

O Resgate da Ética na Publicidade

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO
DE CARVALHO

*Professor Assistente da UERJ. Mestre pela PUC-RJ.
Juiz de Direito*

1. Introdução - A atividade comercial sempre se pautou por duas máximas da sabedoria popular, devidamente entranliadas em qualquer ramo comercial ou empresarial e bem apreendidas por todos os que se relacionam comercialmente: *“a propaganda é a alma do negócio”* e *“trata o teu negócio com teu próximo de maneira a não revelar o segredo do outro”*, antigo provérbio cuja versão abreviada é *“o segredo é a alma do negócio”*.

As máximas bem revelam duas situações distintas e aparentemente contraditórias. Mas a distinção e a contradição são perfeitamente coerentes para o fim a que se destinam e simplesmente estão a serviço da empreitada comercial, como duas peças fundamentais ao funcionamento de um motor. A primeira denota a necessidade do comerciante (ou empresário ou produtor etc) de comunicação sobre a existência de bens e serviços que são postos à disposição dos interessados. Corresponde à fase da divulgação da atividade comercial para o fim explícito de captação da clientela. A segunda demonstra claramente que o negócio em si, uma vez realizado, somente interessa às partes que o celebraram e a ninguém mais. Corresponde à fase da celebração do negócio, a qual não interessa a publicidade, que pode ser usada pelos concorrentes, mas, sim, o segredo do negócio, cujos dados são guardados pelo comerciante como arma na guerra da concorrência.

Portanto, os dois momentos, que correspondem às duas máximas, são perfeitamente harmônicos para o fim da atividade comercial: a mercancia e a obtenção de lucros. De início, o público anúncio do produto, bem ou serviço, de modo a congregar um número maior de interessados; depois, o segredo na celebração do negócio, que não interessa além dos contratantes.

A evolução histórica das relações de consumo, a passagem do negócio pessoal para o negócio de massas e para a economia de mercado, vai impor outra regra que permeará aquelas máximas da sabedoria popular,

transformando decisivamente o sistema de publicidade, nele inserindo novos contornos.

Neste novo sistema, a publicidade mantém-se pública, como de sua essência, mas há de atender a certos predicados de verdade, de clareza, de precisão, de honestidade, de moralidade. De outro lado, o contrato deixa de interessar somente aos contratantes e passa a interessar também à sociedade, pois a ordem jurídica deve proteger qualquer de seus membros, contratantes potenciais que são. Além disso, a oferta contida na publicidade passa a integrar o contrato.

O objeto deste trabalho não é estudar o novo contrato, surgido da mesma matriz que originou a “nova” publicidade, mas apenas estudar esta última, à luz dos novos princípios e de um novo enfoque segundo a ordem constitucional vigente e o Código do Consumidor. O estudo do contrato, que também é de suma importância, porque põe à prova princípios basilares do Código Civil, tem sido feito com suficiente dedicação pela doutrina mais recente. Mas o estudo da publicidade e de tudo que diz respeito ao direito de informação, está apenas em fase inicial de desenvolvimento no Brasil.

Inegavelmente, a “nova” publicidade anunciada acima vem impregnada de princípios éticos¹ até então ausentes das práticas comerciais.

2. Evolução histórica da publicidade - Ensinam os doutrinadores que foi Tebas, na Antiguidade, que viu nascer a publicidade. Os arautos anunciavam os produtos nos mercados enquanto que os cartazes eram afixados em locais visíveis, a exemplo do que era feito para anunciar as leis.

Até o século XVI pouco mudou a forma da publicidade, sendo o pregão instrumento largamente utilizado.

No século XVII, a imprensa inglesa publicou os primeiros anúncios.

¹ Princípios e ética são dois termos de complexa significação. Para os fins deste trabalho, adota-se a conceituação de ética de Nicole Loraux (*A Tragédia Grega e o Humano*, em *Ética*, pg. 17/34), que distinguia ética e moral como, a segunda, “o conjunto de valores e das prescrições comumente observados por um grupo e, a primeira, como “aquela sempre por construir, no que é um perpétuo esforço por superar a moral, presa em sua estreita dependência à sociedade”. O termo princípio, segundo Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*) foi usado inicialmente pela geometria para designar a verdade primeira e, entrando no mundo jurídico, guardou a mesma significação, representando as idéias que formam o arcabouço jurídico da Nação. Segundo Clemente, citado por Bonavides, “é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

Coube a Marchamont Needham publicar vários anúncios em seu jornal *Public Adviser*.

O mercantilismo econômico difundiu a atividade da publicidade, que, no século XIX, ganhou o impulso da eletricidade. Os cartazes passaram a ser luminosos, aumentando consideravelmente o impacto causado ao público.

No mesmo século, o desenvolvimento da imprensa fornece à publicidade um meio de divulgação nunca antes visto, massificando sobremaneira as informações publicitárias. Atribui-se ao francês Emile de Girardin o aperfeiçoamento da idéia de Needham, transformando a publicidade na base econômica da imprensa.

Daí em diante, só cresceu a atividade publicitária, alavancada pela televisão, pelo rádio, pelo cinema, enfim, por todos os novos meios de comunicação, pela propaganda subliminar feita em novelas etc. Englobando a propaganda, grandes jogadas de marketing, envolvendo sempre um número cada vez maior de destinatários, de modo que, hoje, é tamanha a invasão publicitária que se torna difícil dizer qual atividade está alheia a ela ou não é por esta influenciada.

O antigo cliente que contratava praticamente em segredo ou, quando muito, contratava com o comerciante da esquina, conhecido de longa data e de tantas compras, passa a ser o consumidor anônimo, engolido pelo negócio de massas. A sociedade capitalista e a economia de mercado impõem também o consumidor em busca do melhor preço, fator que passa a ser preponderante nas relações comerciais. O comerciante da esquina, que podia trocar um produto defeituoso, é substituído por grandes redes que oferecem maior apelo promocional, graças à publicidade, mas que impõem uma série de exigências ao consumidor, tratado com indiferença diante da opulência econômica do comerciante.

3. Conceito, distinções e natureza da publicidade. Direito de informação - Há uma distinção entre publicidade e marketing. Marketing, segundo Ulf Bernitz, citado por Antonio Hermann Vasconcellos e Benjamin², compreende “*todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos, serviços e outras coisas de valor*”. Uma destas medidas

² Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 166.

utilizadas pelo marketing é a publicidade. As outras são as promoções, as liquidações, os prêmios, os concursos etc.

Contudo, com menos precisão, os termos têm sido usados equivalentemente.

Há outra distinção entre publicidade e propaganda. A publicidade tem por fim o negócio, a compra e venda de bens, produtos e a prestação de serviços etc, enquanto a propaganda é simplesmente a propagação de idéias não comerciais, ou seja, idéias religiosas, políticas, filosóficas etc. A distinção, portanto, é que a publicidade visa ao lucro, ao interesse comercial, enquanto que a propaganda não.

Segundo o mesmo Antonio Hermann³, desta feita citando Malanga, publicidade é o “*conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente*”. Já a propaganda é “*o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)*”.

Conquanto tenham fins completamente distintos, tanto a propaganda como a publicidade divulgam mensagens. Do mesmo modo, a informação jornalística.

De acordo com Pilar Cousido⁴, “*los mensajes de ideas son llamados propaganda. Los mensajes de hechos, noticias y los mensajes de juicios, opiniones. . Mientras que la propaganda transmite una idea, subjetiva y discutible, la noticia refleja un fenómeno menos discutible y se le puede exigir la verdad, y la opinión refleja una situación intermedia*”.

Como se vê, embora não inserida expressamente no conceito das mensagens, inegável que a publicidade tem por fim difundir uma mensagem: uma opinião, embora parcial, do anunciante. Por se tratar, também, de emissão de mensagem, intuitivo que a publicidade deve ser incluída na estrutura do recém denominado direito de informação. Aliás, assim o insinua a mesma Pilar Cousido⁵: “*El objeto del derecho a la información está constituido por los mensajes... Los mensajes abarcan todas las manifestaciones posibles: las noticias y las opiniones. En general, todo lo que pueda comunicar-*

³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 166.

⁴ Derecho de la información, vol. I, p. 116/117.

⁵ Derecho de la información, vol. I, p. 116/117.

se... Actualmente entiende la doctrina que el concepto de informaciones incluye todo lo que pueda comunicarse, tanto los mensajes internos o ideas como los mensajes de hechos o noticias”.

Deste modo, a publicidade deve encontrar o seu sistema no direito de informação, que é decorrente do direito de expressão, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 19, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos artigos 10 e 11. A Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão em diversos dispositivos (artigo 5º, incisos IV, VI, VIII, IX) e, especificamente, o direito à informação no mesmo dispositivo legal, inciso XIV: “*é assegurado a todos o acesso à informação...*”.

O direito de informação, recentemente sistematizado, se apóia em bases sólidas que são: a faculdade de investigar, a faculdade de receber a informação, o direito e o dever de informar, o direito à informação verdadeira⁶. A faculdade de investigar consiste em que o informador tenha amplo acesso, até mesmo junto aos Poderes Públicos, para obter a informação relevante. A faculdade de receber a informação consiste na possibilidade de o receptor decidir por recebê-la ou não, ou optar qual informação deseja receber, estando intimamente ligada ao pluralismo assegurado pela Constituição brasileira. O direito e o dever de informar asseguram ao informador o direito de receber a informação e de divulgá-la, independentemente de autorização ou censura. Por fim, o direito à informação verdadeira tem a ver com o direito do receptor de só receber a informação, despida de qualquer comentário subjetivo, para que ele possa estabelecer sua própria opinião sem influências.

A construção teórica acima feita visa à atividade da imprensa. Mas, mesmo assim, dela se pode retirar algumas deduções aplicáveis à publicidade. A primeira é que, tanto quanto a imprensa deve prestar obediência ao direito de informação, que inegavelmente, lhe impõe restrições, o direito de fazer publicidade, com mais razão, deve também observar certos limites. A segunda consiste em aplicar à publicidade os mesmos princípios que circunscreveram o direito de informação.

Vejamos como se pode extrair estes princípios. A liberdade de imprensa, garantida como direito fundamental de notória importância, recebe do

⁶ Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira, de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, pgs. 52/60.

direito de informação os contornos de: uma liberdade de investigação dos fatos; liberdade de receber os fatos noticiados por parte do informador; e que os fatos sejam noticiados como verdadeiros para que o recebedor possa formar sua convicção. Especificando mais ainda, temos como princípios gestores da liberdade de imprensa a liberdade de investigar e o dever de informar um fato verdadeiro. Em outras palavras, ausência total de óbices e impedimentos para se chegar ao fato verdadeiro, de um lado, e a transmissão deste fato tal qual foi descoberto, ou seja, de modo absolutamente verdadeiro.

Como resultado desta operação investigativa, conclui-se que os princípios matrizes foram a *liberdade de conhecer e a verdade do que é dado a conhecer. Liberdade e verdade*, portanto, são os valores morais presentes no direito de informação, com fulcro na Constituição brasileira.

Transpondo-se estes dois princípios morais, liberdade e verdade, para a publicidade, temos, como resultado, uma pauta de quatro condutas para toda e qualquer publicidade:

1. direito de o consumidor conhecer o produto e compará-lo ao que foi anunciado;

2. exigência da verdade entre o que foi anunciado e o que é efetivamente oferecido;

3. respeito à pluralidade e à indeterminação das pessoas que receberão o anúncio e as diferentes formas de recebê-lo, observando-se, assim, as minorias e todos os seres humanos que não sejam capazes de discernimento, por qualquer que seja a situação em que estiverem envolvidas (a criança, o enfermo que quer por fim à vida, o marginal que nutre a vaidade com a violência etc.);

4. direito de o consumidor saber que está recebendo informação publicitária.

Estes são os elementos éticos que a publicidade deve respeitar diante de um novo ordenamento constitucional que permitiu o desenvolvimento do direito de informação.

Vejamos, agora, como o direito positivo enquadra os elementos éticos acima extraídos.

4. Exigências legais para a publicidade. O Código do Consumidor. O resgate da ética na publicidade - O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) inovou em inúmeros aspectos o direito até então vigente. Diga-se,

até, que inovou revolucionariamente, confrontando-se com os tradicionais sistemas processual e civil, que não mais amparam a gama de conflitos surgidos com a evolução da sociedade em uma sociedade de mercado e de consumo massificada. Os antigos diplomas, ainda vigentes, é verdade, apenas contemplam os conflitos intersubjetivos, mas não os conflitos coletivos. Nem mesmo o conflito surgido dos direitos difusos da sociedade. Era preciso, realmente, revolucionar.

Aliás, logo no início do Código dois princípios éticos foram, de imediato, anunciados: a dignidade e a transparência, transcritos abaixo, o que bem demonstra o resgate a que aludi no início do ensaio. Vejamos o dispositivo:

Art. 4º - A Política Nacional de 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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

No âmbito deste trabalho, o que veremos é apenas o que se inovou com relação à publicidade. Nestes termos, os artigos 36 a 39 do Código apontam uma série de novidades ou aperfeiçoam normas existentes em diplomas em desuso, dando-lhes oxigenação para reintroduzir sua normatividade adormecida.

No tópico que nos interessa, o artigo 37 chega a ser magnífico:

“Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º - 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Com efeito, os princípios éticos extraídos do direito de informação encontraram solo fértil no artigo 37 do Código. A liberdade de conhecimento do produto e de comparação com o que foi anunciado é manifesta, assegurando-se ao consumidor exigir produto igual ao que foi anunciado ou aceitar outro produto ou rescindir o contrato pelo qual adquiriu produto diverso ou sem as qualidades do anunciado (artigo 35), decorrência direta do princípio da vinculação do anunciante à sua publicidade (artigo 30). A veracidade das informações estão expressamente previstas no artigo 31, com as mesmas conseqüências enumeradas no artigo 35. Tudo isso está consagrado no parágrafo 1º do artigo 37 que cuida da propaganda enganosa. O respeito às minorias, às crianças e às pessoas incapazes de discernir por situações subjetivas particulares estão consagradas no parágrafo segundo do artigo 37, que cuida da publicidade abusiva. Uma tal publicidade pode levar até à contrapropaganda. O dever de informar permeia todo o texto do Código do Consumidor, especialmente os artigos 8º, 9º, 12, 14 e a disparidade entre o que foi anunciado e o produto ou serviço oferecido causa sanções previstas nos artigos 18, 19 e 20, que vão desde a substituição do produto e a reexecução do serviço até a restituição do que foi pago, passando pelo abatimento do preço.

O que ficou faltando do cotejo entre aqueles princípios éticos e o Código? Creio que a pauta de nº 4, acima especificada, referente ao direito de não receber publicidade subliminar não foi devidamente contemplada. Mas faltou muito pouco, pois o artigo 36 do Código quase traçou sua incidência:

“Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

A publicidade subliminar a que me refiro é aquela inserida em outra atividade de modo que o consumidor não a identifique desde logo, porque seus sentidos estão voltados para o enredo que se apresenta. A publicidade, deste modo, é captada mais inconscientemente do que conscientemente. É o caso das novelas brasileiras que passaram a inserir publicidade de diversos produtos no desenrolar da própria trama, sem prevenir o espectador e no momento em que seus sentidos estão voltados para o que a história apresenta. A produção cultural, artística, enfim, passa a servir de pano de fundo para a publicidade, que é arditamente associada à trama.

O artigo 36 bem que poderia ter-lhe definido e imposto sanções mais próprias.

A Lei Geral de Publicidade da Espanha, de 11/11/88, no artigo 7º definiu a publicidade “subliminal”, mas exigiu muito mais do que a proposta que fiz acima. A definição legal é: *“la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”*⁷

Talvez melhor fosse aproximar os dois textos legais de modo a exigir-se apenas o princípio ético de não envolver o espectador com as emoções decorrentes do enredo de uma novela ou de um filme com publicidade, sem exigir os requisitos de *“técnicas de produção de estímulos”* ou *“limiar dos sentidos”*, expressões que tornam muito distante a lei de sua aplicação prática.

5. A nova ética e os pontos de ruptura com o sistema vigente -
Evidentemente que novos princípios sempre causam rupturas, o que não poderia deixar de ocorrer no aspecto restrito da publicidade.

O próprio Direito Civil experimenta de modo crucial a crise provocada pela superação da dicotomia público-privado, desde a 1ª Guerra Mundial, com o surgimento de um Estado intervencionista, e, no Brasil, sobretudo após a Constituição de 1988, que operou *“uma espécie de despatrimonialização do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”*, nas palavras de Maria Celina B. M. Tepedino⁸.

No plano restrito da publicidade, a primeira grande ruptura diz respeito à responsabilidade civil. Até a vigência do Código do Consumidor, as desavenças entre as partes, relacionadas com defeitos de publicidade, não poderiam ser resolvidas senão à luz do artigo 159 do Código Civil, que, por sua vez, não fornecia solução digna ao problema. O que poderia pretender o consumidor que adquiria um produto cujas características não fossem as mesmas da anunciada? No máximo indenização pelo prejuízo que

⁷ Legislación informativa, p. 75.

⁸ A Caminho de um Direito Constitucional, Revista de Direito Civil, 65, pgs. 21/32.

demonstrasse ter tido, o que, por si só, reduzia em muito a possibilidade de êxito na demanda.

Realmente a responsabilidade civil não estava aberta aos princípios éticos enunciados, como, aliás, ainda hoje não está, salvo nas raras hipóteses que serão demonstradas.

A doutrina civilista tradicionalmente estuda a responsabilidade civil a partir da noção da culpa, do direito subjetivo violado e da plena reparação do dano causado pelo ofensor no patrimônio da vítima. Não há qualquer menção à idéia moral quanto à reparabilidade do dano, nem quanto à sua extensão, nem mesmo em proveito da coletividade, salvo em Santiago Dantas, em algumas passagens.

Clóvis Bevilacqua escreveu que a ordem jurídica impõe um dever geral de respeito à esfera de atividade jurídica de outrem, com o objetivo de manter o equilíbrio da organização social, *“que exige reparação por parte de todo aquele que o viola, ainda quando se considere autorizado, como no caso de direito de necessidade, ou quando a uma sensibilidade jurídica menos apurada pareça que não excede os limites do seu legítimo poder, como no caso do abuso do direito”*⁹. Portanto, a idéia do dano ressarcível é mais *lata* do que a do ato ilícito. Todo ato ilícito cria a obrigação de reparar o dano, mas nem toda a obrigação de ressarcir o dano provém de ato ilícito. O ato ilícito, segundo o autor, é causa geradora de obrigação e pressupõe culpa *lato sensu* do agente ou a violação de direito.

San Tiago Dantas lecionava sobre o tema distinguindo a faculdade jurídica do direito subjetivo. Na faculdade jurídica, *“não se pode conceber um ato de outrem que viole a faculdade jurídica que se tem”*¹⁰, enquanto que o direito subjetivo é suscetível de violação. Sendo assim, o ato de violação, chama-se lesão do direito, que existe sempre que um dever jurídico é violado. O ato violador é um ato ilícito, que tem três elementos: 1. um elemento subjetivo, que é a violabilidade do ato por dolo ou culpa; 2. um elemento formal, que é a infração de um dever jurídico; 3. um elemento material, que é o dano moral ou patrimonial. A violação do dever jurídico faz nascer a responsabilidade, não a obrigação, como afirmam outros autores. Deste

⁹ Comentários ao Código Civil, vol. V, p. 292.

¹⁰ Programa de Direito Civil, p. 375.

modo, o professor definia a responsabilidade como “*um dever jurídico de quem lesou o direito*”, esclarecendo, entretanto, que a responsabilidade é um dever jurídico secundário, sucessivo, derivado, pois que “*da infração de um dever jurídico nasce logo um outro dever jurídico*”¹¹.

Orlando Gomes traça toda a evolução do tema. Começa atestando que “*não é toda violação de preceito legal que constitui ato ilícito, ainda quando produz lesão ao direito subjetivo de outrem. O que faz da violação um delito civil é o fato de ter sido culposo o ato lesivo*”¹². Conseqüentemente, é a culpa que qualifica a violação da lei, sendo certo que nem toda infração é culposa. A verificação da culpa pressupõe a ofensa e o dano. Esta concepção tradicional foi posta em xeque por um movimento doutrinário do começo deste século que visava a proteger vítimas não amparadas pelo conceito de culpa. Surgiram as idéias de Saleilles e de Leclercq, o primeiro sustentando que culpa significa o nexo causal, enquanto o segundo, que todo aquele que atenta contra o direito de outrem viola a obrigação de não lesar a ninguém. Ambas as concepções estão ultrapassadas, mas serviram para fundamentar a noção hoje conhecida de responsabilidade objetiva, posteriormente desenvolvida por Josserand, que melhor seria definida com o vocábulo “*garantia*” no lugar de “*responsabilidade*”. Digna de menção é, ainda, a denominada responsabilidade por equidade, presente nos Códigos Civis alemão e italiano, que permite a condenação do autor do dano, mesmo que seja irresponsável (como no caso da condenação de um alienado mental). De todo o modo, segndo o autor, mesmo com todas as novas concepções, fortaleceu-se sempre a teoria da culpa na responsabilidade civil, como caracterizadora do ato ilícito, embora inúmeras situações fundamentem o dever de indenizar pela simples lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica. Tanto na responsabilidade contratual como na delitual (extracontratual) “*a lei impõe ao autor do dano uma obrigação que tem por objeto a prestação de indenização*”¹³.

Washington de Barros Monteiro¹⁴ sintetiza a matéria nos mesmos moldes, caracterizando três elementos para o ato ilícito: 1. que seja voluntário;

¹¹ Obra citada, pgs. 376/377.

¹² Obrigações, p. 319.

¹³ Obra citada, p. 338.

¹⁴ Curso de Direito Civil, 1º volume.

2. a ocorrência de um dano; 3. a relação de causalidade. Daí decorreria o dever de indenizar.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que “o ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal” e a responsabilidade civil “é, na essência a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente na obrigação de indenizar o mal causado”¹⁵. Dos conceitos se extraem os requisitos essenciais: 1. uma conduta antijurídica; 2. a existência de um dano; 3. o estabelecimento de um nexo de causalidade. Conclui que “o efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação”.

O especializado mestre José de Aguiar Dias, em sua clássica obra¹⁶, também estabelece os contornos da responsabilidade civil patrimonial ligando-a, sempre, à básica idéia da plena reparabilidade, ou seja, da restituição cabal do dano sofrido, independentemente do grau de reprovabilidade do ato ofensor. Afirma, assim, que “o dano que interesse ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar”, e que esta indenização “se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”¹⁷, concluindo, páginas após, que “toda reparação se efetiva no sentido da restauração do estado anterior à lesão”¹⁸.

Esta apertada resenha¹⁹ serve unicamente para demonstrar que o tema vem sendo estudado de modo mais ou menos uniforme ao longo de tantos anos, salvo a inovação doutrinária que fundamentou a responsabilidade objetiva.

Em nenhum destes estudos se observou qualquer menção a um sentido mais ético da responsabilidade civil, significando um posicionamento institucional da sociedade em relação a um dano provocado pelo agente, relegando-se a indenização à função de satisfazer precípua e unicamente um direito subjetivo violado. Não há também qualquer preocupação em reverter o produto da reparação em proveito da coletividade.

¹⁵ Instituições, volume I, p. 567/568.

¹⁶ Da Responsabilidade Civil, tomo II, p. 716.

¹⁷ Obra citada, p. 718.

¹⁸ Obra citada, p. 724.

¹⁹ Esta resenha serviu de base a trabalho apresentado no curso de Doutorado da UERJ, pelo autor.

O retorno do ideal ético é uma exigência presente em todas as esferas do direito, não nos limites restritos da responsabilidade civil, como manifestação da autoridade estatal legitimamente constituída de acordo com uma sociedade democrática constitucional. Entretanto, o tema da responsabilidade civil, seja pela gama de novos conceitos, seja pelo constante choque de interesses controvertidos, demanda desde logo uma reflexão.

A introdução do conceito do dano extrapatrimonial revela uma notável tendência de buscar o conteúdo moral da responsabilidade civil. Aguiar Dias²⁰, citando Minozzi, esclarece que dano moral “*não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado*”. A propósito, vem de longa data a contusão entre pena e indenização, no campo do dano moral. O mesmo autor, citando Cornil, lembra que “*o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social*”²¹ e que o ato ilícito representa o rompimento deste equilíbrio, que se restabelece através da imposição de um mal simétrico: olho por olho, dente por dente. Revolvendo o direito romano, Aguiar Dias, ainda citando Cornil, ensina a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. Nos primeiros, o ato ilícito viola a coletividade, e esta é que se empenhará em aplicar o talião, enquanto que, nos delitos privados, sendo o particular e não a coletividade o ofendido pelo ato ilícito, a ele incumbia aplicar a pena. Nos delitos privados a pena privada era uma sanção a um ato delituoso de interesse privado legítimo e procurava afligir o réu com a diminuição do seu patrimônio. Era, portanto, mais pena que indenização. Somente no direito pós-clássico é que a idéia de indenização sobrepujou a da pena e, hoje, é insofismável que a indenização nada tem de pena privada, porque não se atende à maior ou menor gravidade da ofensa. Aguiar Dias conclui que “*para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem*”²².

²⁰ Da Responsabilidade Civil, p. 735.

²¹ Idem.

²² Idem.

Ainda que se rejeite a idéia da pena privada para o dano extrapatrimonial é inegável o conteúdo moral que lhe é inerente, o que se demonstra pelo próprio estudo histórico acima desenvolvido e que levou à superação da idéia de pena. As raízes da indenização por dano moral estão impregnadas da noção de reprovação, as mesmas que fundamentaram a pena privada. Talvez por isso, Aguiar Dias arremate dizendo que, em matéria de dano extrapatrimonial *“a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência”*²³. E que *“em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre indenização e o prejuízo. O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior. Quando não é possível a reposição da coisa subtraída, opera-se a compensação, substituindo-a por outra, igualmente apta a proporcionar ao credor a satisfação que ela assegurava, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser... Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento... A satisfação porque ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitamos a indenizar os danos meramente patrimoniais”*²⁴.

Esta aí a primeira aproximação que se faz entre a responsabilidade civil e o ideal moral: é pelo dano moral que se demonstra sua justificação teórica. O que busca a indenização, neste caso, não é a plena reparação, mas a compensação moral pela dor sofrida.

Também a doutrina da responsabilidade objetiva serviu, em última instância, a um comando moral, no sentido de estender o dever de garantia pelo desempenho de atividades aos danos causados no exercício delas, mesmo que inócua a culpa que tanto caracteriza a responsabilidade civil. É bom lembrar que esta tendência serve ao que Orlando Gomes denominou de *“socialização”*²⁵ da responsabilidade civil, atribuindo acentuada relevância aos seguros para desempenhar este papel.

²³ Idem. p. 736.

²⁴ Idem. p. 739.

²⁵ Obra citada.

Como vimos no início, a responsabilidade objetiva que obriga ao Estado indenizar em caso de dano, pelo só fato do exercício de uma atividade estatal, diretamente desempenhada ou concedida ou permitida ao particular esbarra neste sentido moral. De um lado demonstra o avanço desta responsabilidade *social* pelo desempenho da atividade, mesmo quando inócua a culpa do agente do poder público. Mas a tendência generalizante pode representar uma responsabilidade amoral, quando não investigada também a ocorrência de culpa da vítima. Por isso, atualmente, a jurisprudência brasileira tem admitido que a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade por acidente do trabalho do mesmo modo representa um avanço ao submeter o trabalhador a uma esfera de proteção maior, denotando seu conteúdo moral em proteger o trabalho, mesmo inócua a culpa de quem quer que seja. Se culpa houver do empregador, responde este. Se não, responde o órgão público para este fim instituído.

Todas estas são manifestações do ponto comum que deve presidir a responsabilidade civil e seu sentido ético, pelo qual o bem comum deve ser perseguido, mais do que a mera satisfação de um direito subjetivo.

O Código do Consumidor inclui, de modo satisfatório, princípios éticos na responsabilidade civil. Além de enumerar textualmente o dano moral no artigo 6º, VI, como direito básico do consumidor, discorre sobre a contrapropaganda, no artigo 60:

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

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

Ora, a quem visa a contrapropaganda? Ao consumidor lesado? Não. A contrapropaganda é medida pedagógica para desfazer o *malefício* da propaganda ilicitamente divulgada, prevenindo que outros consumidores incorram no mesmo erro. Ademais, e mais importante, serve a contrapropaganda à reparação do dano moral coletivo, consistente em difundir propaganda enganosa ou abusiva que viole direito difuso da coletividade.

Além disso, a imposição de contrapropaganda, como as demais medidas administrativas e judiciais em caso de propaganda ilícita, não se apóia em nenhum elemento subjetivo, como o dolo e a culpa. Basta a conduta objetivamente proibida pelo ordenamento para fazer incidir a sanção prevista.

Não há dúvida, portanto, que a categoria do dano moral coletivo, embora praticamente desconhecida do direito brasileiro, sobrepassa o Código do Consumidor e desagua na imposição de contrapropaganda com teor diametralmente oposto à propaganda ilicitamente difundida.

A propósito, já houvera percebido este aspecto um jurista argentino, Gabriel A. Stiglitz²⁶, na seguinte passagem: *“Luego de una década de formulaciones doctrinarias los ordenamientos jurídicos de Brasil y Argentina, incorporaron regímenes de prevención y resarcimiento, en orden a la dañosidad colectiva, especialmente en lo referente a menoscabos al medioambiente y al consumidor, y en general a los intereses difusos. En Brasil, las reformas a la ley 7347 (sobre acción civil pública para la tutela de los intereses difusos), incorporan la noción de **daño moral colectivo** (art. 1), dentro del sistema resarcitorio diseñado. Y el Código de Defensa del Consumidor (1991), reconoce a las víctimas, el derecho de accionar judicialmente en defensa de sus intereses colectivos (art. 81 y ss). Por ejemplo, los daños colectivos provocados, por publicidades abusivas (art. 37-2, CDC), substancialmente masivos, **pues afectan indivisiblemente la moral del público**, de los consumidores en general (publicidad discriminatoria, antiambiental, etc)”*.

Sobre o dano moral coletivo há também interessante sustentação de Carlos Alberto Bittar Filho que demonstra que as mutações sociais têm direção certa: *“conduzem o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança, estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo...”*²⁷.

²⁶ In Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, realizado em Blumenau, SC, 1995. volume 1, p. 77.

²⁷ Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro, in Direito do Consumidor, vol. 12, pgs. 44/62.

Em que pese estar a imposição de contrapropaganda dentre as medidas administrativas, no artigo 56, XII, não há dúvida que a medida pode ser imposta judicialmente, a requerimento dos legitimados à ação por direito coletivo ou difuso. Consulte-se, a propósito, a jurisprudência:

Tribunal de Justiça de São Paulo

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Publicidade abusiva - Propaganda de tênis veiculada pela TV - Utilização da empatia da apresentadora – Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida - Ofensa ao artigo 37, § 2º do CDC - Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de **contrapropaganda** e multa pelo descumprimento da condenação - **Contrapropaganda** que se tornou inócua ante o tempo lá decorrido desde a suspensão da mensagem - Recurso provido parcialmente. (Apelação Cível nº 241.337-1 - São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Ribeiro Machado - 30.04.96 – V.U.)*

Tribunal de Justiça do Espírito Santo

*PROCESSO: 024920018660 - DATA: 21/02/95
DESEMBARGADOR: MAURILIO ALMEIDA DE ABREU.
APELAÇÃO CÍVEL ORIGEM:
COMARCA DA CAPITAL - JUÍZO DE VITÓRIA
AUTORES: COLÉGIO SALESIANO NOSSA SRA. VITÓRIA
RÉUS: PROCON/ES
EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO MANDAMENTAL - PRELIMINAR DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA REJEITADA - PUBLICIDADE ENGANOSA - APELO IMPROVIDO. O MM. JUIZ “A QUO” MOTIVOU MUITO BEM A SENTENÇA, BEM COMO ANALISOU AS QUESTÕES DE DIREITO (458, II DO CPC). NÃO HÁ ILEGALIDADE QUANTO A PENA DE **CONTRAPROPAGANDA** IMPOSTA A IMPETRANTE, HAJA VISTA QUE SE TRATA DE INFORMAÇÃO INCORRETA, TENDENDO A INSTRUIR, ILEGITIMAMENTE, O CONSUMIDOR A RESPEITO DE SERVIÇOS OFERECIDOS.*

Portanto, a ruptura está devidamente assinalada e resolvida: o Código atribui um dever específico à publicidade, impondo, pelo descumprimento, sanção moral de natureza coletiva, independentemente de dolo ou culpa: a contrapropaganda. Tanto a contrapropaganda como a reparação por dano moral coletivo são institutos até então não previstos no ordenamento tradicional vigente.

Mas não é só. A regra do artigo 1.080 do Código Civil, segundo a qual a proposta obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, é insuficiente para regular um novo direito do consumidor e uma nova publicidade de massas. Neste sentido já se expressou Antonio Hermann²⁸, citando Ghestin e Desché: *“A formulação tradicional da oferta não se adequa à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no anonimato dos sujeitos e na utilização maciça do marketing como técnica de mitigação de seus efeitos... Hoje, diversamente, a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser normal que se reconheça à publicidade um valor contratual, mesmo que o documento publicitário precise que nada mais tem que um valor indicativo e que não se constitui em um documento contratual”*.

Nestes termos foi redigido o artigo 30 do Código do Consumidor, no sentido de consagrar a regra de que a publicidade vincula o anunciante:

“Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

O mesmo autor, Antonio Hermann, interpreta o dispositivo de modo que *“a vinculação atua de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato eventualmente assinado”*²⁹.

Nessa esteira, começam a surgir os arestos:

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

RECURSO: EMI NÚMERO: 194193652 - DATA: 28/04/1995

ÓRGÃO: TERCEIRO GRUPO CÍVEL

RELATOR: ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA

²⁸ Obra citada, p. 174.

²⁹ Obra citada, p. 177.

ORIGEM: PORTO ALEGRE

NEGÓCIO JURÍDICO E SUA INTERPRETAÇÃO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA, EM OFERTA AO PÚBLICO, EM TÍPICA PROMOÇÃO DE VENDAS, DE ADQUIRIR QUOTAS CONSORTIS, AO VALOR DO BEM, PREÇO DO DIA. INTOLERÁVEL REDUZIR VALOR, PELO EXPURGO DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, BENEFICIANDO-SE DA DESDITA FINANCEIRA DAQUELE QUE ACREDITOU NA PUBLICIDADE QUE SE OFERECIA COMO ENGANOSA, A VINGAR TESE DA EMBARGANTE.

DECISÃO: NÃO ACOLHERAM OS EMBARGOS. MAIORIA.

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

RECURSO: APC NÚMERO: 196197735 - DATA: 05/11/1996

ORGÃO: Primeira Câmara Cível em Regime de Exceção

RELATOR: Jorge Luis Dall'Agnol

ORIGEM: Porto Alegre

CONTRATO DE MÚTUO. NULIDADE. Avença celerada com transgressão de propaganda veiculada pela imprensa, com oferta de gratuidade de curso superior. Transferência de curso consentida incapaz de desfigurar a oferta inicial. Apelo improvido.

O sistema tradicional do Código Civil resolve diferentemente: a oferta não cumprida resulta em rescisão contratual com imposição de perdas e danos. A ruptura está em que, no caso da publicidade, a oferta pública obriga à celebração do contrato e a seu cumprimento forçado, nos termos do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor. Se o produto anunciado não mais existir ou for diferente do anunciado, faculta-se ao consumidor receber outro produto ou a quantia antecipada, além de perdas e danos.

Por fim, a ética na publicidade foi definitivamente incorporada com a aprovação do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em 1980, por diversas entidades representativas do setor, que tem demonstrado ser capaz de resolver boa parte dos conflitos existentes, embora limitada aos associados do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, que é uma sociedade civil sem fins lucrativos. Nos demais casos, resta a intervenção do Poder Judiciário.

6. Conclusão - No início deste ensaio, destaquei aquelas duas máximas da sabedoria popular, por meio das quais as relações comerciais se desenvolveram desde a Antigüidade até o século XX. Recapitulando, tinham elas a função de tornar cada vez mais livre e ampla a publicidade, considerada a alma do negócio, e de colocar as relações contratuais sob uma redoma, de modo que a ninguém interessava o teor do negócio celebrado. Tudo isso voltava-se e servia ao lucro.

O resgate da ética na publicidade, operada pelo Código do Consumidor, já era reclamado pelos princípios básicos da Constituição Federal de 1988, que tomou como regra basilar a dignidade da pessoa humana e como objetivo da República a solidariedade, a justiça e a promoção do bem de todos (artigo 1º, III e artigo 3º, I e IV). Mesmo à livre atividade econômica a Constituição impôs o fim de “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (artigo 170).

O direito de informação, por sua vez, vem contribuir com princípios já assentes para a informação jornalística, como o dever de informar, o direito de investigar e o direito à verdade na informação divulgada.

Os novos princípios e dispositivos legais promoveram uma ruptura com o direito até então vigente, no sentido de que a publicidade ilícita não viola apenas direito individual, não causa apenas dano patrimonial, mas, gera um dano moral reparável pela imposição de contrapropaganda, mesmo quando ausente o dolo ou a culpa do agente. Isso sem prejuízo do dano individual que advier da publicidade enganosa ou abusiva, se for o caso. Por outro lado, a publicidade invade o contrato, destituindo a decantada autonomia dos contratantes no momento de sua celebração, para integrá-lo desde um momento anterior, o da divulgação da mensagem publicitária.

Tudo isso faz inserir naquelas máximas referidas outros contornos, outros enfoques e outros limites até então desconhecidos das práticas comerciais. A propaganda - no sentido não técnico - continua sendo a alma do negócio, mas só a propaganda que tenha o predicado da verdade. Além disso, ela passa a integrar o contrato e a obrigar a seu cumprimento forçado. O segredo, de todo proveitoso para as partes, não pode servir para encobrir cláusulas ilícitas que contrariem a ordem pública, pois o contrato não interessa só às partes, mas também ao Estado, em defesa dos consumidores anônimos e potenciais.

Em outras palavras, a publicidade deve ser clara, transparente, verdadeira; deve descrever o essencial do produto, sem subterfúgios, sem

distorções, sem falsas virtudes. O contrato deve respeitar os mesmos princípios éticos, sobressaindo também o princípio da igualdade, na proibição de imposição de cláusulas abusivas.

E já que nos espiritualizamos o bastante ao ponto de falarmos em “alma” do negócio, vem a calhar os versos de Mário Quintana³⁰:

“Os Anjos dão tudo de si
Sem jamais se despirem de nada”.

Da mesma forma, a publicidade também deve dar tudo do produto, sem receio de se despir perante o consumidor.

A lei pode não criar anjos, mas ajuda a melhorar a sociedade. ◆

³⁰ Antologia Poética.