

Panorama Normativo do Controle da Publicidade de Consumo no Direito Brasileiro

Sérgio Rodrigo Martinez

Doutorando em Direito pela UFPR
e Bolsista da CAPES.

1. Código brasileiro de auto-regulamentação publicitária

O presente artigo visa demonstrar a parte principal do sistema normativo que regula a publicidade de consumo no Brasil. Esse sistema é composto por normas auto-regulamentares ou jurídicas constantes respectivamente do sistema privado e/ou do sistema público de controle da publicidade, analisadas nesta ordem de apresentação.

SUMÁRIO

1. Código brasileiro de auto-regulamentação publicitária;
2. Normas do sistema público de controle da publicidade; 2.1 Constituição federal; 2.2 Código de defesa do consumidor; 2.3 Publicidade enganosa; 2.4 Publicidade abusiva; 2.5 Legislação ordinária;
- Conclusão;
- Bibliografia.

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBARP) é composto por 50 artigos, divididos em cinco capítulos compostos por regras éticas aplicáveis aos anúncios publicitários em geral. Há também 19 anexos direcionados especificamente aos tipos de publicidade sobre produtos ou serviços mais visados na sociedade, selecionados em “categorias especiais”.

Com relação ao campo de atuação do CBARP, segundo COELHO,¹ ele é muito mais amplo que aquele estipulado pelo sistema estatal e que está presente no Código de Defesa do Consumidor (CDC), porquanto a sua atuação se dá não só no campo da publicidade, mas também com relação à propaganda de instituições, conceitos e idéias sem fins econômicos, voltando-se para a proteção tanto do consumidor quanto da concorrência.

1. COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*, p. 238.

Tal afirmação pode ser comprovada pela leitura do art. 8º do CBARP, que diz o seguinte:

“O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.”

Com relação ao conteúdo do CBARP, o seu primeiro capítulo traz, além do preâmbulo ideológico, os objetivos e as regras de interpretação das normas éticas a serem aplicadas.

Nesse capítulo destaca-se o art. 1º, com o preceito de que todo o anúncio deve respeitar as leis do país e com elas se conformar, deve também ser honesto e verdadeiro. Observa-se que este dever contratual, imposto a todo anúncio, de respeitar as leis do país e com elas se conformar apenas ratifica o princípio da obrigatoriedade legal previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, não só o anúncio deve respeitar as leis do país e com elas se conformar, mas também, o próprio sistema privado de controle da publicidade, em sua atuação, deve se pautar pelas leis, principalmente tendo em vista as disposições presentes no CDC.

Assim, segundo CAMPOS:²

“Na qualidade de regras de caráter interpessoal, o Código de Auto-regulamentação Publicitária encontra-se absolutamente subordinado ao caráter predominante da legislação geral, com-

plementando-a, preenchendo suas lacunas, mas jamais indo contra os ditames da lei. Trata-se de forma secundária de expressão do direito, devendo conformar-se às diretrizes traçadas pela lei.”

Com relação às normas sobre a publicidade negocial de consumo, observa-se que, mesmo não identificando em seu texto ético a vinculação do fornecedor pelo conteúdo da mensagem publicitária, o sistema privado de controle da publicidade deve agir no sentido de atender a esta disposição legal, orientando o meio publicitário sobre as consequências vinculantes para o anunciante ao emitir uma publicidade negocial de consumo e sancionando eticamente aqueles que descumprirem tal determinação em prejuízo dos interesses dos consumidores.

Em relação à segunda parte do art. 1º, porém, observa-se que este traz os princípios da veracidade e da honestidade para o sistema privado de controle da publicidade, integrantes do princípio da boa-fé.

Outro aspecto normativo importante do CBARP está em seu art. 18, ao definir anúncio, produto e consumidor, da seguinte forma:

“A palavra *anúncio* é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra *anúncio* só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante;”

Nesse contexto descrito pelo CBARP,

2. CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, p. 242.

a palavra anúncio apresenta-se como gênero do termo publicidade, diferenciando-se, no entanto, da palavra propaganda, pois, como foi visto em sua parte final, o termo publicidade requer uma orientação econômica no tempo e no espaço.

Diferentemente da redação dada pelo CDC que entende ser o produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”,³ distinto dos serviços, o CBARP optou por definir a palavra “produto” como gênero que abarca qualquer item que possa ser promovido pela publicidade, abrangendo também os serviços.⁴ Deste modo, tal caracterização genérica difere da terminologia jurídica adotada pelo CDC, visto que, em termos de responsabilização, os produtos e os serviços são tratados de forma distinta pela legislação consumerista brasileira.

Por outro lado, a redação adotada pelo CBARP⁵ para definir a figura do consumidor coaduna-se plenamente com a redação do CDC, em seu art. 2º, identificando como consumidor tanto a pessoa física quanto a jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, atingida pelo anúncio publicitário, bem como toda pessoa que possa ser exposta a esta prática, conforme seu art. 29.

O segundo capítulo do CBARP trata dos princípios gerais em matéria publicitária (respeitabilidade, honestidade, veracidade, identificabilidade, etc), traçando também regras a respeito da publicidade compara-

tiva, segurança, proteção da intimidade, ecologia, crianças e jovens, direitos autorais e plágio.

Destaque deve ser dado ao art. 27, ao apresentar o princípio da apresentação verdadeira, englobando todas as informações que devem constar do anúncio publicitário. Tal artigo, além de trazer os postulados da boa-fé para este sistema privado de controle da publicidade, como já faz o seu art. 1º, também se presta a descrever vários itens que servem de critério imediato de distinção dos tipos de publicidade de consumo, tais como valor, condições, etc.

O terceiro capítulo do CBARP dispõe sobre as categorias especiais de anúncios que, por sua importância econômica ou social, são sujeitos a cuidados especiais e regras específicas além das gerais estabelecidas. Diferentemente do CDC, o CBARP vai pormenorizar a atuação do sistema privado de controle da publicidade trazendo as regras limitadoras da criação publicitária, as quais caso venham a ocorrer, seriam irregulares perante as regras autodisciplinares, e, regulares perante a legislação consumerista, por não se encaixarem em nenhum dos tipos genéricos preestabelecidos. Neste sentido, o sistema privado de controle da publicidade apresenta-se muito mais específico e abrangente do que o sistema público.

O quarto capítulo trata das responsabilidades. Determina que o anunciante

3. Cf. art. 3º, § 1º do CDC.

4. “A palavra *produto* inclui bens, serviços, facilidade, instituições, conceitos ou idéias que sejam promovidos pela publicidade.”

5. “A palavra *consumidor* refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.”

deverá assumir responsabilidade total por sua publicidade e as agências deverão ter o máximo cuidado na elaboração dos anúncios publicitários, respondendo solidariamente com o primeiro pela obediência aos preceitos deste Código. Trata-se apenas de uma sanção ética de natureza contratual, destinada a penalizar, no âmbito interno deste órgão, o anunciante, a agência ou o veículo de comunicação, todavia, sem criar qualquer tipo de responsabilidade perante o consumidor, sem direito a nenhuma indenização por danos que lhe forem causados.

2. Normas do sistema público de controle da publicidade

Dentre as normas pertencentes ao sistema estatal de controle da publicidade podem-se destacar três graus principais, sendo que o primeiro abriga a norma que lhe serve de fundamento de validade, a Constituição Federal, o segundo abriga a legislação consumerista, representada pelo CDC, e o terceiro e último abriga as demais legislações ordinárias sobre a matéria, como será descrito a seguir.

2.1 Constituição federal

Muitas críticas sobre a constitucionalidade do sistema público de controle da publicidade foram feitas pelo meio publicitário que o vê como inconstitucional em

face das previsões do art. 5º, inciso IX,⁶ e art. 220 (*caput*)⁷ da Constituição Federal (CF).

Tais críticas são observadas e sintetizadas por PASQUALOTTO⁸ da seguinte maneira:

“As restrições que se fazem à publicidade são freqüentemente confrontadas com argumentos em favor da liberdade de expressão. Segundo essa linha de raciocínio, a publicidade seria uma forma de expressão protegida constitucionalmente e, por isso, não seria suscetível de restrições. Ela seria uma espécie de liberdade de palavra, de manifestação do pensamento ou de liberdade de expressão artística. Qualquer forma de limitação constituiria uma espécie de censura.”

No entanto, tal interpretação parte de um sofisma centrado em parte e não no todo da questão, já que, a Constituição Federal, apesar de garantir tais liberdades, o faz de forma limitada e não absoluta, pois há outros direitos ou liberdades que, em contrapartida desta liberdade, também são garantidos constitucionalmente, evitando-se assim, a colisão de direitos⁹ ou antinomia de normas como denomina BOBBIO.¹⁰

Nesse sentido, segundo CENEVIVA:¹¹

“Num Estado democrático, a garantia da liberdade corresponde à

6. “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”
7. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto nesta Constituição.”
8. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*, p. 64.
9. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A colisão de direitos*.
10. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 81.
11. CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 24.

instituição de direitos cuja limitação se acha na estrita medida em que seu exercício interfira com o exercício dos demais componentes do mesmo corpo social, ou com o bem comum.”

No caso da constitucionalidade do sistema público de controle da publicidade, há apenas aparente colisão de direitos, pois, ao mesmo tempo em que a CF garante a liberdade de criação, expressão, manifestação, etc, aos meios publicitários, ela também estabelece a possibilidade de sua restrição, desde que prevista em seu próprio corpo normativo. Assim determina o art. 220 (*caput*):

“... não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Confirmando este raciocínio, este próprio artigo já traz uma restrição determinando em seu § 3º que 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 de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

Também o seu § 4º traz uma norma específica referente ao controle da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, sujeita a restrições legais nos termos do inciso anteriormente apresentado.

Neste sentido, FURLAN¹² reconhece que a própria Constituição Federal prevê restrições à comunicação social em seu art. 220.

CARVALHO¹³ justifica tal posicionamento ao dizer que

“... parece certo que qualquer direito fundamental só pode ser limitado por expressa determinação da Constituição, nos limites por esta traçados, sem que, com isso, se desvirtue o direito assegurado constitucionalmente ... Outros limites sem dúvida existem e são aqueles advindos de outros direitos previstos pela Constituição.”

Logo, é a própria Constituição que, ao garantir a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento, também estipula um controle estatal sobre estas atuações como forma de garantir outros valores constitucionais, como os direitos do consumidor.

Segundo NERY JR.,¹⁴ “o controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor”.

Em suma, o exercício livre de várias atividades privadas é plenamente assegurado pela Constituição, todavia limitado aos demais dispositivos que esta própria Carta estabelece para a ordem econômica.

-
12. FURLAN, Valéria C. P. “Princípio da Veracidade nas Mensagens Publicitárias”. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 10, p. 105.
13. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, p. 13.
14. NERY JR, Nelson. “Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 03, p. 67.

De outro modo, utilizando-se uma interpretação gramatical e lógico-sistemática da Constituição Federal, pode-se observar que o sistema público de controle da publicidade busca seu fundamento de validade nas normas previstas no art. 5º, inciso XXXII, e no art. 22, inciso XXIX.

Tal raciocínio começa pela leitura do art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal que determina como garantia fundamental o dever do Estado promover a defesa do consumidor. Partindo desta idéia geral de defesa do consumidor, o constituinte optou por conferir privativamente à União, no art. 22, inciso XXIX da CF, a competência para legislar sobre a propaganda comercial, termo que, apesar de impropriamente utilizado, como já foi visto, refere-se à publicidade de consumo. Desta leitura, chega-se à conclusão de que a Constituição Federal, ao permitir ao legislador ordinário federal estabelecer normas jurídicas ordinárias sobre a "propaganda comercial", está, na verdade, permitindo ao legislador ordinário a instituição do elemento objetivo do sistema público de controle da publicidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, segundo RODYCZ,¹⁵ se a Constituição o permite e há um regramento específico para tanto, o controle é lícito.

Num outro raciocínio, conforme expressa PASQUALOTTO,¹⁶ as liberdades são garantias do Estado para os cidadãos, sendo que "a liberdade que se visa resguardar é de ordem política" e não de ordem econômica.

Logo, a criação da mensagem publicitária, com fins estritamente econômicos, não é albergada pelo dispositivo constitucional.

Nesse mesmo sentido, para BENJAMIN,¹⁷ o controle sobre a publicidade "nada mais é do que controle sobre a empresa", não tendo relação com as garantias constitucionais que são reservadas somente às pessoas físicas.

Assim, por um outro entendimento, observa-se que as disposições constitucionais dos art. 5º, inciso IX e art. 220 (*caput*) não serviriam nem de premissas sofismáveis para o meio publicitário se defender corporativamente, já que, pela característica estritamente econômica de sua atividade, este não poderia ser tutelado pelas disposições constitucionais supracitadas.

Dessa maneira, primeiramente deve ser considerado que as garantias constitucionais não são absolutas, podendo sofrer restrições estipuladas pela própria Constituição; em segundo lugar, pode-se observar que a Constituição, por um raciocínio lógico-sistemático, demonstra ser o fundamento de validade do elemento objetivo do sistema estatal de controle da publicidade; em terceiro lugar, observa-se que tal garantia é reservada meramente à esfera individual, não abarcando atos estritamente econômicos da iniciativa privada voltados à coletividade, demonstrando-se, assim, três argumentos invencíveis constitucionalmente sobre a legalidade da adoção do sistema público de controle da publicidade no Bra-

15. RODYCZ, Wilson. "O Controle da Publicidade". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 08, p. 68.

16. PASQUALOTTO, Acalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*, p. 66.

17. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. "O Controle Jurídico da Publicidade". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 09, p. 56.

sil, servindo-lhe, então, como fundamento de validade.

2.2 Código de defesa do consumidor

Esta é a principal legislação referente ao sistema público de controle da publicidade, tipificando o que vem a ser uma publicidade de consumo e suas modalidades enganosa e abusiva.

O elemento objetivo do sistema público de controle da publicidade brasileiro visa apenas tutelar a ocorrência abusiva ou enganosa de uma publicidade de consumo, parcialmente diferente do sistema público de controle da publicidade francês, que tutela somente a publicidade de consumo comparativa ou enganosa, conforme afirma FERRIER.¹⁸

No entanto, o mais completo elemento objetivo dos sistemas que estão sendo comparados, abrangendo a tutela da publicidade enganosa, abusiva e comparativa, é o presente no sistema público de controle da publicidade italiano, materializado no Decreto Legislativo nº 74, de 25 de janeiro de 1992, que representa a transposição para o ordenamento jurídico italiano das Diretivas da Comunidade Européia sobre o assunto.

2.3 Publicidade enganosa

Segundo o art. 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, como publicidade de consumo enganosa pode ser definida 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 ou serviços.

Em seguida, em seu § 3º, o art. 37 do CDC especifica que a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar o consumidor sobre dado essencial do produto ou serviço.

Na Argentina, diferentemente do que ocorre no Brasil, a publicidade enganosa não é regulada pela Lei de Defesa do Consumidor, mas sim por uma outra lei sobre a lealdade comercial (Lei nº 22.802 – Art. 9º), sendo que isto se deve ao fato de que aquele país já regulava tal prática comercial como enganosa mesmo antes da criação de sua legislação consumerista, identificando-a quanto ao seu conteúdo:

"Mediante inexactidões ou ocultamentos possa induzir a erro, engano ou confusão com respeito às características ou propriedades, natureza, origem, qualidade, pureza, mistura, quantidade, uso, preço, condições de comercialização ou técnicas de produção de bens móveis, imóveis ou serviços."

Com relação à publicidade enganosa em outra sede alienígena, observa-se que ainda vigora na França a *Lei Royer* (nº 73-1.193), de 27 de dezembro de 1973 que, segundo SOUZA,¹⁹ determina "em seu art.

18. FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*, p. 40.

19. ALMEIDA, Miriam de. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*, p. 126.

44 que o produtor tem a obrigação de apresentar os produtos através da publicidade honesta e não fraudulenta", como pode ser observado pela leitura do próprio artigo:

"Art. 44. É proibida toda propaganda que permita sob alguma forma que seja, alegações, indicações ou apresentações falsas ou de natureza a se induzir a erros, quando aquelas incidem sobre um ou vários dos elementos seguintes: existência, natureza, composição, qualidades substanciais, teor em princípios úteis, espécie, origem, quantidade, modo e data de fabricação, preço e condições de venda de bens e serviços que são o objeto da propaganda, condições de sua utilização, resultados que podem ser esperados, motivos ou procedimentos da venda ou da prestação de serviços, alcance dos contratos assumidos pelo anunciante, identidade, qualidades ou atitudes do fabricante, dos revendedores, dos promotores ou dos prestadores de serviços."²⁰

Conforme explica CALAIS-AULOU²¹, apesar de o direito do consumidor francês ainda necessitar ser modificado em alguns detalhes,²² o art. 44 da *Lei Royer* será mantido, visto que a sua redação atual assegura uma proteção aos consumidores equivalente àquela exigida pela Diretiva 84/450.

Comparativamente, observa-se que tanto a legislação argentina quanto a legis-

lação francesa apresentam-se semelhantes à legislação brasileira, estipulando como enganosa aquela publicidade capaz de induzir o consumidor em erro a partir da incorreta ou omissa apresentação de seus elementos essenciais de identificação.

Com estrita relação à legislação brasileira, deve ser observado que o conteúdo, inteira ou parcialmente falso, ou também omissivo, só caracteriza a publicidade como enganosa quando seja capaz de induzir o consumidor a erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços. Daí decorre que não pode ser considerada como enganosa a publicidade de consumo fantasiosa, fictícia, que apenas cria uma ilusão materialmente impossível para chamar a atenção do consumidor ao divulgar o produto ou serviço.

Quando, porém, a publicidade de consumo traz algo chamativo, mas capaz de induzir o consumidor em erro, violando-o em sua incolumidade econômica, há a ocorrência do tipo enganoso previsto no CDC.

Segundo BENJAMIN,²³ "em linhas gerais, o novo sistema pode ser assim resumido: não se exige prova de enganosidade real, bastando a mera enganosidade potencial ('capacidade de indução a erro')".

20. Trad. ALMEIDA, Miriam de. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*, p. 126.

21. Apud LOPES, Maria Elizabeth Vilaça. *O consumidor e a publicidade*, p. 161.

22. Isto se mantém na atualidade, visto que o *Code de la Consommation* francês não passou, segundo a visão de Cláudia Lima Marques, de "uma compilação de textos de defesa do consumidor que revogou as antigas e conhecidas leis francesas de 78 e 88". "Nova lei francesa sobre defesa do consumidor – a transformação da diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 17, p. 362.

23. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 271.

Para RODYCZ:²⁴

“É relevante lembrar que a lei não exige a consumação do engano do consumidor. Contenta-se em que a publicidade seja capaz de induzi-lo em erro a respeito de aspectos contidos na publicidade. Por fim, a enganosidade não supõe existência de má-fé do anunciante ou da agência na criação da peça publicitária.”

Nesse sentido, não se exige que o consumidor seja efetivamente lesado, ou seja, basta a potencial capacidade de induzir em erro o consumidor para que o sistema estatal de controle da publicidade passe a atuar, ou seja, basta que o anúncio publicitário crie no consumidor uma potencial expectativa.

Outro exemplo de jurisprudência sobre a ocorrência de uma publicidade negocial de consumo enganosa decorrente da mera capacidade do anúncio de induzir os consumidores em erro, observa-se o seguinte Acórdão julgado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais:²⁵

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Publicidade enganosa. Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor”

A veiculação de propaganda com indicações imprecisas sobre as ofertas promocionais configura publicidade enganosa, de que trata o art. 37 da Lei 8.078/90, porquanto capaz de induzir em erro o consumidor, prática que pode ser coibida pelo manejo de ação civil pública.”

Nesse caso, a mera potencialidade de indução do consumidor em erro levou o Ministério Público a propor a supracitada ação civil pública, visando a proibição da veiculação dos anúncios publicitários.

Diferente do caso jurisprudencial anterior, pode ser citado o Acórdão julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo,²⁶ no qual não há somente a potencial capacidade de o anúncio publicitário induzir em erro o consumidor, mas sim, a sua efetiva indução em erro em razão da consecução do negócio jurídico de consumo. É o seguinte:

“CÓDIGO DO CONSUMIDOR – Agente que vende produto diverso do anunciado em jornal, induzindo a vítima em erro. Infração do art. 66 da Lei 8.078/90. Caracterização”

Ementa: Incorre nas sanções do art. 66 da Lei 8.078/90, o agente que vende produto diverso do anunciado em jornal, induzindo a vítima, que pensa estar comprando coisa de qualidade superior a que realmente adquire.”

Evidencia-se acima que o anúncio vai além da capacidade de induzir o consumidor em erro, o que já configuraria aquela publicidade de consumo como enganosa, pois realmente induz em erro o consumidor que veio a adquirir um produto de qualidade inferior àquela supostamente superior que ele pensava estar adquirindo, incidindo tal caso no tipo previsto no art.

24. RODYCZ, Wilson Carlos. *O controle da publicidade*. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 08, p. 65.

25. TAMG – Ap. 150.436-7 – 7^a C.Civ. – Rel. Juiz Quintino do Prado. – J. 22.04.1993. Fonte: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 09, p. 165.

26. TACRimSP – Ap. 876.867/5 – 2^a C.Crim. – Rel. Juiz Silvério Ribeiro – J. 17.11.1994 – v.u. Fonte: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 20, p. 209.

66 do CDC, e dando ensejo à sua reparação civil.

A partir da visão dos dois casos jurisprudenciais supracitados, observa-se que há dois níveis repressivos de proteção à incolumidade econômica do consumidor: o primeiro que visa apenas proibir e/ou sancionar a veiculação de uma publicidade de consumo potencialmente capaz de causar danos aos consumidores, e o segundo que, além de visar a proibição da veiculação publicitária, busca também reparar civilmente os consumidores lesados em virtude da realização de negócios jurídicos de consumo incentivados pela ocorrência da publicidade patológica.

Além do ato publicitário comissivo, no qual o anunciante estipula uma mensagem publicitária cujo conteúdo tenha a capacidade de induzir o consumidor em erro, há também o ato publicitário omissivo, quando a falta do conteúdo da mensagem é que tem a capacidade de induzir o consumidor em erro.

Como exemplo, quando a publicidade negocial de consumo diz que o curso de informática é gratuito, mas não especifica que o aluno deverá pagar pelo material didático a ser utilizado, está, por omissão, sendo capaz de induzir o consumidor em erro. Nesse caso, segundo BENJAMIN,²⁷ “na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é”.

Assim, a reparação pela indução em erro não ocorre somente quando da realização do negócio jurídico de consumo. O fato de o consumidor, ao dirigir-se ao estabelecimento empresarial e lá descobrir que deverá pagar pelo material didático a ser utilizado, já configura o dano.

Em suma, para configurar a enganosidade da publicidade omissiva basta que a parcela de seu conteúdo que foi omitida seja capaz de influenciar o consumidor na decisão de realizar o negócio jurídico de consumo. Essa parcela omitida é considerada por BENJAMIN²⁸ como o “dado essencial”.

2.4 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva traz um dano que ultrapassa a esfera patrimonial de proteção ao consumidor. Ela atinge outros valores sociais também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Complementando tal raciocínio, segundo RODYCZ,²⁹ a publicidade de consumo abusiva refere-se ao “princípio da ordem pública”, sendo que os “valores protegidos ultrapassam a própria relação de consumo situando-se na órbita do interesse público”.

A publicidade de consumo, quando abusiva, vem para atingir outros valores sociais distintos da esfera econômica, como o meio ambiente, a infância e a adolescência, o respeito às crenças e às raças, etc. Todavia, tal caracterização não impede que

27. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 272.

28. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 281.

29. RODYCZ, Wilson Carlos. “O controle da Publicidade”. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 08, p. 66.

a sua ocorrência se dê em face de uma publicidade negocial de consumo, já que, ao ofertar algo publicamente, o fornecedor pode fazê-lo com uma mensagem que viole estes valores sociais protegidos, caracterizando-se como uma publicidade abusiva sujeita à atuação repressiva do sistema público de controle da publicidade. No entanto, mesmo que a publicidade negocial de consumo seja considerada como abusiva, aquela parte de seu conteúdo que contém o preceito da autonomia privada continua válido, vinculando o fornecedor por aquilo que foi ofertado publicamente.

Deve ser observado que, por não se referir à proteção de interesses econômicos, muitos países ainda não admitem a ocorrência deste tipo de publicidade patológica, restringindo seus sistemas de controle à esfera econômica, como atualmente se apresentam os sistemas públicos de controle da publicidade da Argentina e do México.

STIGLITZ³⁰ reconhece a dificuldade de configurar a existência da publicidade abusiva na Argentina, que se daria pela utilização de recursos inconvenientes ou irrelevantes para chamar a atenção, como associações a sexo, medo, *status*, etc.

Segundo o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, como publicidade abusiva pode ser definida aquela discriminatória de qualquer natureza, a que incita à violência, explora o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de

forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Esse artigo do CDC adotou a expressão “entre outras”, possibilitando a ocorrência de um tipo aberto, que pela atuação interpretativa da doutrina e das decisões judiciais pode vir a configurar desrespeito a outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, os quais também podem vir a ser considerados publicidade de consumo abusiva.

2.5 Legislação ordinária

Além da Constituição Federal e do CDC, também fazem parte do elemento objetivo do sistema público de controle da publicidade brasileiro várias legislações esparsas, pouco a pouco incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira legislação a tratar da publicidade no Brasil foi o Decreto-lei nº 4.113, de 14 de fevereiro de 1942, sobre a publicidade de médicos, dentistas, enfermeiros e outros profissionais da área da saúde.

Posteriormente, em 1945, o Decreto-lei nº 7.669 veio para regular a publicidade sobre produtos que continham a palavra guaraná em seu rótulo, obrigando a que os mesmos realmente tivessem tal produto em sua fórmula.

Em 1963 foi criado o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215), que regula a publicidade destes profissionais.

Foi editada em 1971 a Lei nº 5.768 que dispõe sobre a publicidade da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso.

30. STIGLITZ, Gabriel. *Daño moral individual y colectivo; medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva*. p. 139.

Depois, em 1977, a Lei nº 6.463 tornou obrigatória, na publicidade escrita e falada, a declaração do preço total da mercadoria nas vendas a prestação.

Também a lei de defesa econômica (nº 8.884), editada em 1984, trata de disposições relativas ao controle da publicidade.

Fora essas leis apresentadas, também trazem disposições acerca do controle da publicidade as seguintes normas:

- Estatuto da Criança e do Adolescente;
- Código Penal;
- Código Brasileiro de Telecomunicações;
- Código de Propriedade Industrial;
- Código Sanitário;
- Lei da concorrência desleal.

Conclusão

Por conclusão, constata-se que todas as normas apresentadas, incluindo o CBARP, compõem o panorama básico do sistema normativo de controle da publicidade brasileiro, regulando especificamente a publicidade de certos tipos de produtos ou serviços. O não-cumprimento destas normas, em face da ocorrência de uma publicidade de consumo, sujeita os seus infratores à atuação repressiva dos órgãos de controle da publicidade de consumo existentes no Brasil.

Bibliografia

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. "O controle jurídico da publicidade". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 09. São Paulo: RT, 1994, p. 25-62.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed., Brasília: UnB, 1996.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

CARVALHO, Luis Gustavo G. Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996.

FURLAN, Valéria C. P. "Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 10, São Paulo: RT, 1994, p. 97-125.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Os princípios da isonomia e da proporcionalidade como direitos fundamentais". In *O Estado do Paraná*, Curitiba, 28.08.1997. Caderno 4 Direito e Justiça, p. 1-3.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. "O consumidor e a publicidade". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 01, São Paulo: RT, 1992, p. 149-183.

MARQUES, Cláudia Lima. "Nova lei francesa sobre defesa do consumidor – a transformação da diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 17, São Paulo: RT, 1996, p. 362-364.

NERY JR., Nelson. "Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor". In *Revista de Direito do consumidor*, nº 03, São Paulo: RT, 1992, p. 44-77.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed., São Paulo: RT, 1997.

RODYCZ, Wilson. "O controle da publicidade". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 08, São Paulo: RT, 1993, p. 58-68.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. 2. ed., Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

STIGLITZ, Gabriel A. "Daño moral individual y colectivo; medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva". In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 19, São Paulo: RT, 1996, p. 68-76.