

PROPAGANDA ENGANOSA E ABUSIVA

JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO

Professor da Universidade Estácio de Sá. Juiz de Direito do TJ/RJ

INTRODUÇÃO

A veiculação de mensagens atrativas, como meio de apresentação de empresas e entidades, comercialização de produtos e serviços, passou a ter um controle mais efetivo com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Com efeito, traçando uma linha eminentemente defensiva, a legislação disciplinadora passou a refrear a publicidade enganosa e abusiva, possibilitando, de forma aberta e aparente, um indiscutível avanço na proteção do consumidor.

Estimulando o consumo de bens e serviços, a publicidade, inserida de forma direta e imediata na atividade econômica, encontra-se voltada para o denominado “ciclo de consumo”.

Todavia, em alguns casos, utilizando-se de testemunhos de cidadãos conhecidos e respeitados, reveste-se a publicidade de falsa seriedade, já que o produto ou serviço veiculado, na maioria das vezes, em nenhum momento sequer foi experimentado pelo seu defensor publicitário.

Informado por princípios básicos, como identificação da mensagem, vinculação contratual, veracidade, não-abusividade e correção, o sistema da publicidade regulado pelo CDC tem como objetivo principal evitar a publicidade clandestina, assim como a subliminar, sancionando, de forma direta e objetiva, a má publicidade e os seus transgressores.

Independentemente da fiscalização exercida pelo Conselho de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, os abusos provocados passaram a contar com um controle mais efetivo, que, com a implementação das novas regras previstas no CDC, permitirá a aplicação de sanções civis, penais e administrativas.

Por não haver sociedade de consumo sem publicidade, torna-se necessária a investigação sobre o conteúdo transmitido e a conduta do forne-

cedor, para que, além do campo ético, seja possível buscar-se o controle administrativo e judicial.

PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO CDC

O direito brasileiro, atento às transformações impostas pela civilização hodierna, vem buscando se adaptar às novas relações socioeconômicas decorrentes da massificação do consumo.

Esse fenômeno, que afeta a vida de cada cidadão, é uma realidade indiscutível que, por meio da comunicação visual e auditiva, faz com que o consumidor desfrute, por mera indicação, dos sugeridos “prazeres da vida”.

E é através desse prisma negativo que a denominada publicidade enganosa ou abusiva encontra um campo fértil, sem que possam ser observadas, no momento em que ocorre a veiculação, as reais intenções comerciais dos textos ou imagens produzidos.

A publicidade, “essa indomável força que comanda o mundo negocial”¹, como remarca CARLOS ALBERTO BITTAR, mobiliza desejos e simpatias do espectador em relação ao produto ou serviço, que, por encobrir informações necessárias ao consumidor, configura uma ilicitude, apesar da criatividade da produção e da transmissão dos anúncios publicitários.

Considerada por GUIDO ALPA como “o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”², a publicidade não pode ser empregada, indistintamente, como sinônimo de “propaganda”.

Ademais, como esclarece CAIO DOMINGUES, a publicidade “é muito menos poderosa e sujeita a muito mais limitações do que imaginam os leigos e aqueles que a conhecem superficialmente”³.

E, como arremata o eminente autor, a publicidade, como fenômeno cultural, não inventa, não inova, não revoluciona e não cria novos códigos. Deve ser tão rica de informações quanto possível e primar pela clareza, evitando subterfúgios (op. cit., p.199).

Com efeito, a publicidade, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, não se submetia a qualquer regulamentação legal. O Conselho

¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “O controle da publicidade: sancionamento a mensagens enganosas e abusivas”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 126-31, 1992, p. 127.

² **Diritto Privato dei Consumi**, Editora A. Guiffè, Milano, 1976, p. 123.

³ DOMINGUES, Caio A. “A publicidade enganosa e abusiva”. **Revista de Direito do Consumidor**, IV, São Paulo, 1992, p. 193.

de Auto-regulamentação Publicitária, que detém apenas o poder ético de retirar de circulação a publicidade enganosa ou abusiva, carecia de autoridade para impor suas decisões aos anunciantes e aos veículos de comunicação.

Com a vigência da Lei 8.078/90, a propaganda, com sentido comercial, que tenha por objetivo convencer o consumidor a adquirir determinado produto ou a utilizar-se de serviços, tem agora um outro controle além do privado. Implantou-se, assim, o sistema misto de controle: o legal pelo CDC e o privado pelo CONAR.

O controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos – Ministério Público e associações de defesa de consumidores – possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores.

A ação do CONAR – associação civil constituída por agentes do mercado publicitário para a preservação das normas éticas do setor –, além de assegurar a filtragem das mensagens nas agências e nos centros de criação, impede, no campo ético, a difusão de anúncios contrários aos preceitos protetivos inseridos no Código.

Em síntese, norteia-se a publicidade de acordo com os seguintes princípios: da obrigatoriedade da informação, da veracidade, da disponibilidade e da transparência.

De acordo com o primeiro princípio, toda a informação deve ser clara e precisa. Pelo segundo, toda informação ou mensagem publicitária deve ser verdadeira, com a indicação dos elementos básicos do produto ou serviço. Em consonância com o terceiro princípio, todos os dados sobre a mensagem publicitária devem estar disponíveis, assim como os dados fáticos, científicos e técnicos. Finalmente, com base no quarto princípio, toda mensagem publicitária deve ser facilmente identificável como tal, não se admitindo qualquer tipo de mascaramento subliminar ou dissimulatório.

DA OFERTA E APRESENTAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Para o Direito tradicional, o simples oferecimento que se faz, como sublinha SILVIO RODRIGUES, “dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar”, por si só caracteriza a oferta e, por conseguinte, a proposta e a responsabilidade civil decorrentes⁴.

⁴ **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** Editora Saraiva, São Paulo, 1985, p. 67.

Por outro lado, o vocábulo “oferta” utilizado pelo CDC, como facilmente se observa, tem uma maior abrangência: significa todos os métodos, técnicas, instrumentos e meios que buscam aproximar o consumidor dos produtos ou serviços que são colocados à sua disposição no mercado.

Por essas razões, a “oferta” e a “apresentação de produtos ou serviços”, como indicados no CDC, devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantias, prazos de validade e origem, entre outros dados (art. 31 do CDC).

O dever de informar, conseqüentemente, não é apenas um simples controle da enganiosidade e da abusividade da informação: é fundamental que o consumidor esteja habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado e possa, por seus próprios meios, obter outros esclarecimentos essenciais, exercendo, assim, a livre escolha que lhe é assegurada.

A PUBLICIDADE-PROPAGANDA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Estabelece o Código Civil italiano, em seu art. 1.336, inciso I, que “a oferta dirigida ao público vale como proposta quando ela contém as condições essenciais do contrato visado”⁵.

Em sentido oposto, a Convenção das Nações Unidas, de 1988, dispondo sobre os contratos de venda internacional, explicita que “uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como um convite à oferta, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha claramente indicado o contrário” (art. 14, alínea 2).

A tradição francesa, por seu turno, ainda mantém incólume o princípio de que a oferta, por si só, não tem força obrigatória. É necessário que sejam também indicados os preços e, eventualmente, que tal oferta esteja sob a condição tácita de que o estoque de mercadoria não esteja ainda esgotado no momento em que a compra for efetivada⁶.

A simples exposição de mercadorias nas vitrines de uma loja, segundo a prática alemã, não caracteriza a oferta. Trata-se de exposição com fins publicitários, ou seja, um simples convite e não uma proposta⁷.

⁵ “*La offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi*”.

⁶ CARBONNIER, Jean. **Droit civil II: Les biens et les obligations**, 4^a ed., Paris, 1964, n^o 99, pp. 340-341.

⁷ BGH, 16.01.80, NJW, 1980, p. 1.388, **Münchener Kommentar**, 3^a ed., 1993, § 145, anot. 8, nota 32.

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO CDC

O princípio da veracidade da informação publicitária, assinalado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA como “o mais importante princípio da actividade publicitária”⁸, não é absoluto, apesar de sua origem remota e da tipificação como crime.

O dever geral de correção na veiculação da publicidade, como previsto na Lei 8.088/90, impõe ao fornecedor do produto ou serviço, além do princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36), o da veracidade (art. 37, § 1º), o da vinculação contratual da mensagem (art. 30), o da não abusividade (art. 37, § 2º), o do ônus *probandi* (art. 38) e, finalmente, o da correção do desvio publicitário (art. 56, XII).

Além disso, sob a égide do disposto no § 1º, do artigo 37, do CDC, o conceito de abusividade não é tão restrito; ao contrário, ele é amplo e flexível, já que não se exige prova da enganabilidade real, bastando apenas a potencialidade do engano.

A intenção e a imprudência – dolo e culpa –, só ganham destaque e importância no tratamento penal do fenômeno.

Basta, portanto, que seja o consumidor induzido a erro para a caracterização da publicidade enganosa.

Por outro lado, a obrigação de informar o consumidor, nos termos do art. 31 do CDC, não implica na exigência de que a norma seja cumprida através de mensagens publicitárias.

Não estando o fornecedor obrigado a tal prática, a utilização do veículo publicitário correrá, conseqüentemente, por conta e risco do anunciante.

A carência de publicidade não impõe ao fornecedor, por conseguinte, qualquer sanção. Apenas quando houver a veiculação publicitária, na hipótese em que a informação for ruim ou insuficiente, é que a sanção correspondente será aplicada.

O alcance dessa regra, porém, deverá ser sopesado em cada caso, pois, como é cediço, varia de categoria para categoria de consumidores.

Verificada, todavia, a potencialidade de ludibriar o consumidor, não se faz necessária a análise da vontade do fornecedor (anunciante, agência ou veículo de propaganda), já que para o crime de publicidade enganosa basta a existência do dolo, direto ou eventual, pois, como esclarece DAMÁSIO

⁸ Os direitos dos consumidores. Livraria Almeida, Coimbra, 1992, p. 81.

DE JESUS⁹, a expressão “sabe ou deveria saber”, contida no art. 67 do CDC, é indicativa de dolo eventual de perigo.

Ao contrário, no âmbito do direito civil, tal verificação não se faz necessária, posto que apenas a potencialidade do perigo de indução do consumidor a erro tipifica a publicidade como enganosa, independentemente da comprovação do engano e do prejuízo efetivo, como aliás conclui JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO¹⁰.

Impõe-se apenas investigar, como fator decisivo, se o conteúdo transmitido é suscetível de indução a erro, a partir da mensagem, independentemente da conduta do fornecedor.

Assim, constatado que o consumidor poderá ser levado a considerar como verdadeira a informação falsa, restará caracterizada a publicidade enganosa. Verificado, porém, que o consumidor não tomou por verdadeira a informação falsa, a publicidade será lícita, apesar de conter falsidades.

Fundamenta-se tal assertiva na regra prevista no art. 38 do CDC, pois se fosse relevante a conduta do fornecedor – dolo ou culpa – para a caracterização da publicidade enganosa em seus aspectos civis e administrativos, desnecessário seria o princípio da inversão do ônus da prova.

A PUBLICIDADE ABUSIVA NO CDC

Da mesma forma que a publicidade enganosa, a abusiva tem conceito amplo e flexível. O art. 37, § 2º, do CDC, afirma que, mesmo verdadeira, ela não é permitida.

A abusividade, contudo, não se mantém exclusivamente na órbita dos interesses dos concorrentes, como ocorre com a publicidade enganosa: vai além, por força de característica própria e exclusiva.

Em conseqüência, poder-se-á, através de um critério meramente residual, afirmar que “abusivo é tudo aquilo que não seja enganoso”¹¹ (op. cit., p. 208).

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 37, § 2º, do CDC, a simples indicação enumerativa de hipóteses de publicidade abusiva não esgota a possibilidade de reconhecimento de diferentes formas que possam tipificar condutas características de outras espécies de publicidade abusiva.

⁹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito do Consumidor**, V. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 100.

¹⁰ **Comentários ao CDC**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 127.

¹¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Ob. cit. p. 208.

Apesar da não proibição da publicidade de bebidas alcóolicas ou de cigarros, essas modalidades, que invadem nossos lares e escritórios independentemente do nosso aval, fazem parte do nosso dia-a-dia.

Não há dúvida de que também é abusiva toda e qualquer publicidade que, de alguma forma, discrimine o ser humano ou que utilize o medo ou a superstição para persuadir o consumidor a adquirir um produto ou um serviço. Da mesma forma, é abusiva aquela que incita a violência e a degradação do meio ambiente ou introduz o sentimento de insegurança.

Também de acordo com os mesmos princípios norteadores do CDC, a publicidade dirigida aos hipossuficientes – físico-psíquicos, econômicos ou circunstanciais, como crianças, idosos, doentes, índios, rurícolas e moradores da periferia –, não poderá se afastar dos parâmetros especiais traçados pela legislação de defesa do consumidor, em razão da vulnerabilidade acentuada daqueles assim conceituados.

Diante disso, a não obediência às regras e princípios legais estabelecidos para a atividade publicitária caracterizará a propaganda abusiva.

OS DANOS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Caracterizada a ilicitude da publicidade, o anunciante será responsabilizado nas esferas administrativa, civil e penal.

O CDC admite, ainda, ações individuais ou coletivas, com a fixação de indenizações visando a desestimular novas práticas, incluindo-se no pólo passivo da relação processual, como decorrência da solidariedade, todos os que colaborarem para a veiculação da mensagem ilícita.

Aliás, independentemente das sanções administrativas e penais, as práticas abusivas impõem o dever de reparar os danos, materiais e morais, causados (art. 6º, VII, do CDC).

Consistindo a sanção civil na indenização dos danos – materiais e morais – decorrentes da veiculação ilícita, a sanção administrativa impõe a efetivação da contrapropaganda. No campo penal, a responsabilidade decorrerá da tipificação da conduta de promover publicidade enganosa, independentemente do resultado financeiro.

A contrapublicidade (*corrective advertising*), às expensas do anunciante, poderá ser aplicada como penalidade administrativa ou judicial, no mesmo veículo onde se caracterizou a publicidade enganosa ou abusiva (art. 56, XII).

Poderá ser ainda imposta ao transgressor da norma, nos termos do art. 84, a abstenção ou prática de conduta, sob força de preceito cominatório. Quando reiteradas essas práticas abusivas, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28).

O fato de fazer ou promover a publicidade que sabe – ou deveria saber – ser enganosa ou abusiva, é punido pelo CDC de forma mais branda (art. 67), reservando-se a punição mais grave para a prática da publicidade abusiva na modalidade em que o fornecedor ou anunciante é capaz de induzir o consumidor a um comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou à sua segurança (art. 68).

Por força do princípio da *restitutio in integrum*, os danos morais e patrimoniais decorrentes da publicidade enganosa ou abusiva devem ser ressarcidos de forma integral (art. 6º, VI).

Demonstrando o caráter inovador do Código, nas sanções administrativas, autorizou-se a concessão de medida liminar na ação cautelar em processo administrativo, impondo desde logo a sanção como medida provisória, até o julgamento final do processo (art. 56, parágrafo único).

CONCLUSÃO

A obrigação de informar o consumidor, nos termos do art. 31 do CDC, não implica na exigência de que a norma seja cumprida através de mensagens publicitárias.

Não estando o fornecedor obrigado a tal prática, a utilização do veículo publicitário correrá, conseqüentemente, por conta e risco do anunciante.

A carência de publicidade não impõe ao fornecedor qualquer sanção. Apenas quando houver a veiculação publicitária, na hipótese em que a informação for ruim ou insuficiente, é que a sanção correspondente será aplicada.

A simples potencialidade de indução do consumidor a erro tipifica a publicidade como enganosa, independentemente da comprovação do engano e do prejuízo efetivo.

Investiga-se, como fator decisivo, apenas se o conteúdo transmitido é suscetível de indução a erro, a partir da mensagem, independentemente da conduta do fornecedor.

Constatado que o consumidor poderá ser levado a considerar como verdadeira a informação falsa, restará caracterizada a publicidade engano-

sa. Verificado, porém, que o consumidor não tomou por verdadeira tal informação, a publicidade será lícita, independente de conter ou não falsidades.

A publicidade, como técnica ou arte de formação de enunciados que veiculem propaganda, quando impregnada com um certo grau de ambigüidade, deverá ser apreciada, na aferição de sua licitude, de acordo com os motivos, objetivos, mensagem e potencialidade, de modo a não causar engano (art. 37, *caput* e § 1º, da Lei 8.078/90).

Na caracterização da ilicitude do engano publicitário, não é necessária a incidência do elemento subjetivo – dolo ou culpa –, sendo, portanto, irrelevante a boa-fé subjetiva do anunciante.

A publicidade dirigida aos hipossuficientes – físico-psíquicos, econômicos ou circunstanciais –, não poderá se afastar dos parâmetros especiais traçados pela legislação de defesa do consumidor, em razão da vulnerabilidade acentuada daqueles assim conceituados.

Ante a impossibilidade de serem listadas todas as práticas abusivas, as condutas tipificadas no art. 39 do CDC são exemplificativas.

A simples potencialidade ou a capacidade de enganar é mais do que suficiente para caracterizar a ilicitude da conduta enganosa ou abusiva, cujo dano ao consumidor é um mero *plus*.

Em se tratando de publicidade, a prova da veracidade ou da não-abusividade da informação publicitária fica sempre a cargo do anunciante, derogando-se a regra geral onde o ônus *probandi* é imposto ao consumidor, independentemente da sua impossibilidade. ◆