

O poder de persuasão da publicidade e sua regulamentação frente ao Código de Defesa do Consumidor

Publicado desde 26/7/2005

Rafael de Lamano

O poder de persuasão da publicidade e sua regulamentação frente ao Código de Defesa do Consumidor A princípio, deve-se elucidar quanto a um corriqueiro equívoco, qual seja: a confusão feita quanto ao significado dos termos “publicidade” e “propaganda”, muitas vezes tratados como sinônimos. No entanto, são palavras com significados diferentes, vez que, a publicidade tem objetivo comercial, tem caráter negocial voltada para divulgação comercial de mercadorias e serviços, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, filosófico, político, social, voltada para difusão de idéias.

Como ilustração, pode-se imaginar uma campanha governamental, se esta visar, tão somente, o aumento de consumo de leite, caracteriza-se a propaganda, enquanto que a veiculação desta ou daquela empresa com o mesmo conteúdo, mas com anúncio de uma marca, estaria caracterizada a publicidade.

Porém, na prática essa distinção não é observada, utilizando-se, comumente, o termo “publicidade” no lugar de “propaganda” e vice-versa, e mesmo o próprio Código de Defesa do Consumidor utiliza, equivocadamente, a expressão “contrapropaganda” (artigo 56, XII e 60 do C.D.C.), quando o correto seria “contrapublicidade”, portanto, superada essa questão, passa-se à análise envolvendo o poder de persuasão da publicidade.

A sociedade contemporânea é uma sociedade globalizada, interagida, e essencialmente consumista, onde as pessoas têm a necessidade incontrolável de adquirir os produtos ofertados e, principalmente, as “novidades” e os “lançamentos” desses produtos cada vez mais inovadores e atraentes a disposição no mercado de consumo.

No entanto, este intenso desejo de consumir, apenas pode ser despertado com a apresentação, com a oferta dos produtos, e é nesse momento que surge a eficiente publicidade, podendo ser definida como o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o fito de apresentar os produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo e fazer despertar nos consumidores o desejo de adquirir estes produtos.

A Publicidade teve como função originária a informação, que foi subordinada pela nova função persuasiva, e diante dessa função, que é exercida potencialmente, as pessoas, perdem sua

liberdade e independência de pensar, sentir e querer, recebendo “opiniões e juízos de fora”, da imprensa e dos demais veículos de comunicação.

Portanto, os consumidores são manipulados, “hipnotizados” pelos anúncios publicitários chamativos e despojados, mostrando um mundo surreal repleto de fantasias, protagonizado por atores bonitos, com corpos atléticos, ricos e que, evidentemente, utilizam e usufruem daquele produto, em lugares paradisíacos, levando a entender que a “chave” para todo aquele paraíso é a aquisição do produto apresentado.

A ênfase da mensagem publicitária é deslocada do produto para seu usuário : “fume o cigarro e você fará parte de um mundo diferenciado, de pessoas especiais”. Vende-se muito mais os elementos ideológicos de diferenciação do mundo capitalista , do que propriamente o produto.

E essa mudança de “alvo” para os consumidores fez com que despertassem nestes um intenso desejo de consumir, seja por bens indispensáveis para sua subsistência como os dispensáveis e supérfluos.

Assim, a publicidade que, inicialmente, era utilizada para, tão somente, informar os consumidores sobre os produtos transmitindo fielmente as características destes, possibilitando que os consumidores pudessem, livremente, analisar as propostas e optar pela mais vantajosa, passou a ser utilizada como instrumento de manipulação, deixando de zelar pela segurança do consumidor, passando a transmitir, muitas vezes, informações enganosas e até abusivas sobre os produtos, tolhendo a liberdade de escolha dos consumidores de modo que estes passaram a adquirir produtos que, na maioria das vezes, não era a melhor escolha ou até mesmo nem necessitavam no momento, porém, foram influenciados pela “chamativa” publicidade de determinado produto, crendo nas informações transmitidas.

Destarte, diante desse quadro em que a escolha do consumidor é comandada pela publicidade, ficando a mercê do fornecedor, que é o pólo forte da relação de consumo e que detém o processo e o controle de produção, tendo, o consumidor, que acreditar naquele e adquirir seu produto conforme o que lhe foi informado, surge a desigualdade entre as partes da relação de consumo, onde o consumidor se encontra como a parte mais vulnerável desta relação, necessitando de uma providência. Foi então, com este intuito, como já mencionado, o de harmonizar as relações de consumo e igualar as partes desta relação, que se elaborou o Código de Defesa do Consumidor, que traz em vários dispositivos, também como uma importante medida de manter o equilíbrio dessas relações, o controle, restrições e punições envolvendo a publicidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que se poderia imaginar, tem, de certo modo, regrado a publicidade, carecendo, todavia, de uma estrutura sistemática, ademais, faltava-lhe, uma proibição expressa e geral, da comunicação publicitária enganosa e abusiva. É verdade que o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária de 1.978, cuida de ambas, além de outras condutas que reputa inadequadas, porém, não é o suficiente. Esse é, então, o grande avanço do Código de Defesa do Consumidor nessa matéria: apresentar um regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva, dando-lhe, ademais, capacidade de vinculação contratual.

Como já visto anteriormente, a importância da publicidade só pode ser adequadamente avaliada pela ótica da massificação da produção e do consumo, quando as relações de consumo se despersonalizaram, as ofertas são veiculadas simultaneamente para milhões de pessoas. Assim, a publicidade é o efetivo elemento de ligação entre produtores e consumidores , ou seja, é a essência de uma sociedade de consumo.

No entanto, a publicidade, por ser um instrumento bastante abrangente, pois através dela pode-se atingir, simultaneamente, inúmeros consumidores, deve ser utilizada, basicamente, com respaldo na boa-fé, na transparência de informações e no zelo pela segurança dos consumidores, contudo, isso, muitas vezes, não acontece, e passa-se a transmitir informações abusivas ou enganosas deixando os consumidores desguarnecidos, necessitando de uma efetiva proteção.

E o legislador brasileiro atento a isso trouxe, no Código de Defesa do Consumidor, restrições, diretrizes de controle, princípios e punições referentes à publicidade, com o fito de evitar abusos por esta e de proteger a parte vulnerável da relação de consumo.

A publicidade está inserida no Capítulo V-Das Práticas Comerciais, do Código de Defesa do Consumidor, porém, as práticas comerciais abrangem, a um só tempo, o marketing, as garantias, os serviços pós-venda, os arquivos de consumo e as cobranças de dívidas

Ainda, é importante esclarecer que a publicidade, como é comum acontecer, não é a mesma coisa que marketing, este pode ser entendido como todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos, serviços e outras coisas de valor .

A publicidade, como conceito mercadológico, de acordo com o insigne jurista Adalberto Pasqualotto, pode ser definida como: Conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão, destinadas a influenciar, num determinado sentido, as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público . Este mesmo autor citando Carlos Alberto Bittar define juridicamente a publicidade como:

A arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor .

Destarte, o marketing é muito mais amplo que a publicidade, pois além desta, ele compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas, podendo citar os cupons, os selos, as vendas por correspondência e em domicílio, as liquidações e promoções etc. Portanto, o marketing é gênero do qual publicidade é espécie. Tratando-se, especificamente, da publicidade, como muito bem anotou o eminente cultor do direito, Lúcio Delfino :

São quatro, os elementos básicos na publicidade: a) difusão, b) informação, c) intenção de promoção, e d) objetivo comercial .

Valendo frisar, como já feito anteriormente, que à função de informar da publicidade foi, no mínimo agregada, senão substituída, pela finalidade persuasiva, com o intuito de atingir direta ou indiretamente as emoções e os sentimentos do consumidor, fazendo despertar o desejo de adquirir ou utilizar os produtos e serviços ofertados.

Portanto, depois de esclarecido a diferença entre o marketing e a publicidade, e anotado o conceito desta, é conveniente trazer à tona os dispositivos, inseridos no Código de Defesa do Consumidor, referentes a importante regulamentação da publicidade.

Começando pelo artigo 30 do Código, neste dispositivo, juntamente com o artigo 35, encontra-se o chamado Princípio da Vinculação da publicidade, ou seja, toda informação ou publicidade veiculada ao ofertar produtos e serviços, de modo que chegue ao conhecimento dos consumidores, estará vinculando o fornecedor a contratar de acordo com os termos apresentados na mensagem publicitária, ou seja, o consumidor poderá exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária. Assim se um produto é ofertado e o consumidor manifesta sua aceitação pelo produto, a oferta passa a contrato.

O C.D.C. consagra o princípio da vinculação no seu artigo 30 que dispõe:

Artigo 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 integrar o contrato que vier a ser celebrado.

A vinculação atua de duas maneiras, primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar, segundo introduzindo-se em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.

Ainda, para garantir o efeito vinculante, o artigo 35 traz a responsabilidade do fornecedor,

assim, se o fornecedor se recusar a cumprir a mensagem publicitária veiculada, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo; caso o contrato já tenha sido firmado, sem completar integralmente o conteúdo da oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor, exigir sua rescisão, com restituição do já pago, mais perdas e danos.

Sob a luz do artigo 36 e seu parágrafo único, a publicidade está submetida a dois princípios fundamentais: o da identificação (“caput”) e o da transparência (parágrafo único). De acordo com o princípio da identificação, a mensagem publicitária veiculada deve ser identificada imediata e facilmente pelo consumidor, ou seja, sendo prescindível de esforço e capacidade técnica, o consumidor deve estar ciente de que está diante de um anúncio publicitário, pois, se isso não ocorre, não só o consumidor pode estar sendo enganado, como também pode haver fraude à lei, pois a falta de identificação possibilita a transgressão de regras .

Sendo assim, com base neste princípio, estabeleceu-se a proibição da publicidade clandestina e subliminar, assim como o merchandising, que consistem, de forma ampla e simplificada, em anúncios publicitários “camuflados”, muitas vezes veiculados em novelas e filmes integrando ao roteiro uma situação de uso ou consumo normal de um produto com a exposição de sua marca ou fatores de identificação que, efetivamente, influenciam, de forma consciente ou subconsciente(como pode ocorrer na publicidade subliminar) no comportamento dos consumidores, atentando, assim, contra o princípio da identificação, pois, a mensagem publicitária não é transmitida de forma ostensiva, não permitindo a imediata e fácil percepção pelo consumidor.

Vale registrar aqui um interessante ocorrido envolvendo a publicidade subliminar, que atua diretamente no estado subconsciente da mente, onde os estímulos são tão fracos e de duração efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar o comportamento, foi o que ocorreu em 1.957 nos Estados Unidos, ocasião em que na exibição de um filme, em um cinema, foram inseridas mensagens de estímulo ao consumo de Coca-cola e de pipoca, de modo que o consumo de tais produtos, durante a exibição, aumentou muito .

Quanto ao princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária, trazido pelo parágrafo único do artigo 36, que pode ser integrado, no sentido de que as informações veiculadas devem ser transmitidas de forma completa e precisa, pelo artigo 31 do C.D.C., vem estabelecer que o fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços, porém, deve fazer de forma fundamentada, ou seja, com base em elementos fáticos e científicos, e que essa fundamentação possa ser acessada pelos consumidores.

Assim, o artigo 36 inserido no C.D.C. preceitua:

Artigo 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.

Não seria exagero considerar o artigo 37 e seus parágrafos como o principal dispositivo que rege a publicidade, pois foi através dele que a lei 8.078 de 90 condenou, expressamente e de forma ampla, a publicidade enganosa e abusiva, capazes de corromper a vontade do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços, porém, se fosse devidamente informado, não o faria; portanto, o Código, com este dispositivo, exige a veracidade da informação veiculada, para que o consumidor possa fazer sua escolha de forma livre e consciente.

Primeiramente, vem o parágrafo primeiro do artigo 37 e prevê a publicidade enganosa, porém, preliminarmente é importante salientar que não se exige a intenção de enganar do anunciante, basta a veiculação da mensagem enganosa, chegando ao conhecimento do consumidor e estará caracterizada a publicidade enganosa, assim, como bem elucida Antônio Hermam de Vasconcellos,

que, ao tratar dessa modalidade de publicidade anota:

... é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas, o silêncio - como ausência de informação positiva - pode ser enganoso .

A publicidade enganosa pode ser de forma comissiva ou omissiva, a comissiva é aquela em que se veicula, em anúncio publicitário de determinado produto ou serviço, informações que não correspondem com o produto ou serviço que está sendo apresentado, podendo assim, induzir em erro o consumidor que toma conhecimento daquele anúncio, tomando sua decisão com base em informações infundadas; a omissiva é configurada quando se deixa de informar algo importante sobre o produto ou serviço, e que essa informação ocultada poderia ser determinante no ato da escolha do consumidor.

Entretanto, ao se classificar uma publicidade como enganosa, é importante que se tenha em mente o “receptor” desse anúncio, pois não se pode tomar como base o consumidor médio, isto é, aquela pessoa que tem um mínimo de senso crítico, inteligência e discernimento, assim, deve-se ter outro critério como referência, ou seja, o do consumidor típico , que pode ser aquele desinformado e crédulo, ou , até mesmo, um ignorante .A publicidade enganosa pode induzir em erro determinada categoria de pessoas, e, por outro lado, provocar risos em outra. Nesse sentido, esclarece o eminente jurista Adalberto Pasqualotto:

“A realidade mostra que um alto nível de informação do consumidor corresponde a um baixo índice de influência da publicidade. Essa influência cresce na medida em que diminui a sagacidade do consumidor, justamente a faixa em que há maior necessidade de proteção legal “. Ademais, ao verificar-se uma publicidade como enganosa ou não, é desnecessário que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado, deve-se considerar, portanto, somente a capacidade de indução em erro da publicidade. Assim, para a caracterização da enganabilidade, não tem qualquer importância a consumação do dano material .

Quanto a publicidade abusiva, que é realizada de forma apelativa afrontando os valores sociais, está prevista no §2º do artigo 37 do C.D.C., no qual é considerada como tal a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança, deve-se ressaltar que este rol é exemplificativo e não taxativo, pois, o próprio dispositivo utiliza o termo “dentre outras” ao elencar as espécies de publicidade abusiva.

Contudo, mesmo estando previstas e proibidas as publicidades abusivas e enganosas, os anunciantes insistem em utilizarem tais meios como forma de manipulação e persuasão corrompendo a vontade do consumidor, tirando deste, a possibilidade de realizar sua escolha de forma livre e consciente.

Destarte, se isto ocorrer, além do consumidor poder utilizar-se, dos dispositivos proibitórios, já analisados, destas espécies de publicidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, para se defender e oprimir estes tipos de anúncios, e os anunciantes sofrerem as infrações penais previstas nos artigos 67 e 68, que tipificam como crimes a publicidade enganosa e a abusiva; será imposto, a esses mesmos anunciantes, a contrapropaganda, que é uma forma de natureza administrativa.

A contrapropaganda está prevista no artigo 60 do Código, e consiste em um anúncio, a expensas do infrator, realizado no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário, e tem como objetivo desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva e restaurar a realidade dos fatos.

E, por derradeiro, vem o artigo 38 do Código, impor a inversão do ônus da prova na publicidade, ou seja, o verdadeiro anunciante que deverá responder pela veracidade das informações

que sua própria mensagem contém, pois, como já foi visto, é obrigação do fornecedor manter em seu poder e informar os legítimos interessados os dados técnicos, científicos e fáticos ligados à mensagem publicitária (artigo 36, parágrafo único).

Portanto, após a realização do estudo, constata-se que a sociedade atual caracterizada por uma produção em massa e conseqüentemente por um consumo em massa, onde a publicidade atua de forma ampla e efetiva, engendrada pelos fornecedores, o pólo forte da relação de consumo, que “contaminados” pelo desejo cego e devastador de se obter lucro, veiculam publicidades abusivas e enganosas nocivas ao consumidor corrompendo sua vontade.

No entanto, evidenciou-se também, que através da implementação do Código de Defesa do Consumidor, foi oferecida uma efetiva tutela aos consumidores, que poderão se socorrer da égide consumerista para se defender e oprimir os abusos dos fornecedores.

LAMANO, Rafael Rossignolli de. **O poder de persuasão da publicidade e sua regulamentação frente ao Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em:
<<http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000306&SubSecaoID=4>>. Acesso em: 10/07/2006.