UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Camila Michels Corrêa

Os limites da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor: ponderação entre o princípio da proteção do consumidor e da liberdade de expressão

Florianópolis

Dezembro de 2011

Camila Michels Corrêa

Os limites da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor: ponderação entre o princípio da proteção do consumidor e da liberdade de expressão

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Msc. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Florianópolis

Dezembro de 2011

Autora: Camila Michels Corrêa

Título: Os limites da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor: ponderação entre o princípio da proteção do consumidor e da liberdade de expressão

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com [conceito, nota].

Florianópolis, SC, 16 de dezembro de 2011.

_____

Professora Orientadora Msc. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

_____

Coordenadora do Curso Msc. Juliana Wülfing

Autora: Camila Michels Corrêa

Título: Os limites da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor: ponderação entre o princípio da proteção do consumidor e da liberdade de expressão

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com [conceito, nota].

Florianópolis, SC, 16 de dezembro de 2011.

_____

Professora Orientadora Msc. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

_____

Professora Msc. Adriana Conterato Bulsing

_____

Des. José Carlos Carstens Köhler

“Se a dignidade humana é uma locução de definição imprecisa, eis aqui um dos seus significados concretos: impor o respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo”

João dos Passos Martins Neto, 2008.

AGRADECIMENTOS

Muitos são os agradecimentos que devo nesse momento tão especial. Nessa etapa da minha vida, inúmeras foram as participações, todas com seus respectivos e únicos significados. Sem elas eu certamente não teria chegado aqui.

Inicialmente, o agradecimento é dirigido a Deus e a minha família, alicerce de tudo, desde o início da minha vida até o presente. Embora seja aqui representada pelos nomes dos meus pais e irmão Maristela, José Valdonir e Kalel, a gratidão é extensiva a todos avós, tios e primos.

À minha orientadora, Profa. Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa, pela paciência e atenção dispensada desde a escolha (e trocas repentinas) do tema até as últimas correções.

Igual gratidão é mais do que merecida pelos meus colegas de trabalho com quem aprendi a usar os conhecimentos adquiridos no ambiente acadêmico, os quais far-se-ão aqui representados pelo meu chefe, Dr. José Carlos Carstens Köhler, quem se prontificou inclusive a compor a banca examinadora desse trabalho.

Infinitamente grata sou aos meus amigos, pelo apoio e incentivo. Sempre presentes nos momentos importantes, sejam eles bons ou difíceis, sempre a estender a mão tanto para o riso quanto para o choro. Impossível nomear um a um quando se é uma pessoa privilegiada, como eu, de ter inúmeros.

Mas, algumas exceções se fazem necessárias.

Inicialmente, à Mariana Pereira de França, pela incansável e grandiosa ajuda na elaboração da apresentação.

Também, pela presença constante nesse período de graduação, mais alguns não podem deixar de ser nominados. Sem eles o curso de Direito teria menos sentido. Dividimos, além angústias, medos, incerteza, muitas risadas e bons momentos.

Às meninas, amigas de todas as horas, Anne Carolinne Batista, Luiza Lange Rosa e Karen Damian Pacheco Pinto e aos meus queridos Brutos, meu especial agradecimento.

Não poderia deixar de agradecer ao meu querido amigo Marcel Damato Belli, que com sua personalidade autêntica, sempre me ajudou muito nas horas em que mais precisei.

Por fim, igualmente importantes, os meus parceiros de EMAJ Ricardo de Holanda Janesch e Hernane Elesbão Wiese, pessoas altamente competentes com quem dividi as poucas experiências da advocacia.

Embora a entrega desse trabalho marque a finalização de uma etapa importante, olhando para trás, apenas uma certeza toma conta dos meus pensamentos. Estou absolutamente convicta de estar levando comigo o que realmente importa na vida: os melhores amigos do mundo e futuros brilhantes colegas de trabalho.

O meu sincero “muito obrigada” a todos aqueles que fizeram a minha vida mais completa, cheia de bons momentos, os quais carregarei sempre no coração.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar os limites da atividade publicitária, a partir da análise dos preceitos constitucionais da defesa do consumidor e a liberdade de expressão, combinados aos dispositivos legais correlatos.
Questiona-se acerca dos limites da publicidade, diante do quadro de consumo massificado e a viabilidade de sobrepor o a liberdade de expressão publicitária aos preceitos de defesa do consumidor.
Por meio de um estudo comparativo entre os princípios constitucionais a fim de verificar a preponderância de um em relação a outro, sob a égide das disposições protetivas, buscou-se estabelecer um parâmetro de ponderação principiológica voltada à concretização da vontade constitucional
O método científico adotado é o dedutivos, a partir de pesquisa bibliográfica de autores nacionais.

Palavras-chave: Publicidade. Direito do Consumidor. Limites. Controle. Liberdade de expressão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE.....15

1.1 A CONJUNTURA DO SURGIMENTO DAS BASES DO DIREITO DO CONSUMIDOR – O MOVIMENTO CONSUMEIRISTA.....17

1.2 NOÇÃO CONCEITUAL DE PUBLICIDADE, SUAS CARACTERÍSTICAS E SEUS EFEITOS SOBRE O CONSUMO DE PRODUTOS.....22

1.1.1 Distinção de publicidade e propaganda.....30

1.1.2 Diferença entre prática comercial, marketing e publicidade.....32

1.1.3 Informação X Publicidade.....33

1.3 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PUBLICIDADE.....34

2 A ÉTICA PUBLICITÁRIA, PRINCÍPIOS NORTEADORES E A PUBLICIDADE ILÍCITA.....37

1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE.....37

2.1.1 Princípio da identificação da publicidade.....38

2.1.1.1 Publicidade dissimulada ou oculta.....38

2.1.1.2 Publicidade clandestina.....39

2.1.1.3 Publicidade subliminar 40

2.1.1.4 Teaser.....41

2.1.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade.....42

2.1.3 Princípio da veracidade da publicidade.....43

2.1.4 Princípio da não abusividade da publicidade.....47

2.1.5 Princípio da transparência da fundamentação 48

2.1.6 Princípio da inversão do ônus da prova.....48

2.1.7 Princípio da correção do desvio publicitário.....49

2.1.8 Princípio da lealdade publicitária.....50

2.1.8.1 Publicidade comparativa.....51

1.5 PUBLICIDADES ILÍCITAS.....52

2.1.9 Publicidade enganosa.....52

2.1.10 Publicidade abusiva.....55

3 o CONTROLE DA PUBLICIDADE 56

4.1 A LICITUDE DO CONTROLE DA PUBLICIDADE.....58

1.6 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DA PUBLICIDADE.....59

3.1.1 Modelo concorrencial.....60

3.1.2 Modelo informativo.....60

3.1.3 Modelo de manipulação de preferências.....61

3.1.4 Modelo cultural.....62

1.7 SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE.....63

3.1.5 Privado (autorregulamentar).....63

3.1.6 Estatal.....64

3.1.7 Misto.....65

1.8 MODALIDADES DE CONTROLE DA PUBLICIDADE.....66

3.1.8 Controle preventivo.....66

3.1.9 Repressivo.....67

3.1.10 Reparativo.....67

1.9 LEGITIMADOS PARA DEFENDER OS INTERESSES DO CONSUMIDOR E A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE DEFESA.....68

3.1.11 Conar (Conselho de Autorregulamentação Publicitária).....68

3.1.12 Procon (Proteção ao Consumidor).....69

3.1.13 Poder Judiciário.....70

4 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE: A ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....71

1.10 O STATUS CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....72

1.11 O DIREITO À PERSONALIDADE: RECONHECIMENTO PELO CÓDIGO CIVIL.....73

1.12 AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS.....76

4.1.1 Distinção entre liberdade de pensamento e expressão.....77

4.1.2 Fundamentos da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro 78

1.13 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE.....81

1.14 A EXTENSÃO DOS EFEITOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PUBLICITÁRIA – ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....84

CONCLUSÃO 92

REFERÊNCIAS.....95

INTRODUÇÃO

É cada vez mais comum, como prática comercial, a utilização da publicidade no jogo do poderio econômico com a finalidade de dominação do mercado.

A sutil incursão de ideias, ainda que aparentemente inocentes, nos anúncios publicitários é suficientemente nociva à coletividade de consumidores quando usada de maneira descontrolada, sem o mínimo respeito aos valores sociais.

O que antes era apenas a oferta de mercadorias, tornou-se um incentivo ao consumo, por meio da manipulação – nem sempre explícita – utilizando-se, indevidamente, do poder de persuasão. Publicidades criativas e glamurosas, repletas de efeitos visuais e sonoros acabam por seduzir os espectadores, que se rendem aos encantos e compram os produtos nelas anunciados, compulsivamente, sem sequer delas necessitar.

Tal situação merece a atenção do Poder Público, que, a título de concretizar as disposições decorrentes da escolha política do poder constituinte, deve se preocupar em desenvolver meios de controle dos atos publicitários a fim de evitar a lesão de direitos difusos.

Na relação jurídica ora analisada – qual seja, a publicidade inserida na relação de consumo – dois princípios se sobressaem: a proteção do consumidor e a liberdade de expressão.

Diante do quadro de consumo massificado, indaga-se: qual o limite da publicidade? Pode ela, em nome da liberdade de expressão, atentar contra a coletividade sem qualquer censura?

O objetivo do trabalho é realizar um estudo comparativo entre os princípios constitucionais a fim de verificar a preponderância de um em relação a outro, sob a égide das disposições protetivas, conforme preceituadas no Código de Defesa do Consumidor.

A partir de pesquisa bibliográfica de autores nacionais busca-se analisar as bases do sistema jurídico brasileiro, mormente a partir da Constituição Federal, e as limitações do exercício do direito dos fornecedores de anunciar os produtos que disponibilizam no mercado. O método científico adotado é o dedutivo.

O Primeiro capítulo se ocupa das considerações introdutórias, aspectos históricos da atividade publicitária e do surgimento das bases do direito do consumidor, bem como das noções conceituais da publicidade.

No segundo capítulo, que em verdade nada mais é do que um desdobramento do anterior, analisar-se-á a ética publicitária a partir dos princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor que regem a atividade, caracterizando, ainda, a publicidade patológica.

O terceiro capítulo cuidará do controle das formas de controle da publicidade, perpassando pelos modelos de limitação e pelos legitimados para tal tarefa.

Por fim, o quarto capítulo versará sobre o exame das limitações publicitárias, na perspectiva da Constituição Federal, enfocando na prescrição da Carta brasileira de proteção constitucional dos direitos do consumidor em oposição à também garantia constitucional de liberdade de expressão dos fornecedores ao dar publicidade aos produtos e serviços que disponibilizam no mercado.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE

Antes de tratar especificamente do tema do presente trabalho, faz-se mister traçar breves considerações introdutórias a respeito da comunicação, que é o pressuposto da publicidade.

A comunicação é uma necessidade da vida humana. É a partir dela que os indivíduos formam grupos, e se organizam em sociedades. É, portanto, condição de vivência social, tendo papel indispensável nos conjuntos de pessoas quanto à transmissão de ideias entre si, as quais podem se traduzir em desejos, conhecimentos, sentimentos, troca de experiências, dentre inúmeros outros exemplos. Em outras palavras, é transferência de valores e significados.[1]

Não se trata apenas da comunicação interpessoal (palavras, gestos, sinais, imagem), mas também da daquela realizada em massa (radiodifusão, televisão, cinema).

O estabelecimento da comunicação pressupõe, independentemente da dimensão pretendida ou alcançada, três elementos: o transmissor, a mensagem e o receptor.

A perfectibilização do envio da mensagem se implementa quando o receptor entende o conteúdo passado pelo emissor, captando o que o este pretendeu transmitir.

A diferença entre a comunicação interpessoal e a coletiva está no número de emissores e receptores da mensagem.

A comunicação coletiva, que é também denominada “em massa”, ocorre quando vários são os receptores da mensagem. E, além dessa característica, deve a coletividade, ainda, ser marcada por mais outras duas: a heterogeneidade e o anonimato.

Para definir o termo “massa”, o publicitário Armando Sant’Anna se apropria de um conceito advindo das ciências sociais – elaborado pelo sociólogo Herbert Blumer – que separa quatro componente sociológicos para identificá-la. Diz ele que:

> Primeiro: seus membros podem vir de qualquer profissão e de todas as camadas sociais. A massa pode incluir pessoas de diversas vocações, de

[1] SANT’ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática.** 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 1.

> variados níveis culturais e de riqueza. Segundo: a massa é um grupo anônimo ou, mais exatamente, composta de indivíduos anônimos. Terceiro: existe pouca interação ou troca de experiências entre os membros da massa.
> Eles estão, em geral, fisicamente separados uns dos outros, e, sendo anônimos, não têm a oportunidade de se intercomunicar, como os membros da multidão. Quarto: a massa é frouxamente organizada e não é capaz de agir de comum acordo e com a unidade que caracteriza a multidão.
> Este conceito considera a audiência não apenas heterogênea, mas também anônima e seus elementos isolados uns dos outros.
> Em resumo, eles são como átomos separados que, juntos, formam a audiência de massa.[2]

Sabendo da necessidade humana de se comunicar, e, voltando-se ao contexto histórico, pode-se afirmar que o desenvolvimento do setor comunicacional se deu por fatores históricos. Ensina Celso Ribeiro Bastos que:

> O descobrimento e o conseqüente povoamento das mais diversas partes do mundo fizeram com que o homem desenvolvesse novas formas de comunicação. A necessidade cada vez maior da propagação das idéias dos governantes; a disseminação das ideologias opositoras àquelas idéias; a expansão da cultura, da religião, e também a crescente complexidade das relações interpessoais motivaram o nascimento da comunicação social, onde a propagação se dá de forma mais imediata e concomitante do que a comunicação visual.[3]

A comunicação realizada em grande escala não atinge a todos os membros da massa uniformemente. Cada um dos indivíduos reage de forma diferente ao receber a mensagem e interpretar seu significado.

Por outro lado, tem, ainda, efeitos derivados, alcançando, indiretamente, outras pessoas, além daquelas que receberam o recado. Isso decorre do fato de os receptores da comunicação serem pessoas de destaque no grupo social do qual participam, atuando como verdadeiros formadores de opinião. Então este, ao ocupar o posto de realce, consegue também, após ter seu comportamento modificado em razão da interpretação da mensagem por ele tomada, a mudança de atitude dos que o rodeiam. Para facilitar a visualização, exemplifica-se a situação com a figura do pai ou da mãe, que ao tomar conhecimento sobre um produto, entendendo ser bom e necessário para sua família, incute no comportamento cotidiano de seus filhos o hábito de sempre utilizá-lo.

---

[2] Idem, 1998, p. 3.

[3] BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 20, jul. 1997, p. 49-50.

Traçadas essas noções preliminares sobre os aspectos da comunicação, pode-se adentrar ao exame da publicidade, conforme segue nos próximos tópicos.

1.1 A CONJUNTURA DO SURGIMENTO DAS BASES DO DIREITO DO CONSUMIDOR – O MOVIMENTO CONSUMEIRISTA

Na vigência do século XX, como consequência do desenvolvimento tecnológico e científico, o direito civil teve que ser estratificado a fim de comportar a integralidade de novos ramos do conhecimento, sob pena de, por se afigurar ultrapassado, incidir de forma descompassada com a nova realidade, não mais cumprindo seu papel de efetividade social.

Daí apareceram as vertentes, dentre outras, dos direitos humanos, direito ambiental, direito da comunicação, biodireito, e o direito do consumidor.[4]

Para o presente estudo, das inovações jurídico-legislativas, interessa apenas o direito do consumidor, sobre o qual se passará a explanar.

A Revolução Industrial – que teve início na Inglaterra no século XVIII expandindo-se por todo o mundo a partir do século posterior – representou o marco transformativo do pensamento jurídico no que tange a necessidade de proteção da figura conhecida por consumidor.

Durante esse período, o processo industrial passou por significativas mudanças. Em breve síntese, pode-se dizer que foi um momento de transição entre a produção em pequena escala – artesanal, manufaturada, utilizando instrumentos simples para auxiliar na confecção dos produtos, contando com a participação dos artesãos somente – e em grande dimensão – organizada, dividida em etapas de produção, de forma mecanizada. O implemento das novas circunstâncias produtivas, aliada à conjuntura do liberalismo econômico, época em que o sistema capitalista triunfou, e às inovações tecnológicas (que têm como mais expoente a máquina a vapor), deram plenas condições para as bases de novas condições econômicas, sociais e culturais.

A produção de mercadorias foi consideravelmente agilizada, passando a ser cada vez mais rápida em face das mudanças havidas no setor produtivo. Em contra partida, tornou-se padronizada, resultando também na criação de uma cultura

---

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

de massa. Houve, portanto, o deslocamento do eixo produtivo: da produção morosa e individualizada, passou-se a ter a produção dinâmica, porém, estandardizada, em série.

Como consequência da ampliação da capacidade produtiva, houve a necessidade de se escoar a mercadoria, pois de nada adianta produzir, quando não se podem obter lucros com o material fabricado. Foi então que teve início a globalização comercial.

Muitas foram as modificações relativas à oferta de mercadoria ao público. E, diante das mudanças no proceder dos fornecedores perante os consumidores, surgiu a necessidade de aperfeiçoamento do direito civil, de modo a abarcar regulamentação das novas atividades decursivas dos efeitos gerados pela evolução das técnicas publicitárias, que em conjunto com a psicologia, resultaria na influência do comportamento humano.

No Brasil, como toda colônia europeia, a industrialização teve início, ainda que de forma bastante tímida, mais tarde do que nos países desenvolvidos. Precisamente, a chegada da Família Real Portuguesa em 1808 é o que representa o ponto de partida da atividade industrial.

Analisando a realidade brasileira da mesma faixa cronológica acima descrita considerando a perspectiva mundial, verifica-se que o período compreendido entre o final do século XIX a primeira década do século XX apresentou-se bastante próspero no espaço agrário. Foi nessa época em que a cultura cafeeira atingiu o ápice, rendendo o crescimento na economia brasileira, bem como a expansão das cidades. Os lucros obtidos com a plantação do grão passaram a ser investidos em obras de infraestrutura das cidades, indústrias e também no comércio. A reunião de todos esses fatores, associado ao significativo aumento demográfico natural e também decorrente da intensa imigração, importou o crescimento veloz do meio urbano, que tem como referência a cidade de São Paulo.[5]

Como o passar do tempo, o cultivo do café entrou em declínio e o seu lugar na economia foi tomado pelas atividades comerciais e industriais.

Do mesmo modo como ocorreu em outros países, onde a produção seguindo o modelo de Ford teve início mais cedo, o consumo de bens e serviços tornou-se amplamente relacionado ao cotidiano. Sempre se está consumindo algum

---

[5] CARDENA, Nelson Varón. **Brasil** – 100 anos de propaganda. São Paulo: Editora Referência, 2001, p. 14-16

produto ou usufruindo de um serviço. Essa consequência é natural quando vista em um sistema como o brasileiro – capitalista –, porque decorre de uma carência que é indissociável da natureza humana. Como consequência lógica, os abusos contra o consumidor passaram a se perpetrar com maior frequência.

Somente com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, que se pode afirmar a ocorrência de um movimento industrial. Neste período a atividade cafeeira entrou em declínio, levando a população que vivia na região agrária às grandes cidades. Este fator, além de incentivar o crescimento da indústria, dada a disponibilidade de mão de obra, também colaborou para o aumento do consumo, já que com o êxodo rural a agricultura de subsistência também foi reduzida.[6]

Foi nesse contexto, da expansão da atividade industrial, que a publicidade encontrou espaço propício para tomar corpo no território brasileiro.

Então, com o aumento da produção no âmbito nacional, que agora se dava no cenário industrial, sem perder de vista a entrada de produtos estrangeiros no mercado nacional, surgiu a necessidade de dar vazão aos produtos. Eis que a atividade publicitária ganhou força.

Como decorrência da imersão em um mercado no qual estão postos produtos padronizados, sem que se possa saber seu real conteúdo, porquanto se encontram selados pelo lacre, e do emprego de práticas agressivas para induzir a compra dos bens produzidos, nasceu o dever de proteção estatal dos consumidores.

Antes do desenvolvimento do ramo próprio dedicado ao estudo do direito do consumidor, com vistas às peculiaridades da relação de consumo – tais como a hipossuficiência de um dos pólos da avença (o consumidor, por excelência) – e às abusividades cometidas pelos fornecedores em função da posição de superioridade na relação.

Considerando a possibilidade de impor ao adquirente do produto cláusulas limitativas de responsabilidade, eliminação de concorrência, e muitas outras práticas danosas à formação do contrato – as influências advindas do direito romano que até então preponderavam – entre as quais podem ser citados os princípios da autonomia da vontade, da responsabilidade calcada na culpa e do *pacta sunt servanda* – tiveram que ser flexibilizadas a fim de reconstruir as estruturas da relação jurídica. Buscou-se equalizar a relação jurídica, que estava

---

[6] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 28.

desequilibrada, porque nela o consumidor foi reduzido à condição hipossuficiente e o fornecedor elevando ao patamar mais alto.[7]

Uma vez reconhecida a deficiência no tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico vigente até então, repensou-se um novo entendimento para este tipo de relação jurídica em específico. Para tanto, mais do que a mera atualização da letra da lei, propôs-se novos fundamentos para o direito analisado sob a perspectiva da parte economicamente mais fraca.

Embora seja possível verificar sinais de movimentos em prol dos direitos do consumidor já no século XIX, todos eles estavam relacionados a questões sociais, geralmente de cunho trabalhista, ou de saúde – a exemplo da New York League, que elaborava as chamadas "listas brancas", na qual relacionava os empregadores de respeitavam os direitos trabalhistas, e o romance The Jungle, escrito por Upton Sinclair, no qual era descrita a precariedade de higiene no processo de fabricação dos embutidos, bem como as condições de trabalho dos empregados nos abatedouros. Ocorre que tais movimentos não eram vistos como luta por direitos dos consumidores em si, mas como tentativa de emplacar fatores limitantes ao poderio dos empregadores.[8]

Considera-se, então, o marco divisor de águas do reconhecimento da necessidade de tutela dos direitos específicos do consumidor a mensagem do Presidente norte-americano John Fitzgerald Kennedy, que afirmou: "Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e provadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos nunca são ouvidos". Nessa nota presidencial fica clara a propositura dos direitos básicos do consumidor, que refletiram os fundamentos dos movimentos consumeristas no plano internacional: direito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a serem ouvidos.[9]

Foi nessa época – década de 1960 – em que tiveram início movimentos em prol dos direitos do consumidor. O referido levante foi intitulado "consumerismo".

Explica Giacomini Filho que "o termo é um anglicismo derivado de *consumerism*, que designa o movimento de consumidores e entidades americanas

---

[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

[8] Idem, 2010, p. 4-5.

[9] Idem, 2010, p. 5.

do início desta metade de século; teve repercussões marcantes não só na estrutura de consumo dos Estados Unidos como em diversos países capitalistas". O referido levante, quando encarado de forma ampla, tem como objetivo a busca por melhores condições de vida, sendo que no âmbito do direito do consumidor, se traslada nos direitos à informação, à prevenção de acidentes, à livre escolha, e ao impedimento aos abusos e fraudes de qualquer natureza.[10]

Acrescenta ainda o mencionado Mestre que:

> A insatisfação é o ponto de partida para ação consumerista, podendo dar-se em relação a um produto, serviço, idéia, instituição ou grupo. Tal ação é mais comum na compra e consumo de produtos comerciais, notadamente bens adquiridos pelo consumidor particular; mas são igualmente importantes na geração de descontentamento as ações contra o ambiente, a ecologia, minorias, patrimônios públicos e naturais dentre outros. A insatisfação pode ser introspectiva ou exteriorizada: pode manifestar-se de várias formas e ter repercussões como o reparo do dano, a não repetição do fato ou alardeamento da ação enquanto persistir a insatisfação. Estes desdobramentos tanto podem advir de fatos isolados e espontâneos, como provir de ação planejada e organizada de indivíduos, grupos e instituições.[11]

O retro citado doutrinador afirma que a ciência – quando compara o progresso do movimento consumerista brasileiro com o norte-americano – acaba por equiparar o termo "consumerismo" às expressões "proteção do consumidor", "proteção ao consumidor" e "defesa do consumidor".

No entanto, posto que igualmente não se constituam antônimos, afirma-se que para o consumerismo o bem considerado é a sociedade e a qualidade de vida; suas ações tem repercussão transregionais; os danos são vistos como prejuízo de valor social; a ação institucional se dá no âmbito coletivo, sendo a ação guiada por uma consciência coletiva; tem repercussões em cadeia nas instituições sociais; enseja cobertura dos meios de comunicação em massa; há a possibilidade de receber influência de países do exterior; preocupa-se com minorias, criança, meio-ambiente etc.; tem origem nos Estados Unidos da América. Em contrapartida, para a proteção ou defesa do consumidor, consideram-se como alvo da proteção bens e serviços; a ação é localizada; os danos são enfrentados como prejuízos de ordem patrimonial; a ação institucional se dá, geralmente, no âmbito individual, sendo guiada por interesses próprios; os efeitos são limitados; não repercute junto aos

---

[10] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 18.

[11] Idem, 1991, p. 19.

meios de comunicação massiva; a possibilidade de gerar efeitos no exterior é remota; a preocupação é com o consumo; e tem origem no corpo social.[12]

Assim, para exercer influência sobre a massa, a publicidade teve que se expandir, ampliando seus horizontes. Desde então, teve que transcender os limites dos jornais e revistas – as chamadas mídias tradicionais – já que estes veículos de informação eram adstritos aos que, além do hábito da leitura, eram alfabetizados.

Do inconformismo com as situações cada vez mais aviltantes e da vontade de arranjar meios para conceder ao consumidor melhor tratamento, o movimento consumerista tirou força para se instalar no Brasil.

1.2 NOÇÃO CONCEITUAL DE PUBLICIDADE, SUAS CARACTERÍSTICAS E SEUS EFEITOS SOBRE O CONSUMO DE PRODUTOS

A publicidade nada mais é do que a comunicação estabelecida entre o fornecedor e consumidor de um determinado produto, com a finalidade precípua de consumo deste.

Observando que o ordenamento jurídico não traz uma definição legal para publicidade, Benjamin conceitua o termo da seguinte maneira: “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão”[13].

Na noção conceitual trazida pelo referido estudioso do tema, tem-se uma visão bastante ampla, que é derivada da junção de inúmeras outras tentativas de conceituação feita por vários estudiosos do tema.

O conceito de publicidade não se encerra nessa definição. Há que se consignar ainda a existência da chamada publicidade institucional - também intitulada como publicidade de imagem ou corporativa – que se traduz naquela que visa divulgar a imagem do fornecedor, melhorando sua aparência perante o mercado.

Apontam Nunes Júnior e Matos que, no conceito de publicidade, estão inseridos quatro aspectos. O primeiro deles é o material, que se revela na condição de fenômeno da comunicação social. Em seguida, é destacada a feição subjetiva,

[12] Idem, 1991, p. 21-22.

[13] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor**.** n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30.

que se refere ao patrocinador do anúncio publicitário, podendo este ser ente público ou privado, personalizado ou não. Há também o semblante conteudístico, que é essencialmente econômico, porque se desenvolver em uma atividade de cunho econômico. E, por fim, o ponto de vista finalístico, que considera o intuito convencer o destinatário, por meio da persuasão, da necessidade de consumir determinado produto[14].

É uníssono que a publicidade busca caracterizar o produto de forma a diferenciá-lo – pelo menos no âmbito psicológico do consumidor – dos demais que se encontram a disposição.

Com o fenômeno da industrialização, a produção de bens de consumo foi aperfeiçoada, ganhando cada vez mais celeridade. Além disso, conta-se com a uma crescente integração de mercados, não só no âmbito nacional como também na esfera estrangeira.

Desse modo, a produção de mercadorias – que antes era voltada aos anseios da sociedade, confeccionando-se aquilo que era necessário para suprir suas necessidades – ao tomar grandes proporções, teve que arranjar meios de escoar o que era produzido em escala. Uma grande aliada encontrada para atingir esse objetivo foi a publicidade, que desenvolveu técnicas persuasivas de venda a ponto de criar nos consumidores necessidades cada vez mais sofisticadas, incutindo-as em seus modos de vida, estando elas geralmente relacionadas ao lazer e ao conforto.

O conceito de necessidade é definido pelas ciências publicitárias como "um estado de carência, privação ou sensação de falta de algo essencial para a pessoa"[15].

Podem ser de dois tipos: inatas ou adquiridas. Sobre a distinção, explica Tânia Maria Vidigal Limeira que:

> A **necessidade inata** é carência inerente á natureza humana e recorrente ao longo da vida, como as necessidades fisiológicas e de sobrevivência. Enquanto for vivo, todo ser humano, terá de se alimentar e realizar sua higiene diariamente, por exemplo.
> A **necessidade adquirida** é aquela originada pelo contexto cultural e social, em decorrência das interações sociais, e que evolui com o tempo e a experiência da sociedade. Como exemplo, usar chapéu era um hábito

[14] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de Defesa do consumidor interpretado** (doutrina e jurisprudência). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

[15] LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

> obrigatório, estabelecido pela sociedade, durante o início do século passado, mas que deixou há muito de ser adotado Poe homens e mulheres.
> Também pode-se classificar as necessidade em **biogênicas** (decorrentes de fatores fisiológicos, como fome, sede, sensação de frio), **psicogênicas** (de origem psicológica, como poder, *status*, reconhecimento, auto-realização), **utilitárias** (como lavar roupa, passar a ferro, limpar o carro) e **hedônicas** (necessidade de prazer, emoção e fantasia).
> Quando nos tornamos conscientes de uma necessidade, ocorre uma discrepância entre o estado atual (como estamos) e o projetado (como queremos estar), o que provoca **tensão**, isto é, um desconforto ou mal-estar físico e ou psicológico. A pessoa procura, então, satisfazer sua necessidade para eliminar o desconforto.
> Uma distinção deve ser feita entre desejo e necessidade. Diferentemente da necessidade, o **desejo** é um estado psicológico direcionado à obtenção de uma satisfação por si mesma (saborear uma pizza, por exemplo), sem que seja preciso haver uma carência (fome) que justifique o sentimento e a ação decorrentes. Mas o desejo e a necessidade estão relacionados, isto é, o desejo de saborear uma pizza alia-se à necessidade de eliminar a fome.[16]

A publicidade atua exatamente sobre a zona de desconforto criada pelo desejo de adquirir algo a fim de suprir alguma necessidade. Explora as vaidades humanas a fim de produzir um impulso, não necessariamente orgânico – isto é, natural e inerente à existência – que reflita no consumo de algum bem.

Para levar a efeito seus objetivos, ensina o publicitário Sant'Anna que:

> A publicidade [...] atuando isoladamente ou em combinação, leva o consumidor através de sucessivos níveis que podemos denominar de nível de comunicação: desconhecimento, conhecimento, compreensão, convicção e ação.
> a) Desconhecimento: é o nível mais baixo de comunicação. Neste nível estão as pessoas que jamais ouviram falar do produto da empresa.
> b) Conhecimento: como base mínima temos que nos esforçar para conseguir identificação do produto por parte do consumidor.
> c) Compreensão: neste estado o consumidor não só tem conhecimento do produto ou do serviço, mas também conhece a marca e reconhece a embalagem, bem como possui um certo conhecimento do que é produto e para que serve.
> d) Convicção: além dos fatores racionais do produto, a preferência do consumidor se dá, também, por motivos emocionais.
> e) Ação: o último nível é onde o consumidor realizou algum movimento premeditado para realizar a compra do produto.[17]

Às inovações tecnológicas aplicadas aos meios de comunicação se atribui grande importância para a transformação do conceito de publicidade até chegar ao que se tem atualmente. Em razão das constantes superações havidas no âmbito da tecnologia, o meio de propagação de ideias e notícias transformou-se em uma mercadoria.

---

[16] Idem, 2008, p. 5, destaques no original.

[17] SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica e prática. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 75.

Embora esteja geralmente associada aos seus veículos (televisão, rádio, jornais, cinema, etc.), com eles não se confundem. Há, em verdade, uma relação de dependência, sendo que a "a publicidade depende da comunicação moderna para o bom desempenho de sua função"[18]. O meio de comunicação utilizado é fator determinante da extensão dos efeitos da publicidade, pois está diretamente relacionado a delimitação da coletividade que será atingida. Quanto maior é a amplitude do veículo, maior é a massa afetada pela mensagem anunciada.

Outro fator colaborativo a expansão da publicidade tal como é hoje conhecida é a criação das agências de propaganda, que profissionalizaram o setor da divulgação, conferindo-lhes marcas de autonomia de modo a lhe facilitar o crescimento.

É claro que a ciência publicitária, tal como é vista hoje, é nova, fruto de grandes desenvolvimentos do ramo.

Jacobina afirma que "enquanto atividade organizada, a arte publicitária é recente – mormente em seu aspecto *comercial*. No aspecto *ideológico*, é tão velha quanto o homem, pois, desde que esse desceu das árvores e passou a ter consciência de si, desenvolveu um discurso ideológico visando à dominação do semelhante.[19]

Ressalva, ainda, Benjamin que "embora o fenômeno publicitário não seja propriamente recente, é dos últimos anos esta forma de enxergá-lo, em particular pelo Direito".[20]

Nos moldes como é concebida hoje, é inegável a associação da expansão da publicidade ao processo industrial, pois,

> Sem a publicidade não seria possível o surgimento dos nossos grandes mercados de consumo que permitiram o aparecimento da fabricação em série, base da indústria moderna. Se entendermos o verbo vender num sentido amplo, generoso, de levar aos outros a mensagem capaz de interessá-los em determinada ação, a finalidade principal da publicidade é vender. [...] Não devemos cair no excesso de pensar que apenas a publicidade pode vender determinada mercadoria. Ela ajuda, estimula, motiva a venda. Mas sem os demais fatores essenciais: qualidade do artigo, apresentação atraente, facilidade de distribuição, condições de preço, etc.,

---

[18] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 229.

[19] JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 21.

[20] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor**.** n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26.

> seria insensato pensar que a mensagem publicitária alcançasse os objetivos desejados.[21]

Portanto, pode-se dizer que:

> A publicidade é também uma das consequências da sociedade industrializada e massificada. Na época em que a produção era artesanal a comunicação entre o fornecedor e o comprador era feita pessoalmente. A partir da Revolução Industrial, entretanto, tornou-se necessário um sistema de comunicação de massa, aí tendo origem o fenômeno da publicidade na atual sociedade de consumo, em todos os países do mundo. O seu objetivo primordial, ninguém desconhece, é informar o consumidor sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado para despertar o seu interesse e levá-lo a adquiri-los.
> Isto confere à publicidade uma poderosa ação sobre o consumidor, capaz de criar-lhe necessidade, mexer com seu inconsciente, modificar padrões de consumo, inserindo o produto anunciado entre as novas necessidades.[22]

Nas lições do já citado publicitário Sant'Anna, encontra-se uma boa síntese da transformação do papel da publicidade, quando diz que: "Considerada durante muito tempo simples auxiliar de vendedores que por ela poderiam atingir o consumidor em potencial, não identificável, a propaganda, pela evolução de suas técnicas, adquiriu nova dimensão. Tornou-se um fenômeno econômico e social capaz de influenciar e modificar os hábitos de uma população no seu conjunto."[23]

A criatividade dos publicitários não encontra barreiras. Ao se voltar a atenção para o meio em que se vive, denota-se inquestionável que tudo vira meio de veiculação de propaganda. Desde os meios convencionais – outdoor, panfletos, e outros veículos de comunicação massiva, tais como televisão, rádio e jornais – até meios inusitados, tais como o corpo das pessoas, calçadas, fachadas de imóveis, dentre inúmeros outros meios.

Além disso, a técnica publicitária é invasiva, empregando sempre linguagem imperativa, com o propósito de formar a falsa ilusão no destinatário do anúncio de que necessita consumir o produto, potencializando a crença no seu poder de satisfazer a necessidade sentida.

Há outros fatores que, embora relacionados à venda da imagem do produto, não são o objeto propriamente dito da publicidade. É irrefutável o efeito envolvente da atmosfera do ambiente de um centro de compras ou de um

---

[21] SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática.** 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 76.

[22] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-121.

[23] SANT'ANNA, Armando. **Propaganda:** teoria, técnica e prática. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 78.

hipermercado. Ambos têm, por meio da combinação de elementos – que vão desde a formatação do espaço pela disposição dos produtos, até a iluminação, sonorização e odorização do ambiente – a pretensão de tornar o local agradável à percepção do consumidor, deixando-o confortável para adquirir os produtos ou serviços ofertados. Essa reunião de vários produtos em um só lugar torna facilita o consumismo e estimula a compra.[24]

Estudos já foram realizados por profissionais da psicologia com o intento de demonstrar as influências exercidas por estes elementos relacionados à percepção dos consumidores no espaço varejista. Como ilustração, cita-se o exemplo do estudo relacionado à sonorização do ambiente:

> As pessoas são compostas de emoções. Para Sheth et al. (2008), somos criaturas de emoção. No entanto, apenas depois dos anos 80 que se passou a associar as emoções ao comportamento do consumidor (HOLBROOK; HIRSCHMAN, 1982). Na psicologia esta idéia, de que os indivíduos respondem emocionalmente ao ambiente, é largamente aceita (MACHLEIT; EROGLU, 2000).
> Segundo Holbrook e Hirschman (1982), a inclusão das emoções no estudo de marketing permitiu um entendimento maior sobre as experiências de consumo. Em 1987, Westbrook averiguou que os consumidores respondem emocionalmente a produtos e experiências de consumo. Com isso, podemos constatar que as emoções têm forte papel nas respostas comportamentais.
> [...]
> Os profissionais de marketing podem, então, responder às emoções dos clientes criando estímulos, como produtos e serviços adequados às sensações emocionais desejadas pelos consumidores, além de auxiliá-los na análise dos significados, através da comunicação (SHETH; MITTAL; NEWMAN, 2008). De acordo com Fiori e Kim (2007), as experiências de compras compreendem mais do que a simples aquisição de produtos, demonstrando que o estudo deste processo ainda pode fornecer uma série de informações sobre o cliente. Desta forma, não devemos nos focar nos produtos em si, mas nos serviços que os produtos podem proporcionar.
> Assim, as variáveis ambientais podem ser manipuladas para criar emoções agradáveis nos consumidores (MACHLEIT; EROGLU, 2000). Estes autores observaram que é possível criar experiências de compras positivas alterando os elementos da atmosfera.[25]

Tal técnica ilusória é tão agressiva que o estado se viu obrigado a restringir quase que na integralidade a atividade publicitária em relação a alguns produtos em específico, a fim de cumprir a disposição constitucional contida no parágrafo 4º do art. 220, o qual prescreve: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições

---

[24] HERTER, Márcia Maurer. **O efeito da música nas intenções de comportamento do consumidor.** 2010. Monografia – Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

[25] Idem, 2010, p. 26-28.

legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

Diante da ordem expressa na Carta Federal, a publicidade dos medicamentos foi bastante tolhida[26], visto que nesse sentido induzia a automedicação, o que é extremamente nociva à saúde pública.

Com o mesmo fundamento, outros setores, na perspectiva publicitária, restaram bastante engessados, embora não completamente obstados. É o caso das bebidas alcoólicas[27] e dos cigarros[28], por exemplo.

---

[26] As restrições à atividade publicitária relacionada a medicamento estão elencadas no art. 7ª da Lei 9.294 de julho de 1996, tendo o texto normativo sido alterado pela Medida Provisória n. 2.190-34 de 2001.

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

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

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

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

§ 4º É permitida a propaganda de medicamentos genéricos em campanhas publicitárias patrocinadas pelo Ministério da Saúde e nos recintos dos estabelecimentos autorizados a dispensá-los, com indicação do medicamento de referência.

§ 5° Toda a propaganda de medicamentos conterá obrigatoriamente advertência indicando que, a persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado.

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

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

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

[28] Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.

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

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

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

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

IV – não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes.

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da

Além de terem inúmeras restrições, foram feitas imposições no sentido de advertir os consumidores sobre as consequências do consumo dos produtos anunciados, a fim de salvaguardar a saúde pública.

Em relação ao álcool, a lei ordena que o anunciante alerte sobre os riscos da ingestão imoderada, além de impor o conselho de não dirigir ao ingerir o conteúdo alcoólico, face à alteração comportamental decorrente.[29]

Uma relação jurídica não fica adstrita ao negócio jurídico em si, este entendido como o contrato de que se fala o direito civil. Há também as fases pré e pós-contratuais.

A publicidade, que tem inegável influência nas relações de consumo, é localizada no período anterior à realização do pacto, ou seja, tem lugar antes da manifestação de vontade das partes no sentido de concretizar a existência de uma relação obrigacional, isto é, na fase pré-contratual. Desse modo, importa efeitos obrigacionais, até mesmo porque, embora tenha potencial lesivo, também traz benesses.

Diz Benjamin que:

> Como intermediária entre os sujeitos do mercado, o objetivo principal da publicidade é fazer com que os consumidores em potencial tomem conhecimento da existência do produto ou serviço e, após, informá-los sobre as suas características, de modo a levá-los a uma decisão de compra. Nesse sentido informativo, a publicidade beneficia, a um só tempo, os fornecedores e consumidores, trazendo também os benefícios para a economia como um todo. [30]

Refletindo sobre o argumento citado doutrinador, percebe-se que a publicidade, conquanto possa ser utilizada de forma lesiva, não somente prejudica o

---

Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

§ 3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no **caput** deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem.

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

§ 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será seqüencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses.

[29] Art. 4º-A. Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção.

[30] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan./mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32.

consumidor, beneficiando-o sobre alguns aspectos. Se por um lado é proveitoso o conhecimento acerca da diversidade de mercadorias a disposição do consumidor, por outro lado a utilização do poder de persuasão de forma indevida leva a não identificação dos abusos cometidos pelos fornecedores, que tem seus lucros maximizados pelo fluxo contínuo de escoamento de mercadorias produzidas em larga escala no mercado.

Como detentor do conhecimento sobre os bens, o fornecedor ocupa posição superior ao consumidor, a quem sequer é facultado o direito de entender as regras do mercado em que está obrigatoriamente inserido. Assim, sem assuntar o que de fato acontece, acaba ficando sujeito a abusos de toda ordem.

Perpassada a síntese do pensamento doutrinário sobre a delimitação do termo publicidade, faz-se necessário distingui-la de outras expressões que por vezes são tratadas como sinônimos, a despeito de não o serem.

1.1.1 Distinção de publicidade e propaganda

Para bem caracterizar a função da publicidade, há que se apresentar a diferença do termo propaganda. Muito embora no cotidiano não se atenha a diferenciação das expressões, sendo ambas utilizadas indistintamente, as funções de uma e outra são diferentes.

A doutrina jurídica não diverge quanto à aplicação dos termos[31]. A exemplo do pensamento dos juristas sobre a empregabilidade dos conceitos, Cavalieri Filho trabalha os conceitos da seguinte maneira:

> **Publicidade** tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. **Propaganda**, por sua vez, visa um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico. **A propaganda eleitoral ou partidária** é bom exemplo do correto emprego do termo *propaganda*. Outros exemplos são as campanhas governamentais contra acidentes de trânsito, conta AIDS, pró-vacinação etc.[32]

---

[31] O mesmo não é possível afirmar sobre a conceituação feita pelos publicitários. Alguns autores desse ramo entendem como sinônimos os termos publicidade e propaganda, a exemplo de Giacomini Filho que confere a seguinte definição: “Entende-se por publicidade ou propaganda, neste estudo, a forma de comunicação identifica e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação em massa.” GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda.** 3. ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 15.

[32] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122, destaques no original.

No mesmo sentido, complementando o conceito dado pelos juristas, traz-se também a definição elaborada por Sant'Anna, que diz:

> Publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e designa a qualidade do que é público. Significa o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma idéia.
> Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar a fé católica pelo mundo. Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido.[33]

Completa o referido Publicitário:

> A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender os produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios.[34]

Ressalta Dias que a finalidade da publicidade "é estimular as vendas ou crias certo estilo de vida por meio da difusão e enaltecimento doas qualidades de um produto ou serviço". E, mais a frente, adita que "a publicidade, por seu turno, é a forma de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma empresa com o objetivo de despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida" [35]

Então, entender-se-á propaganda como a divulgação de ideologias, tal como a fé religiosa, o nazismo, e as de cunho político. Enquanto publicidade será considerada aquilo que tem por finalidade precípua a propagação de informações sobre determinados produtos ou serviços que estão disponíveis no mercado aos consumidores que desejarem adquiri-los, com o objetivo de estimular a compra.

Repare-se que até mesmo o Legislador confunde a terminologia. Na Magna Carta o Poder Constituinte consignou a expressão "propaganda comercial" no § 4º do art. 220. E, no plano infraconstitucional, empreendeu nos artigos 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor o termo "contrapropaganda".

---

[33] SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática.** 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 75.

[34] Idem, 1998.

[35] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22-23.

Muitos autores publicitários utilizam o termo “propaganda comercial” como sinônimo de publicidade. Tal troca terminológica deve-se primeiramente ao equívoco constitucional.

Neste trabalho, no entanto, prezando pelo emprego escorreito dos termos técnicos, embora não seja o melhor esteticamente, escolheu-se utilizar a terminologia “publicidade” somente e não “propaganda”, ainda que acompanhada do termo “comercial” como preferem alguns estudiosos do assunto.

1.1.2 Diferença entre prática comercial, marketing e publicidade

De início, pode-se dizer que os conceitos de publicidade, marketing e prática comercial estão inseridos uns nos outros na ordem retro colocada.

As práticas comerciais constituem o universo mais amplo dos três. Como elemento mais relevante, ressalvando não ser o único, é apontado o *marketing,* que é entendido como “o processo intermediário por meio do qual ocorrem as trocas entre pessoas e grupos sociais: ou, de outra maneira, a atividade humana que busca satisfazer as necessidades e desejos mediante processos de troca.”[36]

A noção de *marketing* está, em regra, associada ao conceito de publicidade, por ser essa o principal expoente daquele. Porém, há que se deixar claro que não fica o *marketing* adstrito à ideia da publicidade.

O *marketing* envolve desde as atividades de pesquisa de mercado com o objetivo de averiguar a viabilidade de inclusão de um produto na grade comercial – por meio da análise das “necessidades” (por vezes induzidas) mercadológicas – até a distribuição dos produtos e a facilitação do acesso aos consumidores. Após isso, ainda trilha-se os caminhos da publicidade, para tornar o produto conhecido pelo destinatário, e das atividades auxiliares de incentivo à venda – dentre as quais, podem ser citadas as ofertas de desconto, promoções, liquidações, bonificações, programas de fidelidade, cupons de desconto, agrupamento de produtos (levar mais por menos preço), brindes acompanhando o produto principal, etc.[37]

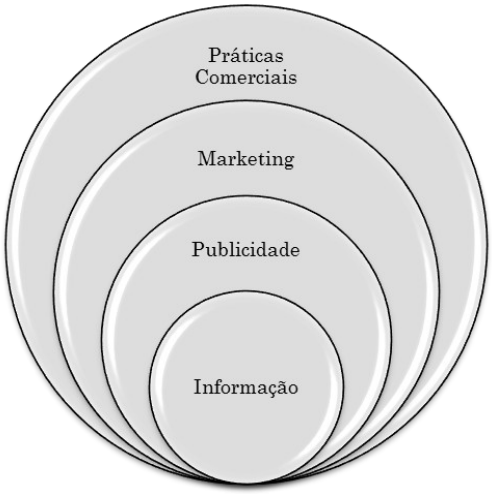
---

[36] O conceito de marketing acima transcrito resulta da interpretação feita por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin dos ensinamentos extraídos dos escritos de Ben Enis (no livro Princípios do marketing, na versão traduzida por Auriphebo Berrance Simões, São Paulo, Atlas, 1983, p. 31). -GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 265, v. 1.

[37] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24-25.

Em breve síntese, expõe Herman Benjamin que "práticas comerciais são o gênero ao qual pertence o *marketing*, sendo a publicidade uma das atividades deste."[38]

A partir do resumo o Autor acima mencionado, construiu-se a seguinte representação gráfica:



(figura 1[39])

Ainda que seja cabível a diferenciação, deve-se frisar que o Código de Defesa do Consumidor não deixou de contemplar todas as modalidades de práticas comerciais lesivas[40]. O fato de ter dado realce à publicidade não importa na exclusão dos demais atos abusivos cometidos no mercado.

1.1.3 Informação X Publicidade

Cabe ainda diferenciar publicidade de informação.

Informar, como se pode facilmente deduzir, é o objetivo de prestar uma informação, que pode ser exemplificada pela simples descrição de um produto ou serviço, tal como um manual de instruções ou uma bula de medicamento[41].

Indica Benjamin três características que distinguem a publicidade da informação, sendo todas elas atribuídas àquela: a) finalidade incitativa, por meio da persuasão do consumidor; b) objetivo comercial, bem representado pelo intuito de

---

[38] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270, v. 1.

[39] Representação gráfica construída a partir da síntese elaborada por Herman Benjamin.

[40] Vide arts, 39, 46, 47 e 51 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

[41] Exemplos dados por Sérgio Cavalieri Filho no livro Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

fazer circular no mercado bens e serviços; e c) caráter passional, no sentido de despertar vontades no consumidor.[42]

Assim, tem-se que a publicidade ultrapassa os limites da mera informatividade, objetivando incitar o consumo, utilizando, para tanto, recursos publicitários, sejam eles gráficos ou sonoros.

1.3 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PUBLICIDADE

Muitas foram as mudanças sociais no decorrer do tempo. A sociedade, em constante crescimento, torna-se, a cada dia, mais heterogênea, buscando sempre novos conceitos, inovações. Os indivíduos desenvolvem gostos diversos e, portanto, exigem mais do mercado, procurando novos produtos.

A comunicação publicitária, em decorrência das transformações, não pôde ficar estagnada. Teve que se aprimorar a fim de ficar mais ágil e eficaz entre as pessoas para garantir sua perpetuação. Para tanto, além de estudos em diversas áreas do conhecimento – tais como da administração para conseguir avaliar as tendências mercadológicas, e a psicologia a fim de traçar o perfil de consumo dos indivíduos – passou a utilizar tudo o que podia, de modo a se tornar o mais abrangente quanto possível. Nesse contexto, buscaram-se alternativas à tradicional imprensa escrita (jornais, revistas, livros, folhetos, etc.), tudo o que pôde ser usado como meio de comunicação, acabou entrando para o rol dos transmissores de mensagens. Estes recursos vão desde paredes – retomando os mecanismos publicitários das cidades antigas –, placas, calçadas, até, na era da modernidade, aos recursos virtuais, cada vez mais enraizados no mundo atual.

Tudo isso para permitir que a mensagem ganhasse a maior dimensão possível, alcançando o maior número de pessoas que pudesse.

As mudanças não ficaram adstritas às inovações havidas nos mecanismos de transmissão de mensagem e a consequente massificação do consumo. A partir dos anos 20, o caráter informativo da publicidade passou a ser substituído pela “publicidade estilo de vida”, passando a induzir o consumo exacerbado. Nesse contexto o marketing virou marca registrada da sociedade de consumo, não se podendo mais dissociá-los.[43]

---

[42] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan./mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

[43] Idem, 1994, p. 27.

Alguns autores, como Benjamin, consideram como ponto de partida da publicidade o anúncio impresso veiculado na Inglaterra, em 1477, de autoria de William Caxton, ofertando livros religiosos[44].

Outros, a exemplo de Jacobina, entendem que a publicidade, com a finalidade comercial, tem como ponto de partida a criação da imprensa, sendo o primeiro anúncio datado em 1649, segundo historiadores, que foi publicado na Inglaterra, no jornal *Imperial Intelligencer*[45].

Em acordo com essa concepção há também outras manifestações na doutrina, que assinalam como comum a feitura de anúncios – levando ao conhecimento do público a intenção de venda de bens, tais como navios mercantes, até medicamentos – publicados em jornais ingleses, os chamados "mercuries", no decurso do século XVII.[46]

Apesar de receber pouca ênfase, outro utilizado artifício publicitário empregado foi o cartão-postal. Inicialmente era impresso pela empresa que cuidava do serviço postal, contendo uma foto de um lado, e do outro, campos destinados ao preenchimento do endereçamento. Atrativo pelo baixo custo e pela facilidade de remessa, depois passou a ser utilizado por fornecedores. Alguns historiadores apontam o ano de 1876 como a primeiro emprego dessa técnica nas funções publicitárias, com o anúncio do Chocolate Suchard, originário da Suíça, recomendando seu uso em receitas. Outro exemplo é o anúncio da cama desdobrável produzida por H. C. Swain, em New York, por volta do ano de 1888. Também, em sentido inverso, os consumidores utilizavam os postais para realizarem seus pedidos. As técnicas elaborativas do cartão-postal, assim como ocorreu em todos os meios publicitários, evoluíram, sendo agregados os conceitos de beleza, derivados de estudos relativos à psicologia e às questões de apresentação, com cores chamativas, reprodução de obras assinadas por grandes artistas, o que incentivou o uso para finalidades comerciais.

Aos poucos, a era dos cartões-postais foi perdendo força, fato esse que data de 1920. Tomou seu lugar os cartazes, que tinham proposta diferente. Estes, embora não ficassem adstritos aos destinatários, eram marcados pela restrição

---

[44] Idem, 1994, p. 26.

[45] O conteúdo de tal mensagem dizia respeito ao roubo de cavalos. In: JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

[46] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan./mar, 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26.

espacial, isto é, o alcance das informações é relacionado à movimentação do local em que é exposto o "pôster"[47].

No Brasil, segundo Giacomini Filho[48], o surgimento da publicidade tem data posterior. Na época colonial, quando a oferta não era grande, a divulgação dos produtos era basicamente de forma direta, pelo próprio vendedor da mercadoria, ou ainda pela indicação de conhecidos e amigos. Nessa fase, não há que se falar em publicidade como meio de comunicação visando atingir massas.

No século XIX, sob a vigência do período imperial, com o advento dos jornais e a introdução da imprensa, verifica-se o início dos contornos da publicidade propriamente dita, exercendo, de forma bastante primária, as funções informativa e promocional[49]. Embora estivesse dando seus primeiros passos, já era possível extrair não só preocupação dos anunciantes com a veracidade das informações, mas também com traços de enganosidade.[50]

Aos poucos, por volta de 1900 as fotografias passaram a integrar o texto dos jornais e as revistas se popularizaram. No mesmo momento histórico, a indústria fonográfica e cinematográfica foram introduzidas no mercado publicitário.

Com o advento do rádio, nos anos 20 do século passado, a publicidade ganhou novo aliado, que logo em seguida, cerca de 20 anos mais tarde, passou a ser acompanhado pela televisão, por volta de 1950[51], momento que se transformou em uma grande indústria, movimentando quantia imensurável e atingindo os consumidores a nível global.[52]

Por ganhar força a atividade publicitária, teve lugar a preocupação com as questões éticas. Em 1932, foi proibido a anúncio prometendo a cura de doenças consideradas incuráveis. Mais tarde, em 1934, a lei se manifestou contrária à publicidade enganosa.

---

[47] CARDENA, Nelson Varón. **Brasil** – 100 anos de propaganda. São Paulo: Editora Referência, 2001, p. 17

[48] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1991, p. 25-40.

[49] Os jornais da época eram: Correio Braziliense, Gazeta do Rio de Janeiro, Diário do Rio de Janeiro e Diário de Pernambuco. Posteriormente, já em no final do século XIX, surgiu o jornal A província de São Paulo, atualmente denominado O Estado de São Paulo.

[50] Giacomini Filho exemplifica a publicidade comprometida com a veracidade das informações o anúncio da Casa Muniz e enganosa a anúncio do Xarope de Honório Prado.

[51] A primeira emissora no Brasil foi a TV Tupi, instala em São Paulo, em 1950.

[52] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan./mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

A partir da década de 40, algumas leis foram editadas para conferir ao consumidor proteção contra os abusos dos fornecedores de produtos. São elas: Lei 4.680/65, dispondo sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e regulamentada pelo Decreto 57.690/60; Lei 5.768/71 que trata da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, regulamentada pelo Decreto 70.951/72; Código de Autorregulamentação Publicitária, na década de 70, com o fito de regular a atuação ética dos profissionais de setor; Lei 7.802/89, que dentre outros assuntos cuida da "propaganda comercial" e, finalmente, o Código de Defesa do Consumidor.

2 A ÉTICA PUBLICITÁRIA, PRINCÍPIOS NORTEADORES E A PUBLICIDADE ILÍCITA

A atividade legislativa estatal consumerista tem como objetivo principal a elevação do consumidor ao nível do fornecedor para dar-lhe condições de igualdade para entabular negócios jurídicos, de modo a garantir a neutralização do desequilibro natural de uma relação em que as partes encontram-se, inevitavelmente, em categorias distintas.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor buscou-se a harmonização das relações de consumo. E, na qualidade de alicerce desse sistema, a boa-fé contratual figura como fundamento primeiro de uma avença jurídica que se diz contrabalanceada – art. 4º do Código de Defesa do Consumidor[53].

Ainda na fase pré-contratual, o princípio da boa-fé é imperativo. Por essa razão, como elementos de concretização do princípio matriz, desenvolveram-se outros para modular o exercício ético da atividade publicitária perante o consumidor.

1.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE

[53] 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:

[...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]

Segundo os estudos de Benjamin – autor que faz a classificação mais abrangente – são identificáveis oito princípios no Código de Defesa do Consumidor que são aplicáveis à publicidade, conforme será explicitado nos tópicos subsequentes[54].

2.1.1 Princípio da identificação da publicidade

O princípio da identificação da publicidade está consagrado no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, que é redigido da seguinte forma: "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". A consideração é feita em termos semelhantes no Código de Autorregulamentação Publicitária[55].

A redação do dispositivo, da forma é posta, dispensa grandes digressões.

A publicidade deve ser clara a tal ponto que o consumidor possa compreendê-la de forma "fácil e imediata". A lei objetiva dar ao consumidor o direito de ter consciência de estar diante de uma mensagem publicitária, que tem por finalidade convencê-lo de adquirir algum bem.

Em suma, o que se busca é garantir que o consumidor contemple a publicidade de forma consciente, oportunizando-lhe a formação de couraça contra os apelos dirigidos à manipulação da vontade, que de lado algum são revestidos de imparcialidade[56].

Por força deste dispositivo quedam-se obstadas as publicidades, dissimuladas, clandestinas e subliminares, as quais serão diferenciadas nos tópicos a seguir.

2.1.1.1 Publicidade dissimulada ou oculta

Segundo a definição dada por Pasqualotto, publicidade dissimulada – também intitulada oculta ou redacional – é aquela travestida de reportagem. Esta

---

[54] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 333-335.

[55] **Artigo 28 -** O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

[56] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de Defesa do consumidor interpretado** (doutrina e jurisprudência). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

modalidade “aparenta ser uma notícia isenta, revestida de objetividade, como se o órgão de divulgação que a transmite estivesse prestando uma informação ao público ou realizando uma simples reportagem.”[57]

A veiculação de uma mensagem desse tipo não é vedada, desde que seja identificada como tal. Embora exteriorize ser isenta de carga persuasiva, é sempre conveniente chamar atenção do consumidor ao caráter publicitário da informação, pois, ainda que não seja a finalidade direta convencê-lo de comprar algum produto ou serviço, indiretamente é o que acaba ocorrendo.

É o teor do art. 30 do Código de Autorregulamentação Publicitária, que ordena: “A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor”.

O mesmo não se aplica às mensagens editoriais que transmitam dados sobre produtos, sem promovê-los, ainda que descrevam o produto e citem as respectivas marcas.[58]

Exemplo ilustrativo de tal situação é a divulgação, em meios de comunicação massiva, de testes realizados pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO – comparando produtos de uma mesma categoria de vários fornecedores.

2.1.1.2 Publicidade clandestina

A publicidade clandestina, também conhecida como *merchandising* ou *product placement*[59], nada mais é do que a inserção não ostensiva de um produto em cenas de filmes ou programas televisivos. Nas situações em que são colocados, a utilização dos bens é encarada de forma natural e vinculada ao personagem da trama.

O conceito da técnica publicitária em comento está na Diretiva 2007/65/CE, que trata da regulamentação das atividades de radiodifusão televisiva, nos seguintes termos: “qualquer forma de comunicação comercial audiovisual que

[57] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 86.

[58] Idem, 1997, p. 86.

[59] “Colocação do produto”, em tradução literal da expressão.

consista na inclusão ou referência a um produto ou serviço ou à respectiva marca comercial num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”[60].

A utilização desse artifício da publicidade, além de violar o princípio da identificação elencado no CDC, é vedada pelo Código de Autorregulamentação Publicitária, que na mesma trilha da Lei Consumerista, impõe, textualmente ao fornecedor o dever zelar pela fácil e imediata extração da qualidade de publicitária da informação que pretende passar. O art. 28 da referida codificação administrativa para atuação nesse ramo apregoa a seguinte disposição: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”.

Complementando a disposição anterior, ainda no mesmo instrumento regulatório, há a norma do art. 31, que com o fito de acabar com o aproveitamento de “oportunidades” por parte dos anunciantes, proíbe o enxertamento de mensagens publicitária em espaços editoriais ou comerciais por meio de “emboscada” ou “carona.”[61]

Cabe aqui mencionar que a mera advertência do espectador no início ou ao final do programa, obviamente, não supre o requisito da identificação, que permanece inadequada.

2.1.1.3 Publicidade subliminar

No que diz respeito à publicidade subliminar, como alerta Pasqualotto, não se trata de um ato de comunicação propriamente dito. É somente uma forma de manipulação, sem que o consumidor dela tome consciência[62].

O entendimento acima referido encontra supedâneo nos estudos do ramo da psicologia, que defendem a existência de comunicação consciente e

---

[60] Diretiva 2007/65/CE – Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0027:0045:PT:PDF Acesso em 27/10/2011.

[61] Art. 31 do Código de Autorregulamentação Publicitária - Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de "carona" e/ou "emboscada", mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

[62] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 91.

inconsciente[63], sendo que a última normalmente se concretizam fora do conceito de verbalização, portanto, no que se ouve ou vê, sem que seja absorvido[64].

Uma forma bastante comum do implemento da subliminaridade, famosa após denúncia de político francês em 1987, é a inserção de "flashs" contendo imagens ou informações sobre um bem, por fração ínfima de um segundo – de modo que o cérebro não identifique conscientemente – nos mais diversos contextos, tais como filmes, informes, ou qualquer outro programa em que possa ser veiculado, afetando o discernimento do consumidor após a exposição.

Os negócios jurídicos – que tem como requisito essencial de validade a manifestação de vontade das partes – decorrentes da influência exercida pela publicidade subliminar são flagrantemente nulos, porquanto burlar o pressuposto de validade de uma avença, considerando a configuração inquestionável de falseamento da vontade humana.

Há, no entanto, dificuldades de se caracterizar a ocorrência dessa modalidade de publicidade ilícita. O próprio Código de Autorregulamentação Publicitária reconhece tal limitação, ressalvando, no entanto, a necessidade de repressão da prática defesa é admitida pela norma citada no art. 29, que estimula, inclusive, a condenação de qualquer tentativa publicitária com efeitos subliminares[65].

2.1.1.4 Teaser

O *teaser* consiste em técnica publicitária que almeja introduzir o anúncio publicitário que posteriormente será levado ao público.

No parágrafo 2º do art. 9º do Código de Autorregulamentação Publicitária encontramos a seguinte definição: "mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público."[66]

---

[63] Embora possa aparentar contraditória a consideração do jurista em relação aos estudos da área da saúde, no que pertine ser ou não a mensagem subliminar um ato de comunicação, a afirmativa de que se refere a uma "forma de manipulação" visa à distinção da comunicação lícita.

[64] COSTA, Marcelo Dolzany. **A comunicação e o acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo02.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

[65] Artigo 29 - Este Código não se ocupa da chamada "propaganda subliminar", por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos "subliminares" em publicidade ou propaganda.
Parágrafo único - Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de "merchandising".

[66] Art. 9º [...] § 9º - O "teaser", assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço

É, portanto, o anúncio do anúncio[67].

O princípio da identificação, em relação ao *teaser*, é flexibilizado. Como não se trata do anúncio publicitário em si, mas apenas parte dele, a norma autorregulamentar admite a não identificação do produto e do anunciante. Porém, no momento em que a comunicação publicitária se completa, a total identificação torna-se exigível.

2.1.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

O princípio da vinculação contratual da publicidade é aquele sobre o qual trata o art. 30 da Lei Consumerista. Diz o referido comando legal que: "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."

A publicidade é considerada como integrante da fase pré-contratual, mas importa, igualmente, na formação de vínculo obrigacional.

Busca-se com essa disposição proteger as expectativas geradas pelo anúncio, já que é inconteste a força persuasiva das técnicas do *marketing* sobre o comportamento do consumidor.

Ensina Cavalieri Filho que: "A publicidade, no regime contratual consumerista, desempenha papel equivalente ao da oferta no regime contratual cível, porque no CDC [...] ela obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado."[68]

Por conseguinte, a validade da proposta do anúncio é presumida, sendo desnecessária a sua verificação por parte do consumidor.

Uma vez referendada a pré-declaração do fornecedor anunciante por meio da aquiescência, livre de vícios ou erro, do consumidor em contrair negócio jurídico, perfectibilizada está a relação de consumo, que teve se implementar nos exatos termos da proposta.

---

[67] CABRAL, Plínio. Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial. São Paulo: Atlas, 1986. Apud BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 339.

[68] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 123.

Caso o fornecedor se negue a prestar o serviço ou entregar o produto nas condições anunciadas, tem o consumidor três alternativas, a teor do art. 35 do CDC[69], a sua escolha: exigir o cumprimento forçado, conforme a oferta; aceitar a contraprestação obrigacional de maneira diversa da avençada; ou ainda a rescisão do pacto, mediante a restituição pecuniária. Já a negativa de prestação da obrigação civil decorrente da proposta, conforme dispõe o art. 427 do Código Civil, resolve-se em perdas e danos, não havendo possibilidade de se exigir a satisfação compulsória.

Interessante destacar que a vinculação da oferta não é plena e incondicional. Para que produza esse efeito, é imprescindível ter a característica da precisão. Isso é, ser clara e precisa o bastante, de modo a não restarem dúvidas. Expressões genéricas e exageradas, os chamados *puffing* – para os quais servem de exemplo as expressões "o mais bonito", "o maravilhoso", "o melhor sabor" –, como destaca Benjamin, não importam a vinculação, desde que não estejam associados ao preço do produto ou a garantia, o que já dá contornos mais precisos à informação, como no caso dos termos "o melhor preço da capital" ou "a garantia mais completa do mercado".[70]

Destaca Pasqualotto que "na lei brasileira, o elemento de precisão (publicidade *suficientemente precisa*), além de medida do conteúdo fático da mensagem, a ser contrastado com o princípio da veracidade, é, para o plano dos efeitos, elemento típico do ato publicitário. Quando esse elemento integra-se, há fato jurídico, apto a formar vínculo obrigacional."[71]

2.1.3 Princípio da veracidade da publicidade

---

[69] 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.

[70] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 276.

[71] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 101.

O Código de Defesa do Consumidor expressou, no art. 31, que “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”.

Ademais, consignou no art. 37 que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

Em seguida, no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo legal, conceituou a publicidade enganosa como “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.”

Também é taxada de enganosa a publicidade omissa em algum aspecto relevante relativo ao produto ou serviço anunciado, conforme preceitua o parágrafo terceiro do mesmo comando legal.[72]

Tem-se aqui uma noção bastante alargada de enganosidade, portanto, meramente exemplificativa, que é embasada em outros conceitos.

O principal elemento caracterizador da publicidade enganosa é sua aptidão para produzir no receptor da mensagem uma falsa percepção do produto, “um juízo equivocado, incorreto a respeito de suas qualidades, quantidade, utilidade, preço ou de qualquer outro dado.”[73]

Outro conceito que permeia a definição legal de enganosidade, abrindo o leque de modalidades, é a falsidade da informação anunciada. Ainda assim, a inverdade tem que ter o poder provocar a ilusão do consumidor.

O dever de veracidade da informação encontra correlato no direito à informação adequada que tem o consumidor – art. 6º, inciso III, do CDC[74] –, o que só

---

[72] 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.

[73] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125.

[74] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a 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;

se alcança com a transmissão de dados verdadeiros, de maneira transparente. Este quesito é parte da boa fé que deve permear as relações contratuais como um todo.

A previsão acerca da veracidade da informação no Código de Autorregulamentação Publicitária está no artigo 27, que trata com mais exatidão sobre os requisitos que satisfazem o princípio em comento nos parágrafos[75].

Anote-se aqui, por oportuno, que quando a falsidade da informação é escancarada, não afetando a percepção dos destinatários do ato publicitário, não há

---

[75] **Artigo 27**
O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.
§ 1º - Descrições
No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.
§ 2º - Alegações
O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à:
natureza do produto (natural ou artificial);
procedência (nacional ou estrangeira);
composição;
finalidade.
§ 3º - Valor, Preço, Condições
O anúncio deverá ser claro quanto a:
a. valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior;
b. entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo;
c. condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto;
d. condições e limitações da garantia oferecida.
§ 4º - Uso da Palavra "Grátis"
a. O uso da palavra "grátis" ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente;
b. nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido.
§ 5º - Uso de Expressões Vendedoras
O uso de expressões como "direto do fabricante", "preço de atacado", "sem entrada" e outras de igual teor não devem levar o consumidor a engano e só serão admitidas quando o Anunciante ou a Agência puderem comprovar a alegação.
§ 6º - Nomenclatura, Linguagem, "Clima"
a. O anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expressões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o "clima" pretendido. Todavia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e idéias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o poeta já qualificou como "Língua errada do povo / Língua certa do povo / Porque ele é que fala gostoso / O português no Brasil";
b. na publicidade veiculada pelo Rádio e pela Televisão, devem os Anunciantes, Agências e Veículos zelar pela boa pronúncia da língua portuguesa, evitando agravar os vícios de prosódia que tanto já estão contribuindo para desfigurar o legado que recebemos de nossos antepassados;

que se falar em enganosidade, porquanto a flagrante perfídia não atinge a consciência do consumidor de modo a levá-lo a adquirir o produto ou o serviço por mero engano, como nos casos em que tapetes voam ou animais falam.[76]

Não se pode deixar de mencionar que, embora o exagero não corresponda à realidade fática, com ela deve guardar relação, pois, caso contrário, tratar-se-ia de uma invenção e não de realce em demasia.

Arrematando a exclusão, traz-se novamente os ensinamentos de Pasqualotto, quem afirma que "tradicionalmente, permite-se certa margem de tolerância para os exageros e hipérbole. Afinal, a publicidade atua num mundo ficcional, fantasioso. O homem não ignora a fantasia, também vive dela e, segundo os padrões normais, sabe separá-la da realidade. Portanto, as mensagens publicitárias poderiam habitar esse mundo onírico, desde que não enganassem o público no essencial, naquilo que possam conter de *suficientemente preciso*."[77]

No mesmo norte, indica Dias que "a expressão *notoriamente exagerada* e que o público assim a reconhece não é, à primeira vista, reprovável juridicamente, e consiste em técnica publicitária utilizada para chamar atenção dos consumidores sobre uma empresa, produto ou serviço ou para enaltecer a qualidade de seu

---

c. todo anúncio deve ser criado em função do contexto sociocultural brasileiro, limitando-se o mais possível a utilização ou transposição de contextos culturais estrangeiros;
d. o anúncio não utilizará o calão;
e. nas descrições técnicas do produto, o anúncio adotará a nomenclatura oficial do setor respectivo e, sempre que possível, seguirá os preceitos e as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO.

§ 7º - Pesquisas e Estatísticas

a. o anúncio não se referirá a pesquisa ou estatística que não tenha fonte identificável e responsável;
b. o uso de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência.

§ 8º - Informação Científica

O anúncio só utilizará informação científica pertinente e defensável, expressa de forma clara até para leigos.

§ 9º - Testemunhais

a. O anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar;
b. o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável;
c. quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como "licença publicitária" que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal;
d. o uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o Consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada;
e. o uso de sósias depende de autorização da pessoa retratada ou imitada e não deverá induzir a confusão.

[76] Exemplos dados por Sérgio Cavalieri Filho In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125.

[77] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 96.

produto. Se de seu conteúdo, porém, não restar claro o exagero, então poderá não se configurar a hipérbole e a mensagem publicitária ficará sujeita ao princípio da veracidade, isto é, à comprovação pelo fornecedor."[78]

Vista doutrina acima referenciada, denota-se a retomada do princípio indicador da necessidade de concessão de informação clara e adequada ao consumidor. Este é, pode-se dizer, umas das mais importantes bases do microssistema consumerista.

2.1.4 Princípio da não abusividade da publicidade

Em seu art. 37, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em vedar, além da publicidade enganosa, conforme já se viu, a modalidade abusiva.

Trouxe, então, o legislador consumerista, no parágrafo § 2º do citado dispositivo, o conceito de abusividade, nos seguintes termos: "é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."

De modo a não engessar a atuação do interprete da lei, a definição legal ficou aberta, constituindo um rol exemplificativo para viabilizar o ajustamento das regras legais aos casos concretos.

É considerada abusiva qualquer mensagem publicitária, que não sendo enganosa, ofenda valores constitucionalmente assegurados.

Para cada um dos preceitos constitucional de relevância para sociedade, corresponde um óbice ao atentado contra aqueles[79].

---

[78] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 234-235.

[79] Face à condição de valor constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF); do trabalho (art. 1º, inciso IV, CF); do pluralismo político (art. 1º, inciso V, CF); da solidariedade (art. 3º, inciso I, CF); do repúdio à violência (art. 4º, inciso VI, e 227, *caput*, ambos da CF) e a qualquer comportamento que discriminatório (art. 3º, inciso IV, CF); da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa (art. 5º, inciso X, CF); da valorização da família (art. 226, CF); da proteção ampla à criança, ao adolescente (art. 227, CF) e ao idoso (art. 230, CF); da tutela da saúde (art. 196, CF), do meio ambiente (art. 225, CF), do patrimônio histórico cultural (art. 216, CF), restam obstados os anúncios publicitários que: discriminem o ser humano em qualquer aspecto – quanto à raça, sexo, preferência sexual, religiosidade, nacionalidade, profissão, condição social etc.; explorem o medo ou superstição; incitem a violência, seja contra pessoas ou animais; estimulem condutas antiambientais; (e) induzam a insegurança; (f) sejam dirigidas aos hipossuficientes, que tem o discernimento

2.1.5 Princípio da transparência da fundamentação

Esse princípio está contido no texto do parágrafo único do art. 36 do CDC, o qual dispõe que "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".

O princípio da transparência da fundamentação encontra fundamento no fato de que o pressuposto para melhoria da condição de vulnerabilidade do consumidor é estar bem informado sobre as qualidades e problemas do produto ou serviço, ou seja, ser informado adequadamente de maneira a evitar a configuração de uma relação de consumo danosa.

A disposição do Código de Defesa do Consumidor almeja à viabilização da averiguação das informações constantes no texto publicitário em caso de eventual denúncia. Se o fornecedor não fosse obrigado a resguardar os documentos que sustentam as informações que propalam, não haveria outro meio de demonstrar o fundamento – ou a ausência de – para o que se afirma, e, consequentemente, a caracterização da enganosidade estaria prejudicada.

Como enfatiza Dias, o mesmo se aplica em relação à exaltação da supremacia ou exclusividade de um produto ou empresa em determinada região. Deve o fornecedor ter dados fáticos como suporte de suas alegações[80], de modo que a publicidade de exclusão está sujeita ao princípio da veracidade.

O descumprimento do preceito acima citado constitui, inclusive, ato ilícito tipificado pelo CDC no art. 69.[81]

Insta lembrar que para fins de apreciação do ilícito de natureza penal, a intenção do agente é relevante não sendo, presumidamente, dolosa. Todavia, no aspecto civil, a reparação independe de dolo ou culpa[82].

2.1.6 Princípio da inversão do ônus da prova

---

incompleto.

[80] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 239.

[81] Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:
Pena: Detenção de um a seis meses ou multa.

[82] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 270.

Como consequência dos princípios da veracidade, da não abusividade, bem como pelo reconhecimento da condição de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, no que tange a publicidade, a incumbência de provar a veracidade das informações anunciadas é do anunciante, conforme a disposição do art. 38, do CDC, que traz o seguinte regramento: "O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina".

Anote-se que, diferentemente da regra contida no art. 6º, inciso VIII, do CDC, a norma do art. 38 é cogente, independendo, portanto, da discricionariedade judicial, ante configuração de hipossuficiência do consumidor a quem se destina o anúncio publicitário ou verossimilhança das alegações quando da feitura da denúncia[83].

Trata-se também de uma decorrência do princípio da transparência da fundamentação, apregoada no art. 36, parágrafo único, do CDC.

2.1.7 Princípio da correção do desvio publicitário

O Código Consumerista, além das sanções civis e penais acolheu a possibilidade imposição de penalidade administrativa para a correção dos atos ilícitos praticados contra o consumidor no art. 56[84].

Para a correção do desvio publicitário está prevista a contrapropaganda como sanção administrativa – art. 56, inciso XII.

Contrapropaganda[85] "consiste em medida que objetiva desfazer no imaginário dos consumidores a mensagem abusiva ou a qualidade de enganosa do produto anunciado, especialmente em situações nas quais o fornecedor divulgou a

---

[83] ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor.** In: Revista de Direito do Consumidor. n. 53, jan/mar 2005, p. 25.

[84] Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

[...]

XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

[85] A expressão criada pelo legislador é criticada pela doutrina. O termo contrapropaganda, de fato, não é o mais adequado, pois propaganda designa a transmissão de mensagens de cunho político ou ideológico. Porém, em respeito à atividade legislativa, o termo será usado conforme positivado no ordenamento jurídico.

peça publicitária por longo tempo, tornando-a capaz de permanecer no imaginário do público consumidor mesmo após a sua cessação."[86]

Mais a frente, cuidou o legislador consumerista, no art. 60, de dispor os fatos que ensejariam a imposição da contrapropaganda – a ocorrência de publicidade enganosa e abusiva – bem como o sujeito responsável e as condições de veiculação[87].

2.1.8 Princípio da lealdade publicitária

O microssistema do CDC inclui no rol de deveres estatais a coibição e a repressão de todos os tipos de abusos que possam se implementar no âmbito do mercado de consumo, compreendendo na lista de tais práticas a concorrência desleal[88].

O anúncio publicitário deve exaltar as características de seu objeto e não depreciar a imagem de outros produtos e serviços ou, até mesmo, da pessoa jurídica que o fornece.

Observam Gagliano e Pamplona Filho que "A propaganda negativa de determinado produto, por exemplo, pode destruir toda a reputação de uma empresa, da mesma forma que informações falsas sobre eventual instabilidade financeira da pessoa jurídica podem acabar levando-a a uma indesejável perda de credibilidade, com fortes reflexos patrimoniais."[89]

---

[86] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

[87] Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

[88] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

[89] GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 142.

Portanto, não se olvida que tal tipo de prática publicitária dever ser banida do mercado.

2.1.8.1 Publicidade comparativa

A publicidade comparativa se baseia na exaltação de qualidades de um bem a partir de confronto das suas próprias características com outro de uma mesma categoria, fornecidos por empresas diferentes.

Ocorre em duas modalidades. Pode ser implícita, quando faz comparação genérica com outro competidor no mercado de consumo, ou explícita, quando, a partir das características apontadas no anúncio, seja identificável para o consumidor, de forma inequívoca, o bem ou a marca sobre os quais se fala.

Há uma resistência em afastar a publicidade comparativa sob o pretexto de que se constitui em prática ilícita e prejudicial ao mercado. O próprio Código de Autorregulamentação Publicitária, no art. 32, reconhece a tolerância na quase integralidade dos ordenamentos jurídicos quanto à permanência desse tipo de atividade publicitária[90]. Da leitura do referido dispositivo – art. 32 –, não se denota mais do que o respeito aos princípios que regulamentam o exercício do direito de anunciar produtos que é inerente aos fornecedores, podendo fazê-lo nos limites da lei.

Para que seja considerada lícita a comparação, alguns requisitos devem ser observados.

A comparação deve se dar entre produtos de uma mesma categoria para facilitar a comparação do consumidor, acerca de feições marcadas pela

---

[90] Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:
a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

essencialidade, ou seja, que exerçam influência sobre a escolha do adquirente. O cotejo dos aspectos tem que ser, obrigatória e objetivamente, passível de comprovação, não podendo pertencer à seara da opinião do anunciante. Não deve ainda, explorar a imagem de outra empresa, tampouco ensejar a confusão entre produtos em razão de semelhanças (possivelmente até replicas). No mais, todas as vedações pertinentes à publicidade em geral, aplica-se também à comparativa.[91]

1.5 PUBLICIDADES ILÍCITAS

Embora não tenha conceituado o termo publicidade, o legislador do Código de Defesa do Consumidor, com afinco de orientar a atividade do hermeneuta, tratou de caracterizar a publicidade abusiva e enganosa no art. 37.

2.1.9 Publicidade enganosa

Revelando a opção do legislador pelo conceito finalista, consta no parágrafo primeiro do referido dispositivo legal: "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."

Ainda, a título de complementação, no parágrafo terceiro, classificou como enganosa a publicidade que, por omissão, "deixar de informar sobre dado essencial do produto ou do serviço."[92]

Pelas definições legais percebe-se a existência de dois tipos de publicidade enganosa: por comissão e por omissão.

É caracterizada a enganosidade em face da omissão quando a informação omitida pelo anunciante tem caráter essencial, quais sejam, aquelas que induziriam ou desestimulariam o consumo do bem ofertado. Não implica omissão, no entanto, ausência de informação sobre determinado aspecto de um produto, ainda que tenha relativa relevância, quando essa não importa no convencimento do

[91] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 256-277.

[92] § 3º do art. 37: "Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço."

consumidor. Explica-se, segundo os critérios de razoabilidade, até mesmo do senso comum, não é exigível a completa informação sobre o produto, isto é, a disponibilização de todas as suas características. Deve-se levar em consideração que essa exigência, na maioria dos meios de comunicação seria impossível se ser concretizada, dada a limitação do espaço (físico ou temporal) de que dispõem os anunciantes.

A publicidade enganosa fere não só os princípios regulatórios da atividade publicitária, como o da veracidade, mas também os apontamentos gerais do microssistema consumerista, traduzidos na violação da transparência, clareza, precisão, adequação e dever de informação.

Também já foi comentado na presente exposição que o enquadramento do anúncio publicitário como enganoso depende do seu potencial indutivo do consumidor em erro – consequência da adoção da teoria finalista e não naturalista que requisita a concretização do dano. Assim, a enganosidade é verificada de maneira abstrata, independente da concretização de qualquer lesão – pois o prejuízo é presumido – podendo ser aferida na esfera individual, com reflexos patrimoniais, ou da forma difusa, atingindo o âmbito moral da coletividade. Nesse sentido, assevera Cavalieri Filho que, "a efetiva ocorrência do erro e o eventual prejuízo do consumidor serão mero exaurimento, com consequências próprias."[93]

Comungando do mesmo entendimento, reforça Marília Mazon que "no momento em que a publicidade fere os princípios, tornando-se ilícita é que podemos identificas o dano publicitário, caracterizado com a simples veiculação do anúncio publicitário nos meios de comunicação, já o *dano ao consumidor configura-se quando este é atingido em sua esfera de direitos pela mensagem publicitária considerada abusiva*"[94]

Ademais, registre-se que para a configuração do desvio publicitário é prescindível a demonstração de má-fé por parte do anunciante, visto que é aferida objetivamente – em latim *jure et jure* – para fins reparatórios e preventivos. A

---

[93] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127.

[94] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 251, destaques no original.

intenção do agente só ganha importância quando analisada a culpabilidade na esfera penal[95].

A apuração do poder enganoso do anúncio comercial deve ser realizada em duas etapas. De início, verifica-se, de forma objetiva, o conteúdo da mensagem, e a presença dos respectivos dados informativos necessários. A partir daí, analisa-se o aspecto subjetivo, com base no critério do consumidor típico, que permite avaliar não só o nível de instrução dos alvos da publicidade, mas também as técnicas enganosas conhecidas pelo público em geral em face da repetição[96]. Para tanto, faz-se necessária a análise do direcionamento da publicidade e, consequentemente, dos destinatários da mensagem. Vale lembrar que "o *standart* de enganosidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos)".[97]

Neste sentido, explica Cavalieri Filho que:

> O correto [...] para aferir o potencial de enganosidade na publicidade, é analisar o conteúdo da mensagem e a vulnerabilidade do consumidor a quem ela se destina. Uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode ser enganosa em relação ao outro público. Para cada tipo de publicidade há uma espécie de consumidor ideal, classificado por região, cultura, sexo, idade, nível social que poderá consumir o produto anunciado. E como pondera Fernando Gherardini Santos, "a publicidade de um produto ou um serviço, na maioria das vezes, é dirigida a um público específico, o que influenciará na análise casuística do caráter enganoso da publicidade. Logo tal caráter enganoso deve ser verificado em relação ao público-alvo, deve-se chegar a uma definição de consumidor-padrão (típico) em relação àquele produto ou serviço específico". [...] Assim, por exemplo, se o público-alvo é criança (publicidade de brinquedos, roupas), idosos (empréstimo bancário consignado em folha) etc., será preciso, repita-se analisar o conteúdo da mensagem e a vulnerabilidade específica desse consumidor para aferir o potencial de enganosidade da publicidade. [98]

A enganosidade deturpa o escopo da publicidade, perturbando o funcionamento do mercado, o que é, indubitavelmente, prejudicial para a economia por dois motivos, em síntese: em relação ao consumidor, leva-o a escolher o produto de forma equivocada; já os fornecedores ficam prejudicados pela prática desleal de

---

[95] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 343 e 345.

[96] Aqui a figura do consumidor médio não tem lugar. Utiliza-se o conceito do consumidor típico.

[97] Idem, 2011, v. 1, p. 343.

[98] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

concorrência, conferindo ao anunciante vantagem indevida sobre os demais concorrentes.

Desse modo, a publicidade deixa de cumprir sua função distributiva, porquanto fica desacreditada, pela redução da confiança do consumidor.[99]

Por ser identificável o consumidor afetado pela publicidade desvirtuada, a lesão é direta e determinada, sendo facilmente visualizável. No entanto, a quantificação do dano oriundo de mensagem enganosa depende da evidenciação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade havido pela conduta do anunciante[100].

2.1.10 Publicidade abusiva

Há também outra publicidade patológica que deve ser combatida, a abusiva.

No segundo parágrafo do art. 37, que tratou sobre a abusividade, estabeleceu o legislador consumerista que: "É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

Ficaram registradas, na conceituação legal, as noções de exploração e opressão do consumidor e a proteção de valores socialmente relevantes.

A definição dada pela legislação não exauri satisfatoriamente o enquadramento dos defeitos inclusos nessa lista. Os tribunais e a doutrina encontram sérias dificuldades para complementar o conceito de abusividade, não chegando a uma solução para bem sintetizá-lo[101].

A definição mais adequada a que se chegou até o presente momento, segundo aponta Benjamin, foi a aplicação do critério residual. Assim, ficou estabelecido que é abusiva a publicidade que, não sendo caracterizada como

---

[99] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan./mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

[100] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 251.

[101] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 355.

enganosa, atente contra os valores cravados na legislação e na Constituição Federal[102].

Os desdobramentos da publicidade abusiva são inúmeros. Não cabe aqui analisar um a um em função do desvio do objetivo geral do trabalho. No entanto, faz-se mister, ao menos, citá-los, acompanhados de breve explanação quando o título não permite deduzir do que se trata. São eles: (a) discriminatória do ser humano em qualquer aspecto – quanto à raça, sexo, preferência sexual, religiosidade, nacionalidade, profissão, condição social etc.; (b) exploradoras do medo ou superstição; (c) incitadora de violência, seja contra pessoas ou animais; (d) antiambiental, que estimule o desrespeito a áreas de preservação ambiental ou elementos significativos ao meio ambiente; (e) indutora de insegurança; (f) dirigidas aos hipossuficientes, que tem o discernimento incompleto, cujo exemplo mais comum é a criança; (g) por correio eletrônico.[103]

Registre-se, por necessário, que embora a Lei consumeirista elenque uma série de hipóteses de abusividades, o rol é apenas exemplificativo. Assim, enquadram-se, no mesmo contexto, todas as demais infrações aos princípios de ordem pública, incluindo-se aqui os valores sociais, culturais, morais, ambientais, éticos, religiosos, dentre outros.

Também é oportuno consignar que, apesar de desrespeitosa, a abusividade não importa a indução do consumidor em erro ou causa-lhe dano de natureza material. A ofensa sempre diz respeito à esfera coletiva, nunca à individual, e por isso é considerada questão de ordem pública.

Por esse motivo, a quantificação para fins reparatórios é complexa, em vista da afetação coletiva.

Nesse sentido, complementa Marília Mazon dizendo que “o risco avaliado é sempre o coletivo, social, difuso, de interesse da sociedade e da coletividade, de ordem pública. Não há menção ao campo individual, isolado, específico, pois o caráter é muito subjetivo ao verificar a abusividade perante uma só pessoa”[104].

3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE

---

[102] Idem, 2011, p. 355.

[103] Idem, 2011, p. 356-359.

[104] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 247.

Em face da constatação dos poderes exercidos pela publicidade e deu papel decisivo na formação do consentimento do consumidor[105], deve o direito se preocupar com a delimitação desses, controlando, por meio de regulamentação da prática, a fim de proteger a parte vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

O controle da publicidade pelo direito visa tão somente impedir os abusos dos fornecedores que a usam como instrumento de persuasão fora dos limites aceitáveis, de maneira a torná-la lesiva à coletividade.

A tarefa do jurista não é fácil. Conciliar os interesses antagônicos de partes que não estão em pé de igualdade para negociar por si só é trabalho árduo, e tem inúmeros fatores influenciadores.

Não se pretende, portanto, com a vigilância eliminá-la. É ressabida a importância da atividade publicitária no contexto atual da sociedade de consumo, por ser dela elemento indissociável. Não pode a publicidade ser simplesmente arrancada da sociedade capitalista, pois é de extrema relevância para a dinâmica impressa neste tipo de ordenação econômica.

Além disso, a vedação completa não subsistiria por muito tempo, logo viria outro meio para tomar seu lugar. Ainda, o ceifar da atividade publicitária representaria um golpe para os veículos de comunicação em massa, os quais, poderiam ser levados à falência já que parcela significativa de seus lucros advém da atividade comercial, deixando também de cumprir importante papel social na divulgação da informação[106]. Por fim, deve-se observar que a postura proibitiva não findaria os oligopólios, podendo até favorecê-los.[107]

Daí sobressai que a vedação não é o caminho a ser seguido, devendo ser pensada a forma de regulamentação da atividade publicitária. A ciência jurídica está aí para regulamentar, estabelecendo as diretrizes básicas para viabilizar a coexistência de direitos contrapostos. Afinal, “o direito é reflexo – mas também instrumento de transformação – da realidade econômico-social” [108].

---

[105] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 28.

[106] O termo informação não deve ser aqui entendido como tecnicamente explicitado alhures. Coloca-se a expressão como sinônima de transmissão de notícias, decorrente do ato de informar. Seria, pois, a atividade da imprensa.

[107] Idem, 1994, p. 41.

[108] Idem, 1994, p. 38-39.

Assim como qualquer atividade fundamental, são necessários regramentos para evitar o uso indevido do principal instrumento de trabalho dos publicitários: a persuasão, que se materializa nos anúncios publicitários.

Nas palavras de Marília Mazon, "É inegável que tal controle se faz necessário, para defesa e proteção da parte mais frágil da relação de consumo sobre os abusos cometidos pelo anunciante fornecedor, que ao buscar o benefício econômico a qualquer custo, muitas vezes ignora princípios éticos, ultrapassa os limites concedidos e infringe normas, resultando na publicidade ilícita"[109]

Como afirma Cavalieri Filho,

> Não se pode negar a importância da publicidade na sociedade de consumo, mas, em face da poderosa ação que exerce sobre o consumidor, não se pode permitir que ela seja utilizada sem qualquer controle, de modo a induzir o consumidor a erro. Daí a disciplina do CDC (arts. 36-38) destinada a proteger o consumidor da publicidade, pois é indispensável na sociedade de consumo, mas torna-a fonte de obrigações, impondo deveres ao fornecedor que dela se utiliza.[110]

A ilicitude no exercício da publicidade não só é lesivo para os consumidores, mas igualmente nocivo para o mercado de consumo, pois, "os abusos publicitários limitam, quando não destroçam, este papel fundamental de arbítrio no mercado reservado ao consumidor".[111]

A boa decisão depende da forma como é passada a informação, devendo ser fornecida de maneira correta possível.

4.1 A LICITUDE DO CONTROLE DA PUBLICIDADE

É certo que sem a publicidade a sociedade industrializada, tal como se conhece hoje, não subsistiria. A industrialização, a produção massiva e em série exigem os mecanismos publicitários como suporte para sua manutenção.

Cumpre consignar que não é unânime o posicionamento no que se refere a viabilidade do controle publicitário. "Forte argumento contrário ao exercício do

---

[109] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 227.

[110] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 121.

[111] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos**.** O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 35.

controle da publicidade é o de que se trata de uma atividade de manifestação do pensamento, criativa, artística, de comunicação, que é livre no sentido mais amplo da palavra, e que, por isso, não pode sofrer nenhum tipo de censura ou restrição. Também é argumentado que a atividade publicitária está submetida ao autocontrole do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, que seria suficiente"[112]

Contudo, ante as disposições consumeirista, a doutrina se inclina, majoritariamente, à necessidade de estipulação de critérios basilares para limitar o exercício do direito de anúncio publicitário.

Enfatiza Wilson Carlos Rodycz que "a publicidade não se identifica como uma atividade puramente informativa [...] e não é um genuíno e precípuo produto da expressão intelectual ou artística, que são atividades e ações protegidas [...], muito embora possa ter maior ou menor carga sobre o produto, para, assim, melhor atingir a sua finalidade"[113]

Nesse sentido, assinala Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin que: "[...] as práticas comerciais servem (também se servem) e alimentam (também se alimentam) a (da) sociedade de consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocados à sua disposição. Esse é seu grande papel. E exatamente aí, paradoxalmente, reside seu grande perigo para os consumidores em geral. Vale dizer: o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa 'aproximação' entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo"[114].

1.6 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DA PUBLICIDADE

Aponta o sempre citado jurista Herman Benjamin que são quatro os fundamentos do controle publicitário, sendo coexistentes e não excludentes. Para o Autor, a preocupação com as limitações da atividade publicitária se dá em função de: a) favorecimento da concorrência entre agentes econômicos; b) garantir a transmissão adequada de informações sobre o bem ou o serviço ofertado no

---

[112] RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 8. out/dez 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 60-61.

[113] Idem, 1993, p. 61-62.

[114] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. vol 1. 10 ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 262-263.

mercado; c) prevenir a ocorrência de abusos pelo mal uso da persuasão; e d) restringir a possibilidade de modificação de padrões culturais.[115]

Cada um dos sustentáculos referidos no parágrafo anterior reflete um modelo de controle, sendo eles, respectivamente: concorrencial, informativo, manipulação das preferências e cultural.

3.1.1 Modelo concorrencial

Uma das consequências do mal uso da publicidade é a afetação da concorrência, decorrente da sobreposição do anunciante sobre um outro competidor do mercado com base em informações que não refletem a verdade ou ferem alguma garantia constitucional.

Por essa teoria, o enfoque é dado sobre o prejuízo de um fornecedor em função da atuação danosa de outro. Não tem como prioridade a proteção do consumidor, o que é o “erro” do modelo em comento.

A ênfase deve se dar sobre ambos os pontos, sem que nenhuma fique preterida, pois, embora não se confundam, tem laços fortes que os unem. Alem de tudo, a proteção de um, também atinge o outro de forma reflexa.

3.1.2 Modelo informativo

Em vista da preponderância do princípio da autonomia da vontade, sabe-se que a essa regra basilar do negócio jurídico válido só se perfectibiliza quando as partes negociantes estão devidamente informadas sobre a relação obrigacional que estão contraindo.

O texto contido no art. 6º, inciso III do CDC[116], preza não apenas pela transmissão da informação, mas também pela eficiência da mensagem, que deve ser adequada ao fim que se destina.

---

[115] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 42.

[116] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] III - a 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;

A informação adequada e correta visa conferir discernimento suficiente ao consumidor para que escolha conscientemente os produtos ou serviços que pretende adquirir. Portanto, deve ser assegurada em três planos: publicidade, rotulagem e contrato.

No âmbito da publicidade, que é a fase pré-contratual, a qual interessa ao presente estudo, é que transmissão da informação é mais significativa. É neste aspecto que tem aplicação o conceito de enganosidade.

É bastante comum o consumidor se deparar com o contrato ou com o rótulo do produto sem, efetivamente, saber o que é devido pra assegurar a correta escolha dentre os bens da mesma categoria ofertados no mercado. Por isso a importância da atividade publicitária para o desenvolvimento adequado do mercado.

Especialmente nos países menos desenvolvidos, a publicidade é um importante mecanismo de difusão da informação, já que por vezes chega a ser o único meio. Assim, nesses locais onde tem tamanha importância, sua escorreitude deve imperar ainda mais, elevando os valores éticos ao seu grau máximo.

O objetivo desse modelo é a implementação de uma política de otimização da atividade publicitária. Também não visa, portanto, proteger consumidores ou fornecedores, embora acabem ambos recebendo amparo, já que as regras pertencentes a esse modelo não se destinam a nenhuma das partes da relação publicitária.

3.1.3 Modelo de manipulação de preferências

Calcada na “super qualificação” dos produtos e serviços, forjando atributos com características exageradas que, por vezes, não correspondem à realidade, a publicidade tem o poder de induzir o consumidor ao equívoco.

O estímulo consumista aproveita as facilidades da indução explorando os valores sociais, culturais, éticos, morais, dentro outros. Por isso, este modelo está associado ao conceito de abusividade.

Por esse modelo, que se difundiu a partir dos anos 20, a ideia de veículo de informação como sinônimo da publicidade foi abandonada, passando a ser enxergada como instrumento de estímulo de interesses. Herman Bejamin diz que

essa “é a era da publicidade plena de sugestão e escassa informação”[117]. A substituição de objetivos se concretizou para atender as necessidades da sociedade de consumo, inovação oriunda da revolução industrial, que exigiu a melhoria do sistema de escoamento das mercadorias agora produzidas em larga escala.

Nessa conjuntura a imagem da marca passou a ser valorizada. A venda almejada pela publicidade não era mais somente dos produtos ou serviços, mas também a simbologia agregada ao nome da empresa que os fabricava.

A neutralização dos efeitos da distinção exacerbada, que é tentada pela publicidade, poderia se feita pela imposição de informações na própria rotulagem do produto, de forma a viabilizar a identificação do consumidor acerca das semelhanças e diferenças entre os bens da mesma categoria.

3.1.4 Modelo cultural

É inegável o papel da publicidade na formação de comportamentos. Não só altera as relações sociais, como reforçam valores e ideias favoráveis à manutenção da sociedade de consumo.[118]

Aponta Herman Benjamin que a regulamentação da publicidade advém do reconhecimento da “dimensão cultural e estrutural, que leva o consumidor, inserido em um mercado dominado pela indústria cultural, a ter dificuldades de pensar criticamente”[119].

Da mesma forma como ocorre no modelo de manipulação de preferências, as técnicas publicitárias lançam mão de conceitos de cunho social, utilizando tal prática como instrumento de controle social.

O controle estatal resiste em aceitar essa concepção, que é mais crítica. A atuação regulamentadora do estado se restringe aos modelos concorrenciais e informativos, pelos quais as questões da enganosidade são mais claras, enquanto a abusividade fica tratada em um plano de fundo, sem ter delimitação clara.

---

[117] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 47.

[118] Há autores que chegam a conclusão diversa, entendendo a publicidade como fator resultante dos valores arraigados na sociedade, sendo apenas um reflexo deles, sem, contudo, manipular comportamentos ou induzir atitudes. É como entende Caio Domingues.

[119] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 48.

1.7 SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

Vista a superação do objetivo de mera informação dos consumidores e a necessidade de controle decorrente das práticas abusivas que colocam uma parte da relação contratual em demasiada vantagem sobre a outra, resta verificar as formas de regulamentação capazes de limitar as irregularidades realizadas pelos fornecedores o que pretendem inserir no mercado.[120]

Sabe-se que "o consumidor, sozinho, não consegue fazer frente aos abusos massificados da publicidade. O fenômeno, por ser coletivo, não permite que cada consumidor, individualmente, se proteja contra os abusos e desvios publicitários. Ou se protege a todos, conjunta e indistintamente, ou não se resguarda ninguém. Qualquer intervenção estatal na material, em consequência, deverá levar em conta esta dimensão coletiva"[121].

Contudo, embora não tenha força para enfrentar solitariamente os abusos, pode o consumidor atuar como parceiro do poder público, ajudando-o na identificação dos abusos realizados pelo uso da publicidade.

A regulamentação da atividade publicitária pode ser realizada de três formas: a) autorregulamentação; b) controle estatal; e c) a junção dos dois modelos anteriores, a forma mista.

3.1.5 Privado (autorregulamentar)

O controle privado da publicidade se faz por meio da organização em associações civis, a exemplo do Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Seria a limitação corporativa, tendo em vista que se faz por profissionais das ciências publicitárias.

O problema da autorregulamentação é a ausência do caráter vinculativo da decisão exarada pelo Conar aos não membros da associação.

Afirma Mario Frota que "a auto-regulamentação, ao menos, na vertente facultativa que se revela, não constituindo, em absoluto, um mecanismo de efetiva

---

[120] Embora nos países mais desenvolvidos não seja cogitada a ausência de regulamentação, nos países menos desenvolvidos ainda é possível se inferir práticas abusivas de todas as formas, sem qualquer controle de modalidade alguma.

[121] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 36.

proteção do consumidor, se temperada com outros mecanismos, designadamente, de composição e arbitragem, suscetíveis de ser enxertados em domínio unívoco, em si abarcável, constitui instrumento de valia, a incrementar"[122].

Ainda, vê-se que, além de ser aderida espontaneamente, as penalidades não saem da esfera administrativa, deixando a desejar no aspecto da imposição do decidido por meio da coerção, em razão da natureza da sociedade civil.[123]

3.1.6 Estatal

Reconhece-se de plano uma limitação grave do controle estatal. Esse pauta-se pelo modelo de controle informativo. Em razão disso, não ultrapassa os conceitos de enganosidade. Tem-se dificuldade de, por esse padrão de limitação da atividade publicitária, introduzir aspectos culturais na concepção de controle. Em sendo reconhecida a influência da publicidade no que pertine a cultura, seria facilitada a regulamentação da abusividade, que não é bem clara, porquanto não delimitada a contento.

No Brasil, algumas leis esparsas foram promulgadas com o fito de regulamentar a atividade publicitária[124].

A primeira, identificada sob o número 4.680, promulgada logo após o golpe militar que deu início ao período ditatorial, em 1965, quando estava a frente do governo o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, dispondo sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propagandas. Posteriormente, cerca de um ano mais tarde, essa norma foi regulamentada pelo Decreto n. 57.690 de 1966.

A segunda normatização passou a viger pouco tempo depois, em 1971, promulgada pelo então Presidente da República Emílio Garrastazu Médici, a qual recebeu o número 5.768. Nesta somente se tratou da distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda.

Embora não se ignore a existência de textos normativos cuidando da regulamentação do exercício da atividade publicitária, conforme acima exposto, bem

[122] FROTA, Mario. **Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 4, 1992, p. 49.

[123] ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 53, jan/mar 2005, p. 18.

[124] As normas a seguir mencionadas estão disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis

como outros regramentos, tais como a Lei 7.802/89, regulamentando a rotulagem, e a Lei 9.294/96, tratando das restrições de anúncios publicitários referentes a alguns produtos, é notório que todas as legislações citadas dizem respeito a questões pontuais.

Foi com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor que se estabeleceu as regras controladoras da atividade publicitária com ênfase na proteção dos destinatários das mensagens.

Nesse sentido, destaca Carlos Alberto Bittar que "a publicidade, essa indomável força que comanda o mundo negocial, encontrou finalmente seu controle na lei, na linha de defesa do consumidor, diante dos expressos termos do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90 e que entrou em vigor em 11.3.91"[125].

A lei consumeirista propõe condutas desejáveis e reprova os comportamentos ditos incompatíveis com os princípios consagrados em seu bojo. E, para efetivar suas recomendações, equipou-se com mecanismos próprios, de cunho administrativo e judicial.

3.1.7 Misto

O sistema de autorregulamentação, embora ineficiente quando isolado de outros mecanismos cogentes, quando a esses associados se constitui um poderoso aliado para o combate da publicidade patológica. Como norma desenvolvida por setor especializado no assunto e controlado por entendedores da disciplina – os próprios publicitários – tem grande importância para definir as bases específicas nas quais os juristas encontram fundamentos para fazer valer as disposições legais, viu-se na sua aliação com a norma estatal uma solução para atacar a publicidade patológica.

Na palavras de Herman Benjamin, "o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que se poderia imaginar, tem, aqui e ali, regrado a publicidade. Faltava-lhe, contudo, uma proibição, expressa e geral, da comunicação publicitária enganosa e abusiva. É verdade que o Código Brasileiro de Autorregulamentação

[125] BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicadade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 4, 1992, p. 126.

Publicitária cuida de ambas, além de outras condutas que reputa inadequadas. Mas não basta. 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."[126]

Atenta às benesses de ambos os sistemas, a sistemática de controle brasileira combinou as proposições dos sistemas privado e estatal, adotando o que se chama de sistema misto de controle.

Interessante ressaltar que a união dos sistemas se justifica ainda pela inderrogabilidade da jurisdição, conforme preceitua a Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXV[127], que diz se inafastável a apreciação do Poder Judiciário no que pertine lesões ou ameaças a direito[128].

1.8 MODALIDADES DE CONTROLE DA PUBLICIDADE

O controle da publicidade se imprime em três modalidades: preventiva, repressiva e reparatória.

3.1.8 Controle preventivo

Conforme expõe Marília Mazon, "a prevenção visa evitar a veiculação da publicidade abusiva e sua exibição ao consumidor, para que este seja protegido de eventuais danos que possam lhe causar, é uma ação anterior ao dano, porém nem sempre eficaz"[129].

Considerando a inexistência de órgão especializado e aparelhado para exercer tal modalidade de controle, em primeiro lugar, deve o fornecedor que pretende veicular uma mensagem publicitária zelar pelo fiel cumprimento das regras de natureza ética regulamentadoras do exercício do direito de anunciar os produtos.

---

[126] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** vol 1. 10 ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 330.

[127] Art. 5º, inciso XXXV, da CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

[128] RODYCZ, Wilson Carlos. **O controle da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 8. out/dez 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 63.

[129] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 255,

Para tanto, é imprescidível ter especial cuidado ao aprovar o trabalho desempenhado pela agência ao elaborar uma campanha publicitária.

O veículo de comunicação pode, ainda, exercer direito de recusa de exibição do anúncio publicitário caso entenda ter caráter enganoso ou abusivo.

3.1.9 Repressivo

O controle repressivo circunscreve a esfera das restrições de anúncios publicitários.

Em virtude de lei, é possível prescrever formatações de anúncio, de acordo com seu objeto – podendo também ser impingido ao anunciante o dever de advertir os consumidores –, coibir a exibição de publicidades sobre determinados tipos produtos e serviços[130] ou, ainda, impor limitações ao horário e o meio de veiculação da campanha[131].

Pode o consumidor exercer o controle, denunciando ao Conar ou ao Poder Judiciário, caso se sinta lesado pela mensagem publicitária.

O Conar, no âmbito administrativo, tem poderes estatutários para suspender a exibição da campanha publicitária ilícita, bem como determinar sua reformulação. Ressalva-se, no entanto, que as decisões não são de caráter impositivo, mas sim facultativo, ficando restrita ao âmbito dos associados.

O poder jurisdicional dispõe da mesma prerrogativa, porém, com características vinculantes.

3.1.10 Reparativo

Quando os controles preventivo e repressivo não obtêm êxito, resta sancionar os responsáveis por meio da restrição da liberdade pessoal ou[132] da imposição do dever de reparação do dano.

---

[130] Vide notas explicativas n. 26, 27 e 28.

[131] Vide anexo “A” e “J” do CBAR, sobre o tratamento dispensado à regulamentação dos horários de exibição e advertências necessárias.

[132] É digno de menção o fato de a lei protetiva do consumidor prescrever pena cumulativa – detenção “e” multa. Isso é considerado pela doutrina uma atecnia legislativa, devendo ser entendida como pena alternativa.

As imputações legais para os transgressores da lei consumeirista estão elencadas nos arts. 67 e 68[133] do Código de Defesa do Consumidor.

É oportuno repisar, embora já tenha sido consignado na presente exposição, que o crime contra o consumidor prescinde da concretização de danos, sendo, portanto, um crime formal. Basta, para sua configuração, o potencial de causar danos, pela simples veiculação de mensagem cujo conteúdo é considerado abusivo[134].

1.9 LEGITIMADOS PARA DEFENDER OS INTERESSES DO CONSUMIDOR E A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE DEFESA

Pela fiscalização e controle da publicidade, bem como a averiguação da extensão dos danos decorrentes dos abusos publicitários, são responsáveis o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) e o Procon (Proteção ao Consumidor). Fica para o Estado, além atribuições dos órgãos mencionado de forma subsidiária, o serviço de sancionar os responsáveis e determinar a reparação à coletividade.[135]

3.1.11 Conar (Conselho de Autorregulamentação Publicitária)

O Conar (Conselho de Autorregulamentação Publicitária) é uma organização não-governamental que tem como objetivo assegurar a liberdade de expressão publicitária e efetivar as garantias constitucionais a ela pertinentes, além de impedir que a publicidade, na modalidade ilícita, lesione os consumidores de alguma forma.

---

[133] Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:
Pena Detenção de três meses a um ano e multa.
Parágrafo único (vetado)
Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:
Parágrafo único (vetado)

[134] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 256.

[135] MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 78. coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 227.

A atuação dessa instituição se dá mediante provocação – de consumidores, autoridades, associados e diretoria. Isso é, na forma repressiva somente, mas não preventiva.

As denúncias feitas perante o Conar são julgadas por uma comissão de ética, que é composta por representantes de todas as classes envolvidas na comunicação publicitária – agências publicitárias, anunciantes, veículos de comunicação e consumidores – após a oportunização do contraditório[136].

3.1.12 Procon (Proteção ao Consumidor)

Em vista da disposição do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor[137], e também em atenção à regra contida no art. 170, inciso V, da Constituição Federal, na esfera estadual, foi criado o Procon (Proteção ao consumidor) para implementar o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor[138].

O referido órgão é vinculado à Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania e tem como função o atendimento das reclamações dos consumidores e a elaboração de um "cadastro de reclamações fundamentadas", a teor do art. 44 do CDC.

---

[136] Dados extraídos do sítio eletrônico do Conar (www.conar.org.br), no tópico "missão", cuja integralidade do texto se transcreve a seguir: "Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o CONAR é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão inclui principalmente o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados – anunciantes, agências e veículos –, tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o país." Acesso em: 30/11/2011.

[137] Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

[138] Informações coletadas na página eletrônica do PROCON do Estado de Santa Catarina, no item denominado "institucional". É o texto original: "O PROCON-SC é um órgão da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania, criado em 1988, atendendo disposição constitucional, uma vez que o art. 170, cuidando da Ordem Econômica e Financeira, estabelece defesa do consumidor como um dos princípios (inciso V) gerais da atividade econômica. O inciso XXXII do art, 5º da Carta Magna impõe ao Estado a promoção legal da defesa do consumidor. A Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que teve sua regulamentação através do Decreto nº 2.181/97 espelha uma das leis mais avançada na defesa do consumidor, sobretudo nos ordenamentos judiciais e administrativos. A partir desses ordenamentos inicia-se a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, além dos eventuais sistemas municipais". Acesso em 30/11/2011

A demanda proposta perante o órgão de defesa do consumidor é classificada segundo os seguintes critérios: (a) simples consulta, quando se trata de esclarecimento de dúvidas e orientações dos consumidores sobre a relação de consumo; (b) atendimento preliminar, se a instituição necessita entrar em contato com o fornecedor, via telefone ou fac-símile, a fim de intermediar a conflito havido; (c) carta de informações preliminares (CIP), que é um procedimento administrativo de natureza preliminar pelo qual é enviado ao fornecedor correspondência; e (d) abertura de reclamação, no caso de falta de êxito com as providências anteriores.[139]

A passagem por todos os procedimentos não é obrigatória, podendo a denúncia ser classificada em qualquer das categorias, de acordo com a gravidade.

Após o encerramento do procedimento administrativo, atendida ou não, a reclamação é registrada no referido cadastro.

3.1.13 Poder Judiciário

Quando não resolvida no âmbito administrativo, faz-se necessária a intervenção estatal, aplicando-se o poder de império.

Denota-se da consulta jurisprudencial que a atuação do Poder Judiciário se dá tanto no controle da publicidade[140] – na forma repressiva –, quanto na mensuração da extensão dos danos sofridos pelos particulares que se sentiram lesados pelas práticas comerciais ilícitas ou pela ofensa à moralidade coletiva – reparação.

---

[139] **Cadastro de Reclamações Fundamentadas:** As demandas registradas diariamente de acordo com sua complexidade recebem tratamento diferenciado. Este tratamento pode direcionar a demanda para ser tratada como:

a) **Simples consulta:** o PROCON esclarece dúvidas e orienta o consumidor a respeito de alguma questão sobre relação de consumo.

b) **Atendimento Preliminar:** o PROCON realiza a intermediação entre fornecedor e consumidor, para a solução do caso apresentado, através de contato telefônico ou FAX.

c) **Carta de Informações Preliminares (CIP):** trata-se de um procedimento preliminar ao processo administrativo, no qual, a intermediação para a solução do conflito é feita através de uma correspondência enviada ao fornecedor, o que permite a solução mais rápida dos conflitos.

d) **Abertura da Reclamação:** quando o problema não é resolvido nas medidas preliminares, é feita a abertura da Reclamação, ou nas demandas de maior complexidade abre-se direto a Reclamação sem passar pelos procedimentos preliminares.

Depois de finalizado o processo administrativo, decorrente da Abertura da Reclamação, se for constatado o dano ao consumidor, a reclamação deverá ser incluída no **Cadastro de Reclamações Fundamentadas**. Disponível em: http://www.procon.sc.gov.br/index.php/atendimento/94-cadastro-de-reclamacoes/153-cadastro-de-reclamacoes. Acesso em: 30/11/2011.

[140] A exemplo do controle repressivo: REsp 447303/RS. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em: 02/10/2003.

O controle reparatório se justifica "na medida em que é fenômeno de massa, dirigido à coletividade de consumidores, como conjunto indeterminado e desorganizado de pessoas, a publicidade, ao causar danos, dificilmente o faz de forma individual ou isolada. Sua danosidade é, como regra, difusa e coletiva, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos, em série"[141].

"O controle jurisdicional do exercício da liberdade de comunicação social, apoiado na prescrição constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, XXXV), confere aos órgãos jurisdicionais não só a tarefa de reparar lesões a direitos como igualmente a incumbência de evitá-las. Dessarte, nos casos de urgência, havendo iminência de lesão a direitos ou a valores constitucionais, por parte de órgãos de comunicação de massa, e, para evitar consumação de atentados com efeitos tanto devastadores quanto irreversíveis, poderá o judiciário conceder medida cautelar para conter *ab initio* ou suspender o exercício irregular da comunicação social."[142]

Um instrumento deveras importante para a obstação da publicidade ilícita é a Ação Civil Pública, meio processual que só se estabelece na esfera judicial, perante o poder de império do estado, cujos legitimados para propositura são o Ministério Público e associações de proteção ao consumidor, desde que cumpridos os requisitos do art. 5º da Lei 7.347/85[143].

4 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE: A ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

---

[141] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 29.

[142] FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 284.

[143] Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Segundo a Constituição Federal, o governo brasileiro deve seguir o modelo do Estado Democrático de Direito. Para tanto, propôs um rol de finalidades e afazeres do Estado com a finalidade de assegurar aos governados os bons convívio social e relação com o Poder Público.[144]

São muitas as garantias constitucionalmente elencadas – liberdade, direitos da personalidade, propriedade etc. Dentre essas citadas e outras, pertine a esse trabalho o estudo da liberdade, que já no proêmio anunciador de sua promulgação, preconiza-o como bem a ser salvaguardado pelo Estado[145].

A Carta brasileira, quando comparada a de outros países de raízes também democráticas, tem como característica o detalhamento. Por motivos óbvios, a pormenorização não alcança a exaustividade, porque é sabidamente impossível chegar a esse nível em sede de preceitos constitucionais, deixando-se, por esse motivo, a tarefa de normatização para o legislador infraconstitucional. As normas bases do sistema jurídico brasileiro fixadas na Constituição buscam um pouco mais do que indicar os fundamentos políticos, almejam também estabelecer tópicos iniciais de uma futura regulamentação legislativa.

1.10 O STATUS CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Repetindo o que há muito já se disse, uma sociedade moderna, que tem o mercado como eixo principal e, consequentemente, o consumo – tal como ocorre numa sociedade capitalista como a do Brasil – é inconcebível sem a publicidade.

Em decorrência do fenômeno de globalização, a divulgação da informação é rápida e de difícil controle.

Desde os estudos mais introdutórios sobre o direito do consumidor, é notória sua vulnerabilidade na relação de consumo. E, em sendo a parte mais frágil da relação jurídica, deve ser protegido pelo Estado, merecendo regramento específico que controle os sedutores apelos publicitários.

---

[144] BASTOS, Celso Ribeiro. **A liberdade de expressão e a comunicação social**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.20, jul. 1997, p. 48.

[145] Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 – “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

A proteção do consumidor, conforme ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “manifesta-se nos planos internacional (por exemplo, o regramento da publicidade de tabaco, sob o guarda-chuva inspirador da OMS), regional (por exemplo, no âmbito da União Européia e do Mercosul) e nacional (por exemplo, o CDC).”[146]

A Constituição Federal de 88 apregoa como direito fundamental a defesa dos direitos do consumidor ao dispor que “Art. 5º [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Na mesma direção, a defesa dos interesses do consumidor também é colocada como princípio a ser respeitado pela ordem econômica, nos seguintes termos: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: […] V - defesa do consumidor”.

Ainda, como forma de proteção aos direitos do consumidor, a Constituição fixa a competência da União para legislar sobre o conteúdo dos anúncios publicitários[147], embora também conceda capacidade aos demais entes federativos para regulamentarem os meios e as forma de veiculação dos anúncios, de acordo com o que melhor lhes convém.

Veja-se a determinação do art. 22, inciso XXIX da Constituição Federal: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] propaganda comercial.”

Vale salientar ainda que a proteção constitucional do consumidor entra no rol das disposições imutáveis, porquanto se enquadra no conceito de cláusula pétrea, a teor do art. §4º, o qual traz a seguinte ordem: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

1.11 O DIREITO À PERSONALIDADE: RECONHECIMENTO PELO CÓDIGO CIVIL

[146] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 310.

[147] Art. 22, inciso XXIX, da Constituição Federal: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] propaganda comercial”;

Art. 220, § 3º - “Compete à lei federal: [...] II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O Código Civil de 2002, em consonância com os preceitos da Constituição Federal de 1988, trouxe em seu bojo a valorização do ser humano em sua essência, tratando agora não mais apenas sobre as questões patrimoniais.[148]

Para tanto, o capítulo II do título I do livro I prescreve o rol de direitos da personalidade, distribuídos nos arts. 11 a 21.[149]

Sem adentrar ao exame minucioso das questões tratadas pelo legislador ordinário, diz-se, inicialmente, dispôs a lei civil que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo assegurado o exercício pleno, ressalvados os casos de expressa disposição legal restritiva (art. 11). Como consequência, ao ser humano foi expressamente negada a possibilidade de dispor sobre o próprio corpo em vida, que atentasse contra sua integridade física – não encontrando correspondência com a óbice o transplante de órgãos, desde que em acordo com a legislação pertinente, a teor do parágrafo único do art. 13 – ou costumes sociais (art. 13), resguardando, no entanto, o direito de disposição após a morte (art. 14). Há

---

[148] GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil: parte geral**. V. 1. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135.

[149] Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

também a previsão do art. 15, no sentido de conferir ao indivíduo o direito de escolher se submeter a tratamentos que impliquem riscos de vida.

Foi igualmente positivada a possibilidade de postular por reparação o indivíduo que sofresse qualquer tipo de ameaça ou tivesse lesionado seu direito (art. 12).

O direito a identificação por meio de nome e prenome é da mesma forma assegurado (art. 16), bem como a respectiva proteção legal – que também se dá no âmbito do pseudônimo usado em atividades legais (art. 19) – sendo impedido o uso desses por terceiros de forma impingir a alguém vexação (art. 17). Outrossim, foi objeto de preocupação do legislador a utilização indevida na publicidade (art. 18).

Outra questão mencionada pelo legislador foi a possibilidade de intervenção judicial para assegurar o exercício do direito de personalidade, conforme propõem os arts. 20 e 21.

Perpassados os aspectos tratados textualmente na lei, traz-se a concepção doutrinária sobre a definição de direito da personalidade, conceituando-os como "*aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.*"[150] [151]

Assinalam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que são características dos direitos da personalidade serem (a) absolutos, sendo oponíveis *erga omnes*, devendo ser respeitados pelo estado e pela coletividade; (b) gerais, sua outorga decorre da existência humana, puramente; (c) extrapatrimoniais: embora não mensuráveis economicamente, quando violados podem acarretar compensação pecuniária; (d) indisponíveis, não são passíveis de modificação quanto à titularidade, abdicação ou alienação[152]; (e) imprescritíveis, o decurso do tempo não importa o impedimento do exercício posterior[153]; (f) impenhoráveis: decorrência do atributo da

---

[150] GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil: parte geral**. V. 1. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136, itálicos no original.

[151] Muito se discute, doutrinariamente, sobre a natureza dos direitos da personalidade. Se são inatos à condição humana (numa corrente jusnaturalista) ou se são aqueles reconhecidos pelo Estado como tal para a efetiva proteção, por considerar o direito positivo como fundamento para sua concretização (entendimento positivista). Para o presente estudo entender-se-ão os direitos da personalidade como atributos condição humana, estando, portanto, acima do direito positivo, o que merece proteção estatal no mais amplo aspecto.

[152] Admite-se, em caráter de exceção, a alienação dos direitos autorais e de imagem

[153] Trata-se aqui do exercício do direito em si e não da pretensão de reparação por eventual violação. Essa última, pela redação do art. 206, § 3º do Código Civil, tem o prazo de 3 anos para ser requerida em juízo.

indisponibilidade[154]; e (g) vitalícios: são exercíveis desde o nascimento da pessoa até a sua morte[155].[156]

Os direitos personalíssimos se classificam de acordo com o bem jurídico que visam proteger. Ainda seguindo os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho, dividi-se em três grupos: (a) vida e integridade física; (b) integridade psíquica e criações intelectuais; e (c) integridade moral.[157]

Dentre os direitos da personalidade, importa analisar o direito à liberdade, que está inserido do conjunto que visa preservar a inteireza psicológica e criações do espírito.

1.12 AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

A vivência em sociedade importa a necessidade da imposição de parâmetros para as ações humanas. Por isso as Constituições se preocupam em pontuar o que é permitido ou não em matéria de liberdade, de modo que a rigorosidade depende, basicamente, das opções políticas feitas pelo poder constituinte, de acordo com a conjuntura do momento em que foi elaborada, incorporando os valores existentes – e também aqueles traçados como metas (trocar expressão) – de maneiras a positivá-los como base do ordenamento jurídico.

O termo liberdade aparece diversas vezes no texto constitucional, fator que indica o cuidado de garantir seu pleno exercício em todos os aspectos.

Ao se falar em liberdade, automaticamente se pensa na não imposição de um comportamento, seja de ação ou omissão. Ao se deparar com uma ordem de fazer ou não fazer, tem-se a liberdade – aqui amplamente considerada – tolhida de alguma forma.

Nas palavras de João dos Passos Martins Neto, “A liberdade, [...] em sentido jurídico, apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que

---

[154] A impenhorabilidade fica restrita às hipóteses de direitos da personalidade que não tem repercussão patrimonial. Portanto, não se aplica aos direitos autorais ou aos direitos de imagem.

[155] Ressalvados os casos de lesão à honra, que persiste até mesmo depois da extinção da pessoa física.

[156] GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil: parte geral**. v. 1. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144-150.

[157] Idem, 2007, p. 150.

imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos."[158]

Mais a frente, analisando a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, conclui o doutrinador acima citado que a liberdade decorre de uma dedução negativa, existindo onde não haja uma obrigação de conduta.[159]

As limitações comportamentais podem ser constitucionais ou legais. Isso é, quando não formalizada pelo poder constituinte, só é admitida por meio da normativização, conforme se traduz no seguinte preceito constitucional (art. 5º, inciso II): "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".[160]

Muitas são as nuances da figura da liberdade – de crença, associação, ir e vir, imprensa, reunião etc. Por questão de objetividade, a liberdade não será exaustivamente analisada. Dentre todos os aspectos que são elencados pela Lei Maior, um deles merece especial e cuidadoso enfoque: a liberdade de expressão, exercida dentro do contexto da comunicação social, que será o recorte doravante analisado.

4.1.1 Distinção entre liberdade de pensamento e expressão

Há que se distinguir a liberdade de pensamento (art. 5º, IV) e de expressão (art. 220). Enquanto a primeira se revela apenas na esfera do foro íntimo, a segunda ganha repercussão social por ser exposta ao público. Em razão dos diferentes níveis de extensão, o pensamento é livre, irrestrito, ao passo que a expressão deve seguir os ditames da boa convivência social, a fim de que não extrapole os limites implacados por outras garantias fundamentais.

O pensamento, no tempo em que permanece inserido nas reflexões de seu pensador, não representa potencial nocivo á sociedade. E, mesmo que alguma autoridade resolva impedir o indivíduo de assim pensar, seu esforço será em vão, pois o controle pode se dar apenas quando da externalização da ideia.

Consideração bastante pertinente faz João dos Passos Martins Neto, dizendo: "Um homem, cujos pensamentos sejam abominados pelo poder dominante

[158] MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão.* Florianópolis: Insular. 2008. p. 25.

[159] Idem, 2008, p. 26.

[160] Tal observação foi feita por João do Passos Martins Neto (conforme citação acima).

pode, sob ameaça de sanção, ser proibido de dizer o que pensa ou ser forçado a dizer o que não pensa, e mesmo acatando a obrigação imposta para meramente salvar a própria pele, ele ainda poderá, em silêncio, continuar pensando o que pensa. A coação será eficaz para tolher-lhe a expressão e a ação, mas não para mudar o pensamento”[161].

Assim, a liberdade de pensamento se revela em dois aspectos: no foro íntimo e quanto à consciência e crença. A primeira hipótese se refere à vedação de qualquer constrangimento a pensar de uma determinada forma. E a segunda é entendida como a liberdade de ter as própria convicções política, religiosas e filosóficas.

Vale dizer, conforme destacada autor supra citado, que a autonomia ou a liberdade de consciência, não fica restrita ao âmbito íntimo, merecendo proteção quando ultrapassa as barreiras da individualidade. Até porque, deve ser observado ainda ser característica do ser humano a necessidade de buscar adeptos aos seus pensamentos[162].

Contudo, chegando a efetivação da expressão do ser humano, dependendo do conteúdo e da maneira como é posta, é possível que se torne, eventualmente, lesivo ao meio social, porque o detentor de uma ideia, na tentativa de reunir mais pensadores que dela comunguem, procura convencer os demais integrantes do grupo social, fazendo, por vezes, uso dos veículos de comunicação em massa. Com essa atitude, não comete ilícito algum, porque nada mais está fazendo do que dispor daquilo que é seu, reconhecidamente. É aí onde reside o perigo.

4.1.2 Fundamentos da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

A liberdade de pensamento, bem como a manifestação dessa perante a sociedade, é matéria antiga das Constituições brasileiras.[163]

---

[161] Idem, 2008, p. 60.

[162] BASTOS, Celso Ribeiro. **A liberdade de expressão e a comunicação social**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.20, jul. 1997, p. 48.

[163] O retrospecto histórico foi extraído da obra de James Alberto Siano. A publicidade como forma de liberdade de expressão. In: **Revista dos Juizados Especiais: doutrina e jurisprudência**. v. 33. São Paulo: Editora Fiúza, jul/set 2004. p. 13-14.

Com o passar do tempo, a proteção pouco mudou. Houve, no entanto, na medida em que foi tornando-se necessário, o aprimoramento do texto normativo para se adequar às inovações sociais.

Na primeira Constituição, de 1824, ainda na época do Império, houve a primeira menção ao direito manifestar pensamentos. O art. 179, inciso 4º, assim dispunha, *ipsis literis*: "Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar"[164].

Na Constituição Republicana de 1891, o art. 72, § 12º, foi redigido da seguinte maneira: "Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato."

A Magna Carta decretada por Getúlio Vargas, em 1937, trava a liberdade conforme segue (art. 122, inciso XV): "todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado".

A seguir, a Constituição de 1946 assim tratou (art. 141, § 5º): "É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de

---

[164] Os textos constitucionais não mais vigentes estão disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".

Também, a Constituição de 1967, bem como aquela decorrente da outorga da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, trouxeram: "§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. [...] § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

Finalmente, a liberdade de expressão, na Constituição Federal vigente, está consagrada como garantia fundamental do ser humano no art. 5ª, incisos IV, V, X, XIII, XIV, sob as seguintes redações: "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

Ainda no plano da Constituição atual, no capítulo IV do título VIII, que trata das disposições concernentes à ordem social, preocupou-se o poder constituinte em renovar a indicação no art. 220, sem trazer novidades ao comando, regulando, em contrapartida alguns aspectos pertinentes[165].

---

[165] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

1.13 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE

Define-se a liberdade de expressão como "figura entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador). Seus titulares são indivíduos e instituições, especialmente a imprensa. Em linha de princípios, ela compreende a comunicação em torno de informações, opiniões, sentimentos e propostas, entre outros. Realiza-se através da linguagem oral ou escrita, de gestos simbólicos e imagens. Admite os mais variados temas, política, moral, história, ciência, etc. Mas este é um conceito de mera aproximação, que traduz a essência, sem iluminar completamente"[166].

Considerando ser o pensamento parte integrante da personalidade, sua manifestação, por decorrência lógica, também deve ser assim vista.

A liberdade de expressão constitui a essência do estado democrático de direito, pois, como assinala João Martins do Passos Neto, "o conceito de autogoverno ou de soberania popular é impraticável se os cidadãos não tiverem o direito de falar e ouvir livremente"[167]. Enquanto base fundamental do estado democrático, guarda relação intima com a superação de ideias ultrapassadas, pois é, a partir do questionamento das ditas verdades indiscutíveis é que se enxerga os erros de uma teoria e colabora-se para seu aperfeiçoamento.

A proteção constitucional da liberdade de expressão, em geral, é associada à mensagens de cunho político. Mas, a bem da verdade, encobre todos os atos comunicativos, sejam eles de cunho jornalístico, esportivo, comercial, ou de qualquer outro gênero.

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

[166] MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular. 2008. p. 28.

[167] Idem, 2008, p. 50-51.

Não se deve deixar a cargo de ninguém determinar o que é certo e errado. A argumentação contrária é indispensável ao sucesso na busca pela verdade, pelo conhecimento. “As chances da verdade são maiores quando a heresia e blasfêmia são atributos da palavra que o direito não reconhece”[168].

Assim, à proteção da liberdade de expressão deve ser outorgada em grau máximo. Quanto mais polêmicas são invocadas sobre determinada questão, maiores são as chances de se alcançar a verdade.

Contudo, a proteção constitucional da liberdade de expressão é condicionada a um requisito: a existência de valor expressivo.

A definição do termo valor expressivo está no conceito de contribuição para uma decisão política ponderada, integrada em um processo democrático.

Afirma João dos Passos Martins Neto que “um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das possíveis razões de proteção que são fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Por outro lado, um ato comunicativo ao qual não corresponda qualquer das razões que possam justificar a proteção constitucional do direito de comunicar carece de valor expressivo. A distinção é importante porque a liberdade de expressão não compreende atos comunicativos sem valor expressivo. Atos comunicativos sem valor expressivo não podem desfrutar de proteção constitucional porque, a rigor, não constituem expressão. Se a liberdade de expressão protege a expressão, o que não é expressão a lei não protege.”[169].

Socorrendo-se ainda nas lições do referido Mestre, afirma-se que as principais razões de proteção da liberdade de expressão são a “promoção do funcionamento da democracia, da busca da verdade e do conhecimento, da autonomia de consciência e do ensino da tolerância”[170].

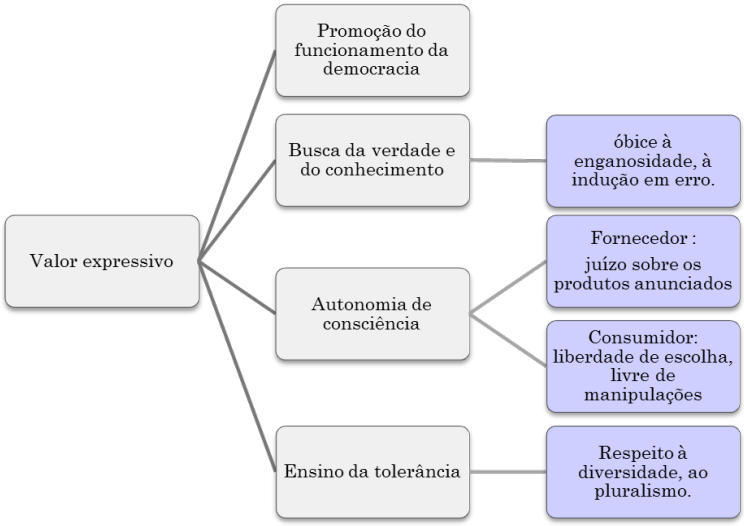
Outra questão com a qual o hermeneuta se depara é a irrelevância do conteúdo do discurso, uma vez que é reconhecida a existência de valor expressivo. Quer se dizer com isso que, certo ou errado, moralmente reprovável ou aceito, para fins da liberdade de expressão, a manifestação do pensamento é, de qualquer forma livre – seja ele dominante ou minoritário, convencional ou não – inadmitindo censura estatal motivada por conceitos subjetivos de tipo algum quando não atingem direitos

[168] Idem, 2008, p. 55.
[169] Idem, 2008, p. 47.
[170] Idem, 2008, p. 71.

alheios. A análise da adequação aos demais preceitos constitucionais, para verificar a existência ou não de fundamento para embasar os argumentos que se pretende sustentar, fica para um momento posterior. A limitação da expressão do pensamento pelo juízo de valor emanado pelo estado, certamente, configuraria a violação do princípio da isonomia, pois trataria de forma desigual indivíduos que apenas manifestam seu pensamento, favorecendo somente aquele que se manifesta em consonância com o que é tido como correto pelo Estado.

Considerando a atividade publicitária, denota-se a viabilidade de enquadrar como seus valores expressivos três dos quatros fatores que ensejam a proteção da liberdade de expressão: a busca pela verdade, a autonomia da consciência e o ensino da tolerância.

Para facilitar a visualização, ilustra-se com a seguinte representação gráfica:



(figura 2[171])

O mais notório de todos, como já analisado anteriormente, a transmissão de informações verdadeiras, é um dos princípios que regulamentam a publicidade. É obstada a atividade publicitária enganosa, que falseie dados sobre os produtos ou serviços anunciados que possam induzir o consumidor em erro.

Em seguida, tem-se a autonomia de consciência, que se revela no exercício da manifestação do pensamento do fornecedor e seu respectivo juízo sobre o produto que anuncia. Neste ponto, poder-se-ia considerá-lo ainda de forma reflexa, na perspectiva dos efeitos gerados sobre o comportamento do consumidor, devendo sempre imperar o princípio da dignidade pessoa humana, eis que constitui-

[171] Figura elaborada a partir das considerações sobre o valor expressivo feitas por João dos Passos Martins Neto.

se um fundamento republicano, deixando o consumidor livre das manipulações dos anunciantes. “Se a dignidade humana é uma locução de definição imprecisa, eis aqui um dos seus significados concretos: impor o respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo”[172].

E, por fim, o ensino da tolerância. Já foi objeto de menção que o texto de abertura da Constituição Federal propõe regras de conduta, dentre as quais está incluída o respeito à diversidade, ao pluralismo. Para a publicidade valem os mesmos valores. Aliás, cabe salientar que já vimos no momento oportuno ser textualmente vedada a publicidade dita abusiva que atente contra os valores sociais, seja por discriminar, seja por incitar a violência.

1.14 A EXTENSÃO DOS EFEITOS E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PUBLICITÁRIA – ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Uma lição interessante, cuja autoria é atribuída ao Min. Eros Grau, deve ser trazida para iniciar a reflexão acerca do aparente conflito de valores constitucionais. “A ordem econômica instituída na Constituição de 1998 [sic] não é contraditória e compõe um sistema dotado de coerência. Nela encontram-se projetadas todas as contradições do nosso Estado, da nossa sociedade, do nosso povo. Cabe ao operador do Direito promover uma interpretação sistemática levando em conta a finalidade que o constituinte quis atribuir a este conjunto de normas positivadas, que devem ser harmonizadas e não anuladas, uma vez que a Constituição traduz a realidade social”[173]

Dito isso, é de se observar que os princípios constitucionais não podem ser considerados mutuamente excludentes a ponto de não ser possível a coexistência no ordenamento jurídico. Pelo contrário, a aparente colisão deve ser cuidadosamente analisada, fazendo-se ponderação para elevar ao patamar máximo a efetividade de todos. Cumpre lembrar que “este fenômeno é próprio dos princípios

[172] Idem, 2008. p. 73.

[173] GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235 et seq. *Apud* ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor**.** In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 53, jan/mar 2005, p. 22.

constitucionais que, mesmo quando colidentes, não se anulam. Perdem apenas parte da sua eficácia quando ressai um outro princípio que, a partir de dada altura, deve prevalecer sobre o primeiro”[174].

O exame deve ser feito caso a caso. A delimitação da preponderância de um sobre o outro depende de quais são e da natureza dos princípios envolvidos.

Como visto, a liberdade de expressão, princípio que ora se analisa em oposição à defesa do direito do consumidor, não é irrestrita. Para ser plenamente empregada, deve cumprir vários requisitos, dentre eles a vedação do anonimato[175].

Com propriedade, sustenta Edilsom Farias que “a Constituição Federal, coerente com o postulado segundo o qual a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional social a vários tipos de restrições, a despeito de seu inestimável valor para o indivíduo (preservação da dignidade e das habilidades intelectuais da pessoa humana) e para a sociedade (formação da opinião e das discussões pública no regime democrático), apesar de sua imunidade a toda e qualquer censura de natureza política ideológica e artística.”[176]

Observa-se que “o consumeirismo e a propaganda não são elementos antagônicos; tornam-se conflitivos apenas quando um ou outro rompe os limites do verdadeiro interesse público”.[177]

Como assinala Giacomini Filho, “a propaganda[178] reconhece que os valores sociais devem ser respeitados e é atuando em consonância com estes valores que sua atividade terá eficácia”[179]

Dada a ausência de precisão do texto constitucional, que expõe de maneira vaga a garantia da liberdade de expressão, a repressão legal de alguns atos comunicacionais torna-se bastante discutíveis. Isso porque nem todo o tipo de limitação de direito é facilmente aceito na sociedade.

---

[174] BASTOS, Celso Ribeiro. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. v. 349, jan. 2000. p. 45-46.

[175] Art. 5º, inciso IV, da CF 88 – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

[176] FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 241-242.

[177] GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 3ª ed. São Paulo: Summus, 1991. p. 127.

[178] O termo “propaganda” está aqui empregado conforme se conceituou a expressão publicidade. Portanto, não é sinônimo de difusão de ideologias, tal como definido anteriormente neste trabalho.

[179] Idem, 1991. p. 127.

É bom consignar desde o início que “o simples fato de uma Constituição não ter, de modo explícito, declarado determinadas comunicações como não protegidas [pelo manto da liberdade de expressão] não significa automaticamente que elas não possam ser banidas pelo legislador”[180]

A censura[181] legal da liberdade de expressão deve se efetivar na medida em que fira outros valores sociais. É o caso da publicidade enganosa e abusiva. Por não ter o poder constituinte consignado sua vontade de exclusão, não quer dizer que o legislador originário não o possa fazer com base em fundamentos outros capazes de sustentar a supressão.

Ressalva-se que a censura de que se trata não tem “qualquer relação com àquela que o constituinte buscou eliminar. Esta não tem nenhum caráter autoritário, arbitrário ou antidemocrático. Pelo contrário, é o exercício de um poder constitucionalmente deferido, que visa a fazer valer os direitos fundamentais, o que só vem a fortalecer a democracia, pois trata-se de um respeito ao direito alheio.”[182]

Uma ideia expressada, conquanto possa ser moralmente reprovável, não pode ser criticada unicamente por esse motivo. Para que sofra alguma restrição, deve infringir outro valor social. A título exemplificativo, tomamos uma declaração qualquer de cunho preconceituoso. A manifestação em si, enquanto não ferir outro aspecto valorativo protegido pelo ordenamento jurídico, não pode ser mal dita.

Sabe-se que o pensamento é livre, mas externá-lo, nem sempre. Jamais poderá ofender a honra de alguém, como nos casos em que a manifestação do pensamento importe o experimento de situação vexatória para outrem[183].

---

[180] MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular. 2008. p. 35.

[181] Há de se fazer uma ressalva quanto ao termo censura. Entende-se por censura a limitação, de alguma forma, do exercício de um direito. Neste caso, não está sendo empregada no sentido mais consentâneo do ato administrativo. Nesse sentido, explica Edilsom Farias que “não há como confundir *censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social,* que é função típica reservadas aos juízes e tribunais na democracia constitucional. A primeira é ato de natureza politico-administrativa, o segundo, ato judicial. Isto é, não constituem censura as medidas judiciais decretadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de atividade informativa.

[182] Celso Ribeiro. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. v. 349, jan. 2000. p. 46.

[183] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ilustram a restrição de uma liberdade por outra com a análise do direito de ir e vir. Segundo os referidos autores, o direito de ir e vir, que é assegurando pelo art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal é restringido pelo direito de propriedade, que é consagrado no inciso XI no mesmo dispositivo. In: GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil: parte geral**. v. 1. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168.

Em se tratando de publicidade, em face da amplitude que ganha por se expressar de forma massiva, a declaração preconceituosa ofende a moral coletiva, devendo, em razão disso, ser obstada.

O desenvolvimento da democracia em muito se deve à consagração da liberdade de expressão como garantia fundamental. Por outro lado, ao ser utilizada de forma abusiva, representa graves riscos à sociedade.

A liberdade de expressão, no campo da comunicação, não confere legitimação a todo e qualquer ato comunicacional. Assim como em todas as demais vertentes, não é – e nem poderia ser – isenta de qualquer regulamentação. Em virtude dos recorrentes abusos, a limitação da expressão teve que se aprimorar nos campos da informação e do pensamento, especialmente quando relacionados algum meio de comunicação em massa[184].

Corroborando o expressado acima, ensina Celso Ribeiro Bastos que "o constituinte houve por bem banir toda censura de natureza política, ideológica e artística, no campo da comunicação social (art. 220, § 2º), e banir a censura de qualquer natureza, no campo do direito individual (art. 5.º, IX). [...] Na atual sistemática constitucional brasileira, a censura foi banida, [...], mas também, de outra parte, foram estabelecidos alguns limites ao gozo das liberdades de expressão e de imprensa. Estes limites são impostos, em verdade, por outros direitos constitucionalmente assegurados. Aliás, frise-se, são direitos fundamentais que, ao serem conjugados com liberdade de expressão, acabam por restringi-la."[185]

Para justificar a ausência de proteção constitucional a salvo de qualquer limitação, cabe explicitar novamente a finalidade da publicidade. Já foi visto que, em princípio, tinha a mensagem publicitária função meramente informativa. Posteriormente, adequando-se às modificações sociais, passou a ser parte integrante da atividade empresarial, tornando-se mecanismo de persuasão da massa de consumidores. Também se pode agregar como inerente aos anúncios publicitários a atividade artística, que visa à melhor apresentação do objeto, e consequentemente, torná-lo mais atrativo no mercado concorrencial.

Frise-se que a apesar de ser a arte um elemento da criação publicitária – vertente bastante significativa da expressão artística – essa é apenas elemento de

---

[184] BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. v. 349, jan. 2000. p. 43.

[185] BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites da liberdade de expressão na constituição da República**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. v. 349, jan. 2000. p. 45.

realce, não se configurando como objeto principal do anúncio publicitário, pois sua finalidade não se coaduna com a daquela. Vale dizer: a publicidade não é arte pela arte. Dessarte, em vista de não se enquadrar no universo da irrestrição das manifestações artísticas, afirma-se que a vedação de controle sobre a arte não atinge a esfera da publicidade, porque, como restou evidenciado, esta não é um perfeito sinônimo daquela[186].

Ainda que se diga ser atividade persuasiva, não pode a publicidade ser confundida com a opinião e, em decorrência, equipará-la à manifestação de natureza política ou religiosa. Assevera Herman Bejamin que "incorporar a publicidade no mesmo arcabouço de proteção da liberdade de opinião é, sem dúvida, lhe dar, diretamente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica tem. É trazer o consumo de bens objetivo final de qualquer publicidade – e o próprio mercado ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos."[187]

A Constituição Federal não pretendeu obstar qualquer modalidade de impedimento do exercício da liberdade de expressão. Ao invés, consignou inúmeras limitações. "Tais restrições referem-se aos direitos fundamentais à honra, à intimidade, à vida provada e à imagem, à incitação ao crime, aos estados de exceção, bem como restrições decorrentes da disciplina imposta aos meios de comunicação social, e dos direitos da criança e do adolescente"[188]

Tanto é verdade que, observado o texto constitucional, denota-se a existência de inúmeros atos próprios da comunicação que são censurados – sendo que alguns constituem, inclusive, fatos típicos descritos em leis de caráter penal, para os quais são prescritas penas. A exemplo disso, podem ser citados os arts. 138

---

[186] Nesse ponto, há autores de divergem, a exemplo de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, quem defende a seguinte ideia: "A proteção constitucional da publicidade pode ser vista a partir da proteção à liberdade de expressão, uma vez que, em certa medida as peças publicitárias consistem em manifestações criativas do intelecto humano. Com efeito, embora apresentem finalidade comercial, as peças publicitárias são expressões de arte, consubstanciando-se em retrato cultural, crítico ou descritivo do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade, particularmente no mundo contemporâneo." In: DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Direito e publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

[187] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de Direito do Consumidor**.** n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56.

[188] BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites da liberdade de expressão na constituição da República**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. v. 349, jan. 2000. p. 47.

a 140[189] do Código Penal, que tipificam os crimes de calúnia, difamação e injúria, respectivamente.

Atentando-se às considerações sobre os efeitos irradiados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se claramente que a publicidade atua justamente na formação da ideia do consumidor, que por vezes, não imune aos apelos publicitários, acaba por construir pensamento equivocado sobre determinada coisa. Tem-se assim a necessidade de invocar uma proteção invertida, dirigida ao consumidor passível de ludibriação, ao invés de acobertar a liberdade de expressão publicitária sob o manto da intangibilidade no que tange o controle estatal. Tem-se que enaltecer a condição do consumidor, devendo a ele ser garantido o pleno exercício de sua autonomia de consciência, o que acaba violado em função dos apelos publicitários sem limites.

Outro aspecto merecedor de especial atenção é o papel da publicidade desempenhado no âmbito do mercado, e seus efeitos nas relações concorrenciais.

---

[189] **Calúnia**

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Como parte da atividade empresarial – divulgação dos produtos e serviços postos no mercado – não só pode como deve a publicidade sofrer as mesmas restrições daquela, a exemplo da vedação da concorrência desleal. Esse é mais um fator que reforça a condição de subordinação da liberdade de expressão publicitária aos demais valores constitucionalmente assegurados.

Novamente trazendo os ensinamentos de Herman Benjamin, diz que é "exatamente na medida de sua importância econômica, política e social, a publicidade deve merecer a atenção dos juristas e do legislador. Deve ser ela instrumento de fortalecimento do mercado concorrencial e da melhoria das relações consumidor-fornecedor. Deve ser ferramenta de aperfeiçoamento da posição do consumidor no mercado, respeitando suas fragilidades e sensibilidades. Deve ser denominador de cooperação e não de dominação"[190]

Reforçando o que foi aduzido até o momento, traz-se ainda a disposição dos parágrafos 3º e 4º do art. 220, da Constituição, que impõe ao legislador infraconstitucional o dever de elaborar textos normativos limitadores da liberdade de expressão, nos seguintes termos:

> § 3º - Compete à lei federal:
>
> [...]
> II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
> § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Em comentários sobre os acima transcritos comandos constitucionais, Edilsom Farias diz que "a Carta Federal alberga também o direito fundamental a receber informação publicitária adequada, dos pontos de vista quantitativo e qualitativo (art. 220, §§ 3º, II, e 4º), especialmente assegurada a obtenção de propaganda comercial correta e honesta (art. 5.º, XXXII)."[191]

---

[190] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor.** n. 9. jan/mar 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 57.

[191] FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283.

Por fim, deve ser enfatizado que o princípio constitucional da proscrição de censura engloba tanto a censura prévia e a posterior, quanto a censura administrativa e a privada.[192]

Então, por tudo o que se disse, denota-se impossível o encaixe da publicidade em qualquer fator que possa lhe emprestar a condição de intangibilidade de corrente liberdade de expressão, porque sua função precípua é a transmissão de informação e a persuasão dos destinatários do texto informativo, não se confundindo, e hipótese alguma, com a manifestação de pensamento, a qual sim pode ser exercida de forma mais ampla. Além disso, atenta-se ainda o atendimento, por parte das ciências publicitárias ao interesses da ordem econômica, os quais devem, necessariamente, ser limitados a fim de que não se sobreponham aos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente na esfera das relações de consumo.

[192] Idem, 2004, p. 284.

CONCLUSÃO

Vários são os aspectos explorados nos anúncios publicitários, no que diz respeito à manipulação da percepção do consumidor. A ênfase não é encontrada nos atributos do bem de consumo, mas sim nas características almejadas pelos consumidores. Inclusos na venda do produto estão subjetividades contemporâneas, tais como valores, estilos de vida e regras de conduta que, instigando o desejo do consumidor, são largamente utilizadas para o alcance de finalidades mercadológicas. Não se trata mais das necessidades que devem ser supridas, mas da necessidade de consumo induzida. Inconscientemente o comportamento do ser humano é permeado pelas influências da publicidade, ficando o discernimento prejudicado pelo desenvolvimento de mecanismos para confundi-lo.

Assim, notória é necessidade de rígida regulamentação da atividade publicitária, visto que os destinatários das mensagens publicitárias ficam completamente desamparados em face da dificuldade de controle – não legislativa, mas preventiva e fiscal – por causa da deficiência intrínseca à estrutura sistêmica de controle.

A análise dos limites da publicidade é feita sempre do ponto de vista dogmático. É comumente encontrado na literatura especializada tratados sobre as restrições decorrentes da positivação de regras, esquecendo-se dos fundamentos constitucionais que os oferecem suporte. Não é cautela em demasia lembrar que a regulamentação legislativa, por não ser exaustiva, tem que sempre se socorrer nos princípios apregoados na Magna Carta.

No presente trabalho buscou-se analisar, sob a ótica constitucional, o âmbito de incidência da liberdade de expressão, quando em oposição ao princípio da proteção do consumidor.

A partir da leitura dos dispositivos constitucionais que tratam do tema, tem-se a impressão de que, no Brasil, é vedada toda e qualquer tipo de censura, podendo o emissor de uma ideia propagá-la da forma que melhor entender, por ter sua liberdade de expressão assegurada. Porém, tal premissa não é absoluta. Em discreta oposição, é assegurado ao consumidor o direito de defesa de seus interesses, dentre os quais pode ser citado o de obter informações verdadeiras e claras, sem ser induzido em erro em virtude dos subjetivismos.

Conforme é possível se constatar da comparação dos princípios alhures comentados, no caso da publicidade, há entre eles um cruzamento antagônico. Quando postos lado a lado, é visível que, por vezes, caminharão em sentidos opostos, pois cada um representa a proteção dos interesses de partes com diferentes objetivos, concretizando, assim, um conflito.

É sabido que, por vezes, é difícil delimitar o campo de incidência dos princípios, sobretudo quando são conflitantes entre si. Tal choque principiológico gera, para o hermeneuta, o desafio de, além de encontrar um caminho para a resolução da antinomia, extrair do ordenamento jurídico a real intenção da norma.

O constituinte estabeleceu apenas regras gerais, deixando a cargo do legislador a tarefa de implementar as políticas necessárias para assegurar a efetividade da vontade política que está implícita no texto constitucional, por meio de normas que se adequem à realidade vivenciada.

Na medida em que são editadas as leis para concretizar a vontade do constituinte, estas têm o poder de forçar mudanças comportamentais. A exemplo disso está o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que impôs a modificação das atitudes empresariais no sentido de respeitar as necessidades do consumidor, de forma bem mais protecionista.

A proteção do consumidor, enquanto parte mais frágil da relação de consumo, principalmente no que tange os direitos transindividuais, coletivo ou difusos, é de alta relevância social, não podendo ser preterida em face da liberdade de expressão que é também respaldada pela Magna Carta, contudo, não irrestritamente.

Portanto, deve a publicidade obedecer às restrições que lhe são postas pela Lei protetiva do consumidor, porquanto o desrespeito a qualquer um dos princípios delineados em seu bojo constitui, indiscutivelmente, uma violação a valores constitucionais pertinentes à dignidade humana e à moral coletiva.

Dito isso, fica evidente proteção da liberdade constitucional publicitária fica condicionada ao respeito a todos os demais valores fundamentais, sobretudo o da dignidade humana, que serve de base para a garantia de defesa do consumidor. Qualquer forma de publicidade atentória contra a coletividade merece ser censurada, sendo cabível o controle administrativo – exercido pelos órgãos de proteção ao consumidor e as associações civis voltadas à regulamentação da

atividade publicitária – e o jurisdicional, que lança mão do poder de império do estado para efetivar a proteção do consumidor.

Por tudo o que se viu, conclui-se que a publicidade não está acobertada pelo manto da liberdade de expressão incondicionalmente, conquanto preencha alguns dos requisitos ensejadores da proteção constitucional. Pelo contrário, é censurável na medida em que invade a seara dos demais valores apregoados pela Constituição, não configurando violação alguma o implemento de mecanismos de controle.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.53, jan. 2005, p. 11-38

AMATRUDO, Rosangela. Publicidade abusiva. In: **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v.52, out. 2004, p. 163-221

BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 20, jul. 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 9, jan./mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARDENA, Nelson Varón. **Brasil – 100 anos de propaganda**. São Paulo: Editora Referência, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Daniele Maia Teixeira. A publicidade comparativa e o seu tratamento legal. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. v.354, mar. 2001, p. 127-175

COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa no código de defesa do consumidor. In: **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, nº. 8. 1993.

COSTA, Marcelo Dolzany. **A comunicação e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo02.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Direito e publicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FERNANDES NETO, Guilherme**. O abuso do direito no código de defesa do consumidor**: cláusula, práticas e publicidade abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS, Arystobulo de Oliveira. A publicidade inserida na relação de consumo. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.1, jan. 1998, p. 18-27.

GAGLIANO, Pablo Soltze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direto civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência**. 5ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1

HERTER, Márcia Maurer. **O efeito da música nas intenções de comportamento do consumidor**. 2010. Monografia – Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos**. A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de Defesa do consumidor interpretado (doutrina e jurisprudência)**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

SCHULTZ, Roberto. **O publicitário legal**: alguns toques, sem juridiquês, sobre o direito da publicidade no Brasil. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.