

Aspectos jurídicos da publicidade

André Luiz Cavalcanti Cabral*

RESUMO. O presente artigo aborda a publicidade como objeto do direito. Trata da regulamentação da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando o estudo pela conceituação da publicidade, bem como de outros institutos inerentes ao cotidiano do ambiente publicitário, para assim delimitar a abrangência de seu campo de atuação. Analisa as espécies de publicidade ilícitas, apresentando conclusões acerca da abordagem realizada. Espera contribuir para o debate de tema pouco explorado pelos juristas. **Palavras-chave:** Publicidade, Direito, Ilicitude.

1 – Explicações introdutórias

É possível, dentro de uma abordagem jurídica, enfrentar o tema da publicidade sob dois prismas. Por um lado, como princípio jurídico, por outro, como objeto jurídico, ou seja: na primeira hipótese como norma balizadora do direito, como podemos enxergar no Direito Administrativo (Princípio da publicidade dos atos administrativos¹) ou no Direito Processual (princípio da publicidade dos atos processuais). Por sua vez, na segunda hipótese, a publicidade abandona a essência normativa, para ser por ela regida. Deixa de ser norma, passa a ser objeto da norma, foco de regulação, interesse a ser tutelado.

É justamente sob o último prisma descrito que abordaremos a publicidade neste artigo. Como objeto do direito, ponto de direcionamento da atividade normativa sob o enfoque da oferta de bens à circulação, o chamamento aberto ao consumo. Contudo, não nos satisfazemos com a idéia do universo jurídico como universo apartado, enclausurado dos demais universos sociais, e auto-suficiente. Buscaremos, desta forma, subsídios em outras disciplinas, objetivando uma melhor compreensão da matéria.

Trataremos sucintamente da regulamentação da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas não nos ateremos à exegese da lei. Em verdade, pouco nos referiremos ao texto legal. Concentraremos mais esforços na tentativa de conceituar a publicidade, bem como outros institutos inerentes ao cotidiano do ambiente publicitário, para assim delimitar a abrangência de seu campo de atuação. Num segundo plano passaremos a tratar da ilicitude publicitária. Abordaremos suas espécies ilícitas para, enfim, tecermos conclusões acerca do estudo realizado. Esperamos contribuir para o debate deste tema intrigante e ainda pouco explorado pelos juristas.

* O autor é aluno do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

¹ Aqui a publicidade é “*requisito de eficácia e moralidade*” do ato administrativo (Cf. Hely Lopes Meireles *in Direito Administrativo Brasileiro*, 19 ed. 1994. p. 86).

2 – Oferta e publicidade

A questão da publicidade é matéria inquietante e envolvida intrinsecamente ao fenômeno empresarial contemporâneo. Este envolvimento hoje se mostra visceral, não sendo possível o desenvolvimento de empresa², sem uma estratégia publicitária. Podemos considerar a publicidade, inclusive, como fator de análise para identificação de determinada atividade econômica como atividade empresarial³.

Atualmente, com os conhecimentos tecnológicos recentes (computação gráfica, imagem digital, transmissão via satélite, etc.) além da contínua evolução dos meios de comunicação em massa (internet, mensagem instantâneas via celular, etc.), essa função de divulgação da publicidade alcançou níveis extraordinários de receptividade, bem como ampliou seu alcance a praticamente todos os lugares do globo.

Podemos afirmar que vários fatores foram essenciais para otimização da receptividade da mensagem publicitária. Essa receptividade se traduz numa influência cada vez mais significativa nas escolhas e modelos comportamentais manifestados pelos destinatários da mensagem publicitária (os consumidores).

O primeiro fator que identificamos consiste no avanço tecnológico. Tanto no sentido de incremento das possibilidades de variações de um produto, como na criação de produtos novos cada vez mais voltados para necessidades específicas do consumidor. Esta maior gama de produtos e serviços acabava exigindo uma sociedade mais carente de necessidades específicas, que não raras vezes foram moldadas diretamente ou indiretamente com o auxílio da publicidade.

O segundo fator é o desenvolvimento dos veículos de comunicação. Do rádio à internet foram todas invenções, mais ou menos recentes, que durante o século XX tiveram contínuo aperfeiçoamento de suas potencialidades. Aperfeiçoamento tanto na qualidade da mensagem (áudio límpido, imagem sem distorções, velocidade de transmissão de dados maior, etc.), quanto no alcance da mesma, possibilitando uma diminuição das distâncias em termos de conhecimento de oportunidades de ofertas.

² Aqui nos utilizamos de *empresa* embebidos da *teoria da empresa* italiana, recém recepcionada em nosso ordenamento jurídico por meio do Código Civil de 2002, onde a empresa é tida como *atividade econômica organizada*, sendo objeto do direito e não sujeito de direito.

³ Nos referimos a questão da determinação do teor de organização capaz de caracterizar a atividade como *empresarial*. Face ao novo espírito da lei civilista maior, a empresa é entendida como uma atividade econômica que é exercida, seja por pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária) e que esteja em certo patamar de organização. Questão controvertida será portanto determinar que patamar de organização demarcará o limiar do terreno empresarial. No nosso entendimento a publicidade pode auxiliar neste sentido. Ou seja, a atividade empresarial pode ser identificada quando o empresário ou a sociedade empresária, entre outros fatores, investe em publicidade. Tal investimento demonstraria uma *organização*, uma maior complexidade que acabaria por demonstrar a empresarialidade da atividade.

O terceiro fator e não menos decisivo é a perspicaz criação do marketing. Um conhecimento voltado à análise de técnicas capazes de influenciar o mercado consumidor. É inegável a contribuição da propaganda de guerra no surgir do marketing. Muitas das técnicas adotadas pelos combatentes da Segunda Grande Guerra foram adaptadas para o ambiente publicitário.

Esse processo de entrelaçamento desses fatores culminariam na publicidade contemporânea. Uma publicidade criativa, constante, eficaz, e de massa, feita justamente para satisfazer a uma sociedade de consumo em massa.

Ocorre que, em termos de contexto de apresentação da publicidade, podemos afirmar que a mesma não se enquadra em nenhuma das etapas produtivas, não constitui uma prática produtiva. A publicidade não compõe o produto em si. Seu papel está essencialmente no âmbito da promoção de um produto ou serviço já acabado. Daí poder-se afirmar que a publicidade se encontra na fase promocional dos bens, sendo portanto prática negocial ou transacional⁴ de instrumentação da oferta.

Portanto a publicidade não se confunde com a oferta. Esta consiste em convite a outrem em pactuar, sob certas condições, acerca de dado bem. Uma característica marcante de nossa sociedade atual é justamente a despersonalização da oferta, ou seja, esta é verdadeira carta aberta a qualquer pessoa que deseje tornar-se aceitante da proposta feita.

3 – O conceito de publicidade

Primeiramente, parece-nos prudente delimitarmos o meio no qual a publicidade está inserida como atividade profissional por excelência. Tal meio consiste no ambiente publicitário.

O ambiente publicitário é o universo circundante à atividade publicitária profissional. Trata-se, portanto, do meio profissional do publicitário, aquele que se dedica continuamente de forma habitual à publicidade e tendo como contrapartida, uma remuneração.

Cabe-nos agora conceituar a publicidade. No que se refere a etimologia do vocábulo *publicidade*, temos que sua origem parece advir do vocábulo latino “*publicus*”. Este último transmitia a idéia de colocar algo ao acesso público, tornar público, propagar, difundir, divulgar.

O conceito de publicidade trata-se de missão atormentada em face da diversidade terminológica que habita a oferta no fenômeno empresarial. Podemos

⁴ Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin entende a publicidade como modalidade do que denomina de “*práticas comerciais*” e as define como a “*face pós-produção da sociedade de consumo.*” (in Ada Pellegrini Grinover [et al.], Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7 ed., 2001, p. 216). Provavelmente, onde está grafado o vocábulo “face” deveria constar “fase” o que elucidaria mais facilmente o conceito. O mesmo autor afirma que as práticas empresariais visam o “escoamento da produção”, e entre elas estariam desde o *marketing*, aos serviços pós vendas, e até mesmo as cobranças de dívidas (in Ada Pellegrini Grinover [et al.], Ob. Cit. p. 217).

destacar além da publicidade, a propaganda, o marketing, a merchandising, e o *teaser* como vernáculos, entre tantos outros, que acabam por compor o vocabulário publicitário.

Apesar da íntima relação da publicidade com a atividade econômica, os conceitos acima exigem uma ordenação nem sempre percebida pelos juristas. Nossa doutrina não apresenta formação uniforme destes conceitos⁵. Por isso, os conceitos que a seguir apresentaremos visam contribuir, sem a expectativa de aceitação unânime, mas concentrando-se na didática da matéria.

A publicidade consiste em atividade indispensável à sociedade de consumo em massa, pois esta mesma sociedade só se solidificou face os meios de comunicação em massa. Por isso mesmo, para a organização dos conceitos, adotaremos como gênero a comunicação. Esta pode ser dividida em duas classes: a comunicação individual, ou personalizada, voltada para um único indivíduo, e a comunicação social, ou difusa, ou despersonalizada, sem um destinatário conhecido, ou individualizado.

A publicidade é justamente espécie de comunicação difusa (social), voltada para todo o mercado de consumo de forma a atrair-lhe a atenção para a mensagem difundida. Temos que reconhecer que há técnicas publicitárias que buscam maquiá-la de personalização, como as técnicas de tratamento privilegiado.⁶

Assim, podemos conceituar publicidade como a forma de comunicação que visa difundir produto ou serviço de um fornecedor, ou mesmo o próprio fornecedor através da disponibilização de mensagem ao público consumidor. O intuito da publicidade está sempre atrelado ao fomento à circulação de bens vinculados à atividade econômica do fornecedor.⁷

Propaganda não consiste em sinônimo de publicidade. A propaganda é a comunicação de caráter variado (político, religioso, econômico, social, etc.) voltada ao convencimento daquele que toma conhecimento de sua mensagem, sem almejar benefício econômico. Para diversos autores a publicidade é espécie do gênero propaganda, sendo a parcela desta que visa o lucro de seu patrocinador, sempre identificável. No entanto, para outros autores a publicidade é gênero, sendo a propaganda espécie (SAAD: 345). Para outros as mesmas são distinguíveis pela

⁵ Não é de hoje, nem do passado recente, o início das celeumas conceituais da doutrina jurídica, e não estará no amanhã o seu fim.

⁶ Podemos dar como exemplo, a modalidade de clientes ditos *VIPs* (*very important person*) que apesar de possuírem um tratamento diferenciado, acabam recebendo o mesmo tratamento que os demais de sua categoria, sendo a distinção mera técnica de atração à sua fidelidade ao fornecedor. Uma massagem no ego, com os olhos no bolso.

⁷ Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin entende a publicidade como “*forma de comunicação social*”, caracterizada por sua difusão e conteúdo informativo, voltada à promoção de atividade econômica, *in* Ada Pellegrini Grinover [et al.], ob. Cit. p. 269.

onerosidade de seu patrocínio.⁸ Autores outros, ainda, não diferenciam publicidade de propaganda, tratando os vocábulos como sinônimos⁹. Parece-nos que nenhum dos posicionamentos acima é acertado. Propaganda e publicidade são espécies de comunicação, e não se encontram inseridas uma em outra. São espécies distintas, representáveis por círculos com área de interseção, e não concêntricos.

Diante de um anúncio de um refrigerante, facilmente identificamos a publicidade. No entanto, quando temos um anúncio onde o ponto central não é um produto ou serviço, mas uma corporação, uma instituição, a identificação já se dificulta. Este caráter institucional do anúncio pode tanto configurar uma publicidade como uma propaganda, ou até mesmo ambas as espécies concomitantemente. Por exemplo, se determinada empresa comemora os 100 (cem) anos de sua fundação, sem fazer referência a seus produtos ou serviços, estamos diante de uma publicidade. Mas, se o Governo Brasileiro (União) divulga uma campanha de vacinação infantil, estamos diante de uma propaganda. No primeiro caso há uma publicidade institucional onde a empresa fortalece seu nome na comemoração de seu aniversário, e indiretamente acaba, mesmo sem referência aos seus produtos e serviços, por promover a circulação de bens. No segundo exemplo não há a intenção de circulação de bens, nem mesmo um fomento a dada atividade econômica. O que existe é a tentativa de convencimento da participação de toda a população para a melhoria da saúde coletiva, seu conteúdo é eminentemente ideológico.

Por fim, imaginemos a seguinte hipótese: Uma rede de lanchonetes patrocina toda uma campanha de anúncios solicitando às pessoas que doem roupas aos menos afortunados no inverno, oferecendo seus estabelecimentos (pontos comerciais) como células receptoras das doações. Nesta hipótese há tanto uma publicidade (através do fortalecimento e divulgação da marca das lanchonetes), como também uma propaganda (a idéia de solidariedade com o próximo é o teor ideológico caracterizador do anúncio hipotético). Tal conjugação se mostra hoje, inclusive, como uma tendência, a que se tem chamado de *marketing social*.

Marketing também é atualmente palavra corriqueira do vocabulário empresarial. No entanto, não se confunde com publicidade. Marketing é a técnica de incremento de vendas e demais negócios empresariais¹⁰, sendo a publicidade uma das ferramentas do marketing.

⁸ Fernando Gherardini Santos, *Ob. Cit. p. 30*, demonstra que alguns autores, influenciados pela terminologia inglesa da “*advertising*” e “*publicity*”, entendem que seria a primeira, propaganda, o anúncio pago, enquanto a segunda, publicidade, seria o anúncio gratuito. Tal idéia contradiz nosso sistema legal, pois encontramos mais facilmente propagandas gratuitas, como a propaganda eleitoral garantida no texto constitucional (art. 17, §3º).

⁹ Cf. ALVIM, Arruda, [et. Al.]. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 88-93.

¹⁰ Fernando Gherardini Santos, *Ob. Cit. p. 20*, entende o marketing como “o conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca”.

Temos ainda a *merchandising*. Esta consiste em uma técnica publicitária de inserção de produtos e serviços em criações artísticas, em cenários representativos de seu destino de consumo¹¹. Tal técnica é amplamente utilizada em novelas, seriados televisivos e filmes cinematográficos. Por fim, o *teaser* é uma campanha publicitária preparatória de outra campanha publicitária, ou seja, consiste em técnica publicitária de geração de expectativa no mercado consumidor de um novo produto, serviço, fornecedor, ou mesmo uma promoção de dado fornecedor.

Como podemos atestar, após as averiguações feitas, mesmo que com certa superficialidade, o ambiente publicitário é dotado de gama conceitual própria. Ocorre que ao jurista nem sempre são perfeitamente diferenciáveis os conceitos tratados acima. No mais, parece-nos prudente que o legislador, bem como o agente do direito em geral, ao aplicar a norma, se esforce em compreender as distinções ocorridas a fim de que possam evitar equívocos.

4 – A regulamentação da publicidade no Brasil

Para a melhor compreensão deste tópico é preciso reforçar que é justamente na oferta de seus produtos e serviços que o empresário divulga a atividade econômica organizada a que se dedica, ou seja, sua empresa. Daí a importância da publicidade na economia, e conseqüentemente na sociedade atual, desembocando na necessidade do direito disciplinar o fenômeno publicitário.

O disciplinamento da publicidade em nosso ordenamento jurídico não está codificado, num *codex*, ou mesmo sistematizado em um microsistema jurídico. Não existe um diploma legal exclusivamente destinado à publicidade, ou que se ocupe de abordar as diversas matérias relacionadas à questão publicitária. O que temos são diversos dispositivos legais constantes em diplomas vários e tratantes de matérias específicas. Dentre estes universos, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor¹², que dedica vários dispositivos à disciplina da publicidade.

Nosso sistema de regulamentação da publicidade é considerado desconcentrado e misto. Desconcentrado por não haver uma centralização da regulamentação em um único órgão. Misto, por sua vez, devido à regulação efetuada tanto pelo Estado, como pelos próprios agentes publicitários¹³. Portanto, a regulamentação da publicidade não está a cargo exclusivo nem do Estado, nem dos agentes publicitários, mas de ambos. Há importante espaço destinado a

¹¹ Eduardo Gabriel Saad, *Ob. Cit.*, p. 347, entende a *merchandising* como uma “*comunicação subliminar e consistente no aparecimento em tela de vídeo do produto ou estabelecimento do fornecedor*”. Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, in Ada Pellegrini Grinover [et al.], *Ob. Cit.* p. 283, critica a permissividade de nosso ordenamento jurídico com a *merchandising*, por ser “*uma forma de burla ao limite de 15 minutos de publicidade por hora de programação*”.

¹² Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990

¹³ Cf. BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. In.: Ada Pellegrini Grinover [et al.] *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 264-266.

autoregulamentação da publicidade (JACOBINA: 26-37), que é realizada pelo CONAR¹⁴ e pelo Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária¹⁵. Estes diplomas são estatutos de organismos ligados à classe publicitária que, reunidos, definem normas de conduta de seus participantes.

Além dos diplomas já citados, em verdade a publicidade ainda está regulamentada por outros diplomas de forma, ora mais, ora menos direta. Como exemplo temos a preocupação no âmbito concorrencial (concorrência desleal), bem como no direito autoral¹⁶.

5 – Publicidade ilícita

Antes de expormos as espécies de publicidade adversas à licitude, face às disposições de nosso ordenamento jurídico, parece-nos oportuno tecer algumas considerações acerca da temática responsabilidade.

A idéia ou noção de responsabilidade (origem etimológica do latim *respondere*) atravessou os séculos como uma idéia de reprovação. Responsabilizado é aquele que responde, ou foi chamado a dar resposta, que assume o ônus de determinada conduta a que deu causa ou cabia evitar¹⁷. Verdade que há dentro do fenômeno de responsabilização certa idéia de bônus, ou positividade, aí a responsabilidade assume idéia próxima ao reconhecimento. No entanto, ser responsável traz sempre à frente uma idéia de ônus, de peso moral ou jurídico no sentido de explicar-se sobre o assunto ao qual foi ou poderá ser responsabilizado.

Responsabilidade, sob o prisma do Direito, é a imposição do dever de responder (dar, fazer, ou não fazer) devido à configuração de um liame exigido entre a conduta do responsabilizado e um dano, ou ao menos perigo potencial de dano. De acordo com o ramo jurídico, ou parcela da ordem jurídica estudada, podemos ter diferentes espécies de responsabilidade. Assim, temos a responsabilidade penal, administrativa e civil.

No tocante à publicidade, podemos identificar dentro de seu fenômeno uma responsabilização com reflexos nas três esferas supracitadas. Nos ateremos especificamente a responsabilidade civil, embora que superficialmente. No entanto, ainda faremos aqui assertivas gerais que, dependente do contexto, poderão conter particularidades próprias de cada uma das esferas de responsabilidade.

Antes de nos concentrarmos nas espécies de publicidade ilícita, dedicaremos alguma considerações acerca do dano publicitário. Após estas abordagens estudaremos a responsabilização na publicidade.

¹⁴ Conselho Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

¹⁵ Aprovado em 1978 no III Congresso Brasileiro de Propaganda, sediado em São Paulo.

¹⁶ V. Leis 8.884 de 1994, 9.279 de 1996, 9.610 de 1998.

¹⁷ Lisboa define responsabilidade como “o dever jurídico de recomposição do dano” (In *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, RT, 2001, p. 19).

5.1 – O Dano publicitário

Anteriormente pontuamos que a publicidade consiste em atividade indispensável à sociedade de consumo. Em verdade é inverossímil acreditar na possibilidade de exclusão da atividade publicitária de nossa sociedade contemporânea.

A publicidade promove os bens ofertados ao mercado consumidor, influencia preferências, induz comportamentos¹⁸, fomenta modismos e até entretém seus expectadores cada vez mais fascinados com seus recursos e com a criatividade da qual é fruto.

Ao conceituar a publicidade como forma de comunicação social que visa difundir produto ou serviço de um fornecedor, ou mesmo o próprio fornecedor como atividade de fomento à circulação de bens vinculados à atividade econômica deste, deixamos patente a quem serve a publicidade. Esta consiste em atividade comercial sob o controle do empresário, que através da veiculação publicitária espera o incremento de suas transações, sejam de natureza mercantil, sejam de cunho consumerista¹⁹.

Ocorre que na busca de um melhor resultado em sua atividade o empresário não pode extrapolar certos limites imposto por lei, sob pena de ser responsabilizado. É justamente no Código de Defesa do Consumidor que encontram-se os limites mais bem definidos da atividade publicitária²⁰.

Daí o compromisso com a verdade, clareza e exatidão do conteúdo da mensagem publicitária, como também a obrigatoriedade de fácil percepção de sua natureza publicitária por quem a recebe²¹. Exigências que a lei faz alinhada aos princípios da transparência e da boa-fé objetiva nas relações de consumo.

Ocorre que, não respeitadas as determinações legais, a publicidade abandona sua função de meio informativo do mercado, e fomentador da atividade econômica para tornar-se instrumento nocivo ao próprio mercado atacando sua estabilidade e confiabilidade.

¹⁸ Fábio Ulhôa Coelho afirma que a publicidade “exerce decisiva influência sobre os comportamentos das pessoas, alterando ou reforçando valores e idéias.” (OLIVEIRA, J. de [coord.] *in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 1991, p.158).

¹⁹ É importante compreender que a publicidade não se esgota na seara consumerista. Consumidor é o adquirente final de um produto ou serviço. Ocorre que em dadas circunstâncias a publicidade não visa um consumidor, ou apenas consumidores, mas objetiva alcançar empresários, intermediários da cadeia produtiva que estão alocados entre o produtor/fabricante e o adquirente final (consumidor). Ciente deste aspecto o legislador equiparou a consumidor todos aqueles expostos à publicidade (art. 29 do CDC).

²⁰ O CDC nesta tarefa é auxiliado pelo Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

²¹ Ver arts. 31 e 36 do CDC.

Justamente neste momento que a atividade publicitária percorre o campo da ilicitude é que ocorre o dano publicitário. Este configura-se na lesão de direito sofrida por meio da mensagem publicitária.

Prima facie, comumente identificamos o dano publicitário na esfera consumerista, quando um direito de um consumidor (direito à informação verídica por exemplo) é lesado por meio da publicidade de um produto ou serviço. Mas o dano publicitário poderá ocorrer em outra disciplina jurídica. Poderá ser, por exemplo, de natureza concorrencial quando embora *a priori* não pareça lesar consumidores, divulga mensagem que denigre de alguma forma um concorrente. Há ainda o dano publicitário autoral, quando a publicidade de alguma forma se utiliza de obra alheia lesando, assim, algum dos direitos autorais.

Neste trabalho nos limitaremos a tecer considerações acerca do dano publicitário no que tange ao universo das relações de consumo.

5.2 – Espécies de publicidade ilícita

Limitado nosso estudo ao ilícito publicitário causador de lesão à direito do consumidor, temos duas espécies de publicidade que fogem da legalidade em nosso ordenamento jurídico²². Uma consiste na publicidade enganosa, a outra se denomina publicidade abusiva.

A publicidade enganosa se configura quando o anúncio publicitário faz uso de inverdades, deturpando o entendimento do destinatário/receptor. Ressalte-se que a “inverdade” contida na mensagem pode ser parcial ou total, como também omissiva. Atenta primordialmente contra o direito consumerista de informação adequada, clara, e precisa²³. Temos em nosso ordenamento jurídico a definição da publicidade enganosa no art. 37 do CDC.

Destaque-se que a publicidade enganosa não compreende a publicidade fantasiosa. Esta pode ser lícita. Exemplo possível seria certa propaganda em que um certo cereal mostraria uma pequena criança erguer seu pai para demonstrar a força que o produto lhe dava. Tal propaganda não levaria um consumidor comum a erro, pois é evidente que jamais um alimento daria tal força a uma criança; trata-se, portanto, de propaganda fantasiosa (COELHO: 104). Daí o porquê da lei (art. 37 do CDC) referir-se à capacidade “*de induzir em erro o consumidor*”.

Tal referência à capacidade de indução ao erro como elemento caracterizador da publicidade enganosa deve ser entendida em termos de potencialidade e não de concreção real. Neste sentido é que para a moldura da responsabilização de um fornecedor/empresário por publicidade enganosa é

²² Fábio Ulhoa Coelho entende haver três espécies. Trata como espécie autônoma a propaganda simulada (subliminar), que ao nosso ver está compreendida dentro da espécie de publicidade abusiva. (Cf. *Manual de Direito Comercial*, 13 ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 103-105).

²³ Tal direito tem sua fundamentação na CF/88 em seu art. 5º, XIV, XXXII, e mais especificamente no CDC art. 6º, III, IV, art. 31, e art. 36.

suficiente que a *inverdade* inserida na mensagem publicitária tenha probabilidade média de causar dano²⁴.

Por sua vez, a publicidade abusiva se caracteriza por utilizar-se de conteúdo afrontante à moral, ilícito ou discriminatório. Nesta espécie não há necessariamente uma *inverdade*, podendo a informação até ser verdadeira, mas há um teor repugnante aos olhos da sociedade que não pode ser tolerado. Na publicidade enganosa o conteúdo da mensagem sempre contém *inverdade(s)*, portanto, podemos concluir que há nesta espécie sempre um defeito de conteúdo. Por sua vez, na publicidade abusiva não há esta condição indissolúvel quanto ao defeito de seu conteúdo, basta um defeito de sua forma. Exemplo desta última hipótese é a propaganda subliminar, que embora possa estar isenta de *inverdade*, a forma em que se processa consiste em abuso por diminuir o nível de consciência de seu conteúdo.

Contudo é possível haver defeito de conteúdo na mensagem publicitária abusiva, só que tal defeito não estará atrelado a uma *inverdade*, mas a um excesso. Este excesso poderá estar configurado com uma incitação à violência, ao racismo, ao ilícito em geral, ou ainda que explore deficiência psíquica ou ignorância do receptor²⁵. Como exemplo, determinado anúncio de fósforos que demonstra a capacidade de seu palito mostrando que o mesmo é capaz de incendiar uma floresta por inteiro. Tal anúncio acabaria por ferir a moralidade, e a lei, pois incentivaria a devastação ambiental.

Nosso intuito neste tópico é justamente demonstrar a importância da publicidade no direito, importância esta que se desdobra em diversos prismas distintos quanto ao seu mau uso. Por um lado afeta aos consumidores que são lesados pelos vícios e defeitos de informação, e por outro a concorrência que também é atingida por práticas de concorrência desleal. A coletividade ainda pode sofrer conseqüências nefastas (como no exemplo dado acima de desrespeito ambiental) de uma publicidade ilícita. Por fim, o próprio anunciante pode ser prejudicado quando patrocina campanha eivada de ilicitude mas que não desejava, confiando plenamente no profissional ou agência publicitária que contratara²⁶.

A publicidade, portanto, deve ser exercida sob a égide tanto da defesa dos consumidores, como pelo princípio da livre concorrência, e demais princípios da ordem econômica, exercendo uma função social²⁷, porque a publicidade deve contemporaneamente ser compreendida como atividade vital ao desenvolvimento

²⁴ Eliana Passarelli ao tratar da prova do elemento “enganosidade” na publicidade afirma que o CDC exige apenas a “mera potencialidade” de engano, e não uma “enganosidade real” (*In Dos Crimes Contra as Relações de Consumo*, Saraiva, 2002, p. 30).

²⁵ Ver art. 37 do CDC.

²⁶ Atente-se que a responsabilidade da agência de publicidade em relação ao seu cliente (anunciante /fornecedor) ocorre dentro da esfera civil, fora, no entanto, do microsistema consumerista há ainda quem defenda a responsabilidade do veículo de comunicação (Cf. LISBOA, ob. Cit. P. 260-262).

²⁷ Ver art. 170 da CF/88.

econômico, essencial à empresarialidade, seu exercício contínuo e seus instrumentos (meios de comunicação de massa, hoje denominados de mídia) acabaram por torná-la um bem. Bem inserto no patrimônio empresarial, com forte poder de manipulação da verdade, o que justifica a preocupação do direito com a sua utilização, evitando-se sua utilização como instrumento de dano.

5.3 – A publicidade e sua responsabilização

Apesar da imperatividade da norma o homem nem sempre observa o seu mandamento. Daí a importância da coercibilidade como meio de reordenar o ambiente fático através da responsabilização do transgressor da norma, buscando reeduca-lo e desestimular a repetição da transgressão.

Para um estudo mais eficiente quanto a responsabilização civil (que foi o campo delimitado neste estudo) da publicidade ilícita nas relações de consumo, é preciso identificar alguns princípios basilares da nossa política nacional das relações de consumo.

Indubitavelmente três princípios da política protetiva do consumidor assumem maior relevância junto a temática da publicidade. O primeiro deles é o princípio da vulnerabilidade de consumidor (cf. Art. 4º, I do CDC.). Todo consumidor por amplas e múltiplas razões acaba por se encontrar sob certo aspecto em desvantagem na relação de consumo (seja juridicamente, tecnicamente ou mesmo economicamente), daí a intervenção do Direito em seu favor visando restabelecer o equilíbrio perdido, harmonizando a relação de consumo. Daí termos a *vulnerabilidade* como princípio consumerista de reconhecimento de uma desvantagem natural do consumidor na relação de consumo. O segundo princípio é o da transparência nas relações de consumo. A relação consumerista deve ser pautada na lealdade e sempre com clareza e lucidez, daí a informação ser direito consumerista e dever do fornecedor²⁸. Lembremos que a publicidade, usualmente, tornou-se veículo de disseminação dessa informação. Nesta relação, face a publicidade, o consumidor se encontra a mercê do conteúdo e forma da mensagem publicitária, estando em latente vulnerabilidade. O terceiro princípio é o da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Por meio deste princípio, que acaba por estar pautado no princípio da vulnerabilidade, o consumidor acaba

²⁸ Exemplo clarividente que podemos citar para melhor ilustrar o dito acerca do princípio da transparência é a questão da indústria do tabagismo. O princípio da transparência acaba por impor-lhes o dever de alertar aos consumidores de seus produtos (cigarros) que o mesmo é fator de risco para diversas patologias humanas. Há, no entanto, fortes questionamentos acerca da efetividade de tal medida. Autores que entendem ser incompatível a atividade da indústria de cigarros com os dispositivos do CDC. Inclusive costuma-se exemplificar as publicidades deste setor industrial, como exemplo de publicidade enganosa, uma vez que, passariam a idéia de bem-estar e felicidade, quando em verdade estaria causando aos usuários um mal (Cf. Adraiana do Couto Lima Pedreira in *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*, Forense, 2002).

tendo uma série de institutos a seu favor, visando a efetiva prevenção e reparação dos danos que porventura sofra²⁹.

Do mau uso da publicidade vimos que surgem a publicidade enganosa e a abusiva. Neste momento do trabalho que nos propomos analisaremos como se perfaz o liame de responsabilidade civil do fornecedor que acaba utilizando-se da publicidade ilícita.

É dentro de uma compreensão integrada dos princípios mencionados acima que poderá justificar o manto da responsabilização objetiva do fornecedor face a publicidade ilícita³⁰. Ou seja, ao patrocinar uma comunicação social visando a circulação de bens relacionados com sua empresa, o empresário, saindo do terreno da licitude, necessitará apenas de que se demonstre a sua conduta (indicar a publicidade ilícita), o dano publicitário e o nexo causal entre estes elementos. Não se discutirá a culpa (elemento subjetivo) do fornecedor.

Ademais, no que se refere ao ilícito publicitário, o empresário/fornecedor terá sempre a seu encargo o ônus da prova, face a determinação do art. 38 do CDC. O instituto da inversão do ônus da prova que em outras situações para ser aplicado em desfavor do fornecedor necessita dos requisitos legais (hipossuficiência e/ou verossimilhança), e depende do crivo do magistrado³¹ na mensagem publicitária consiste em direito consumerista de observância obrigatória³².

Estas breves considerações, ainda que introdutórias ao tema, permite-nos delinear a importância dos aspectos mencionados. Há um reconhecimento de nosso ordenamento jurídico quanto a capacidade de persuasão da publicidade, bem como de seu poder de provocar danos ao receptor de sua mensagem. Dentro deste contexto, e pautado nos princípios que regem as relações consumeristas se apresenta a teoria da responsabilidade objetiva como a mais adequada ao tratamento da matéria publicidade, face a vulnerabilidade do receptor. No mais, ainda ordenada ao princípio da facilitação da defesa consumerista, a legislação brasileira impõe ao fornecedor o ônus da prova quanto a mensagem publicitária. Todos estes aspectos concatenados acabam por formar uma série de fatores justificadores para que os fornecedores/empresários patrocinem as ações publicitárias com extrema cautela sob pena do abraço da responsabilidade civil.

²⁹ V. art. 6º, VI, VII, VIII do CDC.

³⁰ V. Arts. 12 e 14 do CDC. Não podemos desassociar a adoção da teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo com a teoria do risco do negócio. Por esta, há um risco próprio, inerente a atividade empresarial que cabe ao empreendedor que a patrocina avaliar antes de se lançar em sua execução e suportar após tomada tal decisão.

³¹ V. art. 6º, VIII do CDC.

³² Posicionando-se na mesma linha, pela obrigatoriedade temos BENJAMIM, (In Ada Pellegrini Grinover [et al.] *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 316-317).

6 – A publicidade como bem imaterial

No tópico anterior vimos que a publicidade pode adentrar no terreno da ilicitude. Isto justifica a preocupação com a publicidade enganosa e abusiva por servirem como meio de manipulação impróprio, atentando contra a liberdade de escolha e quanto ao direito de informação dos indivíduos. Sob este aspecto, o Direito muito avançou nas últimas décadas, impulsionado pela legislação consumerista e concorrencial, notadamente.

A publicidade hoje não é mais mero instrumento de oferta e divulgação de produtos e serviços. Sua utilização contínua como instrumento de afirmação e ocupação de mercado acaba por agregar valores à empresa. Apesar de ser, ainda, considerada um investimento, podendo assim ter seus custos quantificados no balanço financeiro da empresa, acaba por refletir em todo o patrimônio empresarial.

Tal reflexo é ainda mais acentuado na seara do patrimônio imaterial empresarial. A publicidade consolida marcas, atribui respeitabilidade ao nome empresarial, cria preferências no consumidor, influi diretamente na imagem da empresa perante o mercado, gera e potencializa um fundo de comércio.

Por esta razão, não poderíamos deixar de abordar, mesmo que de forma ainda superficial, a temática da imaterialidade na publicidade no presente trabalho. A publicidade é hoje um bem empresarial. Bem imaterial decerto, devendo o direito se ater à necessidade de sua proteção.

Nunca em nossa história o patrimônio imaterial empresarial foi tão valorizado. Aqui podemos incluir os bens intelectuais abrangidos pela propriedade intelectual, como também outros ainda não protegidos por este ramo jurídico, e mesmo pelo direito, mas que possuem indiscutível valor nas relações empresariais.

Têm-se as patentes, marcas, nome empresarial, desenhos industriais, indicações geográficas, microorganismos, semicondutores, *chips*, circuitos integrados, topografias, protegidas pela propriedade industrial.

No que tange aos direitos autorais, estes, igualmente, foram incorporados ao cotidiano empresarial. Cada vez mais se investe na estética dos produtos, serviços, e no *layout* da empresa. Todos estes investimentos buscam compor uma imagem ou conceito para as pessoas, sejam os parceiros empresariais, sejam os consumidores³³. Citemos o *jingle*, por exemplo, verdadeira composição musical ou

³³ Carlos Alberto Bittar Filho teceu as seguintes palavras acerca do ingresso dos direitos autorais no mundo empresarial: “Exemplo disto é a utilização maciça de criações intelectuais estéticas em produtos industriais, como resultado da estratégia de atração do consumidor pelo belo, que, lapidada no desabrochar da atividade artesanal, vem gerando, nos tempos modernos, formas e modelos atraentes e convidativos, com vistas a sensibilizar o público ao primeiro contato e, assim, a arrebatá-lo a preferência.” (In *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas atividades empresariais*, 2 ed., RT, 2002, p. 20).

litéro-musical, ou ainda, o *slogan*³⁴ uma frase de efeito, chavão que fixa a mensagem publicitária.

Ocorre que além destes institutos intelectuais, o patrimônio imaterial da empresa inclui outros ainda sem proteção específica pelo direito. Em sua maioria este patrimônio não se encontra disciplinado em lei, e por isso sem o direito de exclusividade. Podemos afirmar que é formado por técnicas de produção, de marketing, de logísticas, de técnicas de relacionamento com os consumidores e fornecedores, enfim, de estratégias fruto de uma experiência de mercado, e que se consolidaram nestas espécies de conhecimento.

Em algumas oportunidades estes conhecimentos, embora não passíveis de obtenção de direito de exclusividade, são negociados, e acabam por virarem serviços a serem ofertados, perfazendo objetos de importantes contratos empresariais, tais como o contrato de franquia e know-how. Noutras ocasiões, este mesmo conhecimento é protegido por outras modalidades de contrato, como segredo de negócio com cláusulas de confidencialidade. Nesta última perspectiva o objetivo é justamente criar, por via de contrato, um liame de responsabilidade para a proteção deste conhecimento.

Nesse contexto cresce a abordagem de temas como a gestão do conhecimento³⁵, uma preocupação com a administração do potencial intelectual, e portanto, imaterial da empresa. Técnicas de motivação, de aperfeiçoamento profissional, buscam propiciar à empresa o melhor que seus componentes podem lhe fornecer.

Neste norte é que vislumbramos a passagem da publicidade da condição de instrumento de ofertação pura e simples, consistindo em parte essencial da atividade empresarial, para um bem empresarial imaterial. Cabendo hoje ao direito o desafio de sua proteção.

7 – Conclusão

Dentro do universo que nos lançamos ao estudo podemos retirar as seguintes conclusões, aqui expostas em tópicos:

1 – a publicidade consiste contemporaneamente em etapa fundamental do processo de circulação de bens, mais precisamente, da oferta;

³⁴ Cotidianamente face aos volumes de capitais investidos na publicidade os *slogans* vêm adquirindo o papel de marcas capazes de individualmente nos remeter a certo produto ou empresa. Este fenômeno tem levado os empresários a registrarem os mesmos como marcas, compondo o universo dos signos distintivos de um produto. Entendemos que o slogan acaba por configurar marca acessória, ao menos inicialmente, reconhecendo a possibilidade de tornar-se o principal elemento marcário de um produto ou instituição.

³⁵ Philip Kotler defende que os administradores da atualidade “têm a tarefa de projetar sistemas de administração do conhecimento para permitir que a empresa aprenda rapidamente sobre as tendências e avanços que afetam os consumidores, a concorrência, os distribuidores e os fornecedores.” (*in Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, Futura, 2000, p. 17).

2 – dado o desenvolvimento tecnológico, principalmente com a potencialização do alcance da mensagem publicitária, sua receptividade ampliou-se. Tal fato facilitou a divulgação dos produtos e serviços, mas em contrapartida restringiu a liberdade de escolha dos consumidores cada vez mais influenciados pelo aparato publicitário;

3 – frente à constatação nº 2, percebe-se a razão pela qual a publicidade passou a merecer maior atenção do direito, principalmente com as suas utilizações indevidas, que passaram ao terreno da ilicitude;

4 – a ilicitude abraça a publicidade sob diversas facetas. Pelo ângulo do consumidor temos a publicidade enganosa e abusiva. Temos também a possibilidade de utilização da publicidade como meio desleal de práticas concorrenciais. Ainda surtem efeitos na sociedade de forma difusa em face de uma publicidade ilícita (principalmente a que é *abusiva*) e, por fim, no próprio anunciante, que por vezes é vitimado pela má escolha do profissional publicitário;

5 – dado todo o desenvolvimento da atividade publicitária, regida por quantias vultosas de capitais envolvidos, a publicidade, de início, agregava valores aos bens empresariais. Contudo, parece-nos que se consolidou, contemporaneamente, como um bem empresarial imaterial;

6 – o tema da publicidade é tema recente e ainda passível de constituir objeto de diversos trabalhos acadêmicos, incentivando o debate na busca da solução aos diversos problemas intrínsecos ao mesmo.

8 – Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda, [et. Al.]. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas atividades empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/ comentadores: Toshio Mukai [et al.]*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEDREIRA, Adraiana do Couto Lima. *Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: RT, 2000.

CITAR COMO:

<p>CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. Prim@ facie, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 129-144, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>. Acesso em:</p>
