser tutelado satisfatoriamente e reconhecido como a parte mais fraca da relação de consumo, sendo a publicidade uma de suas maiores preocupações.

O quadro abaixo demonstra todos os capítulos e artigos do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR que guardam algum vínculo com os temas da informação e da publicidade, deixando nítida a importância dada ao assunto nesta legislação:

Art. 1º - *O consumidor tem um direito de ordem pública de não ser enganado.*

CAPÍTULO II - DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Art. 4º, IV - *informação e educação de fornecedores e consumidores.*

CAPÍTULO III - DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Art. 6º, III - *direito de informação clara e adequada sobre dados essenciais dos produtos e serviços.*

Art. 6º, IV - *proteção contra a publicidade enganosa e abusiva.*

CAPÍTULO IV - PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA

Arts. 8º e 9º - *informação adequada.*

Art. 10, § 1º - *anúncios publicitários para informar sobre a nocividade de produtos e serviços já colocados no mercado.*

Art. 10, § 2º - *anúncios veiculados na imprensa, rádio e TV.*

Art. 12º - *responsabilidade solidária e objetiva - informação insuficiente ou inadequada de produtos.*

Art. 14º - *responsabilidade objetiva do fornecedor e excludentes - informação insuficiente e inadequada de serviços.*

Art. 18º - *vícios de informação.*

Art. 19º - *responsabilidade solidária de fornecedores - vícios de quantidade do produto - demonstrado em mensagem publicitária.*

Art. 20º - *vícios de qualidade - serviço veiculado em mensagem publicitária.*

CAPÍTULO V - DAS PRÁTICAS COMERCIAIS

Art. 29 - *equipara ao consumidor todas as pessoas sujeitas às práticas comerciais.*

Arts. 30 a 33 - *publicidade na oferta.*

Art. 35 - *impõe o cumprimento da oferta, apresentação ou publicidade.*

Arts. 36 a 38 - *regulam a publicidade.*

Arts. 39 a 44 - *divulgação*.

CAPÍTULO VI - DA PROTEÇÃO CONTRATUAL

Art. 48 - *manda cumprir o escrito - vinculação do fornecedor*.

Art. 55 - *fiscalização e controle da publicidade (União, Estados e Municípios - competência concorrente)*.

CAPÍTULO VII - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Arts. 56 a 60 - *penalidades administrativas - contrapropaganda*.

TÍTULO II - INFRAÇÕES PENAIS

Arts. 63 a 84.

Como se vê, não passou despercebida a importância da informação de um produto ou de um serviço, bem como da publicidade, como uma das formas de informar.

Júlio Zapata, em artigo intitulado “*Em defesa dos direitos do consumidor*”, publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, em 27.08.91, notou que mais da metade dos artigos normativos inseridos no CDC – 44 num total de 80, excluindo os que têm finalidade de regular os aspectos processuais – mencionam a palavra informação.

7 – Informação. Oferta. Marketing. Publicidade

O termo informação é mais amplo do que o termo publicidade e tem por finalidade acompanhar um produto ou um serviço, a fim de que o público consumidor seja bem informado sobre todas as características importantes daquele produto ou daquele serviço.

A informação é obrigatória e deve, portanto, estar presente em todos os produtos e serviços.

Já a oferta, na sociedade de consumo, equivale ao *marketing* que, por sua vez, é gênero da espécie publicidade e tem caráter vinculativo, devendo corresponder exatamente a expectativa.

O *marketing* faz parte das práticas comerciais, ao lado das práticas produtivas, também previstas no CDC.

Assim, simplificando, o Código de Defesa do Consumidor cuida das práticas produtivas e das práticas comerciais. As práticas produtivas envolvem a criação de produtos e serviços, enquanto que as comerciais equivalem a fase pós-produção, envolvendo um conjunto de atividades através das quais os produtos e serviços fluem do produtor para o consumidor final; são todos os mecanismos, técnicas e métodos que servem direta ou indiretamente ao escoamento da produção.

O marketing, como espécie de prática comercial, pode ser realizado de diversas formas e uma delas é a publicidade, com a qual se ocupa o CDC.

8 – A publicidade

A publicidade é o principal meio de informação pré-contratual. O fornecedor não está obrigado por lei a anunciar seus produtos, só de informar corretamente. Portanto, a publicidade, diferente da informação, é um direito e não um dever (com exceção das hipóteses previstas de contrapropaganda).

O fornecedor, para fazer publicidade, deve respeitar a principiologia do Código. Os princípios a ser respeitados incluem os gerais, envolvendo toda e qualquer relação de consumo (arts. 6º e 7º do CDC) e os específicos da publicidade, previstos a partir do artigo 29, dentre os quais podemos destacar o princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36); princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30); princípio da veracidade (art. 37, § 1º); princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º); princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38).

Os arts. 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor regulamentam a publicidade, proibindo aquelas que forem enganosas ou abusivas. “Isto não invalida o controle da publicidade que vem sendo feito pelo CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil” (Nelson Nery Jr., 1992, p. 66).

Ainda, de acordo com o Prof. **Nelson Nery**, “o CDC não regulou a propaganda (...), mas apenas a publicidade (...). Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta, a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou a utilizar-se do serviço” (Ibid, mesma página).

8.1 – Publicidade – Espécies

O artigo 37 do CDC cuida de duas espécies de publicidade: a enganosa e a abusiva.

A publicidade enganosa, por sua vez, pode ser enganosa por ação ou por omissão.

A propaganda, como vimos no item anterior, não foi objeto de preocupação desta legislação.

8.2 – Publicidade Enganosa

O § 1º do art. 37 do CDC define o que seja publicidade enganosa: “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”.

Ela é enganosa por comissão quando diz algo que não é, quer dizer, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro; é enganosa por omissão quando deixa de dizer algo que é, ou seja, o fornecedor deixa de afirmar algo relevante, e por isso, induz o consumidor a erro.

Conforme nos ensina o mestre **Nelson Nery**, “ Não se exige prova da enganiosidade real; basta a *potencialidade* de engano para caracteriza-se a publicidade como enganosa. O *standard* da enganiosidade varia de categoria para categoria de consumidores, não sendo, portanto, fixo. Para a caracterização da publicidade como enganosa basta a verificação de sua potencialidade ao engodo, sendo desnecessária a pesquisa da vontade – dolo ou culpa – do fornecedor (anunciante, agência ou veículo). O dolo, direto ou eventual, é exigido para a caracterização do *crime* de publicidade enganosa, mas não para a verificação dessa circunstância em seu âmbito civil em sentido amplo, ...” (1992, p. 68).

Portanto, será enganosa toda publicidade que tiver mera potencialidade de enganar, mesmo que o fornecedor não tenha pretendido enganar e mesmo que o dano não se realize.

8.3 – Publicidade abusiva

“É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º).

Como vemos, a publicidade abusiva não está taxativamente definida, mas somente elencada exemplificativamente. O que podemos constatar de mais exato é que será abusiva a publicidade sempre que atingir valores fundamentais e sociais da pessoa humana, como a saúde, o meio ambiente, a inocência, a ignorância, etc.

Desta forma **Antonio Herman de V. e Benjamin** comenta a publicidade abusiva: “O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que não seja enganoso. O Supremo Tribunal Federal americano tentou – sem muito sucesso – fixar alguns parâmetros esclarecedores. Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores.

São esses novos valores que dão contorno próprio à publicidade abusiva, distinto do traço de *enganiosidade* da publicidade enganosa. Quem pode negar que uma mensagem publicitária ofensiva ao meio ambiente carrega um potencial de dano para o consumidor? Quem pode contestar que um anúncio – mesmo que não enganoso – mas que abuse da deficiência de experiência de uma criança ou de um idoso também constitui um desvio das regras básicas do mercado de consumo?

A liberdade da atividade publicitária não pode, de fato, colidir ‘com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas’. O direito, então, cria, com o intuito de proteger o consumidor na sua dupla face existencial (como partícipe do mercado e como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais), mecanismos de controle para tais desvios publicitários.

Em conclusão podemos dizer que, em publicidade, abusividade é noção distinta de enganiosidade. Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo. Uma consequência que se extrai daí é que uma publicidade, mesmo que absolutamente veraz, pode vir, ainda assim, a ser proibida” (1997, p. 284).

9 – Conclusão

A publicidade, queira ou não, é uma realidade da sociedade – massificada e capitalista – nos dias atuais.

O consumidor, como a parte mais frágil da relação de consumo merece ser protegido contra todos os abusos deste mercado capitalista, onde a liberdade de expressão e a livre iniciativa encontram seus limites exatamente nos direitos daquele.

A informação é inerente ao produto e ao serviço, possibilitando o conhecimento necessário, assim como o direito de ser bem informado é inerente a pessoa humana.

A publicidade é uma das formas encontradas pelos fornecedores, fabricantes, comerciantes, etc., de levarem seus produtos e serviços ao destinatário final.

Assim, nada mais correto do que estabelecer um conjunto de normas protetórias do consumidor, resguardando-o de eventuais malefícios desta prática de *marketing*.

O Código de Defesa do Consumidor estampou esta defesa e cuidou, ao invés de proibir a publicidade, de fixar-lhe parâmetros, proibindo apenas que ela seja veiculada de tal forma que leve a enganiosidade ou abusividade do consumidor.

10 – Resumo

A publicidade é uma realidade da sociedade atual.

O consumidor merece ser protegido contra todos os abusos deste mercado capitalista, onde a liberdade de expressão e a livre iniciativa encontram seus limites exatamente nos direitos daquele.

A informação é inerente ao produto e ao serviço, assim como o direito de ser bem informado é inerente a pessoa humana.

A publicidade é uma das formas utilizadas para informar.

Assim, nada mais correto do que estabelecer um conjunto de normas protetórias do consumidor, resguardando-o de eventuais malefícios desta prática de *marketing*.

O Código de Defesa do Consumidor estampou esta defesa e cuidou de fixar parâmetros, proibindo apenas que a publicidade seja veiculada de tal forma que leve a enganiosidade ou abusividade do consumidor.

Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, Arruda *et alii*. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação civil pública e programação da TV in Ação civil pública*, obra organizada por Édis Milaré - São Paulo: Revista dos Tribunais - 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman e Vasconcellos *et alii*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *O código brasileiro de proteção do consumidor*. Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais. vol.7:268-92, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, Encadernadora, Livraria, Papelaria e Gráfica Ltda, 1996.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa *et alii*. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988* – Conferência pronunciada no IV Congresso Jurídico Brasil-Alemanha em 9.10.90 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – Julho/Setembro de 1990.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et alii*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX; o espírito do tempo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

NERY JR., Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Direito do Consumidor, nº 3:44-77, set/dez. 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a ed., 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1993. As garantias do cidadão na justiça – coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.