

O CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE¹

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMÍN*
*Membro do Ministério Público de São Paulo, e Mestre em Direito
(L. L. M.) pela University of Illinois (EUA)*²

1. Advertência prévia

O presente texto não se propõe a analisar o regramento jurídico da publicidade no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que hoje rege as relações de consumo no Brasil. Entretanto, sempre que possível — e útil — a ele farei referência.

Meu objetivo maior é, dentro de uma perspectiva que seja aplicável, em tese, a qualquer país, discutir, em visão panorâmica, o controle legal da publicidade. Abordarei a) a importância da publicidade no mundo moderno, apontando seu conceito, objetivos e papel do consumidor perante ela; b) o relacionamento do fenômeno publicitário com o Direito, justificando, com quatro modelos básicos, seu controle legal; e, c) as formas e limites desse controle. Como se pode ver, não serão objeto desse estudo os aspectos mais concretos e casuísticos da regulamentação legal da publicidade³.

Não tratarei, tampouco, a não ser excepcionalmente, de questões relativas à regulamentação da publicidade de produtos ou serviços específicos⁴.

Finalmente, nem mesmo uma breve referência poderei fazer sobre os *oito princípios básicos* que, no meu modo de ver, devem orientar

¹ Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor".

² Presidente do BRASILCON — Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor e um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor.

³ Como, p. ex., seus efeitos contratuais ou, ainda, sua patologia básica (enganosidade e abusividade).

⁴ P. ex., medicamentos, cosméticos, agrotóxicos, profissões liberais, bebidas alcoólicas, tabaco, etc.

qualquer esforço legislativo de proteção do consumidor em relação aos abusos publicitários⁵.

2. A importância da publicidade no mundo moderno

Na sociedade contemporânea, a publicidade, como "instrumento poderosíssimo de influência do consumidor⁶", desempenha um papel fundamental, seja do ponto de vista econômico-social-cultural, seja de uma perspectiva jurídica⁷, já que é influente ferramenta de formação do *consentimento do consumidor*⁸. Embora o fenômeno publicitário não seja propriamente recente, é dos últimos anos esta forma de enxergá-lo, em particular pelo Direito⁹.

Um dos indicadores da massificação da sociedade contemporânea é o *marketing*¹⁰, manifestação esta que, como veremos, inclui a publicidade¹¹ — "essa indomável força que comanda o mundo negocial¹²" —, como uma de suas vertentes de maior complexidade e atualidade.

O primeiro anúncio impresso em inglês de que se tem notícia foi veiculado em 1477, na Inglaterra, anunciando livros religiosos

⁵ São eles o princípio da identificação da publicidade, o princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária, o princípio da reparabilidade objetiva dos danos publicitários, o princípio da veracidade da publicidade, o princípio da não-abusividade da publicidade, o princípio da transparência da fundamentação publicitária (a "ad substantiation" dos norte-americanos), o princípio da inversão do ônus da prova do desvio publicitário e o princípio da correção do desvio publicitário ("corrective advertising"). Para uma análise mais detalhada da matéria, veja-se Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, pp. 182/184; também Nelson Nery Júnior, Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor, n. 3, set-dez de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 67/70.

⁶ João Batista de Almeida, A Proteção Jurídica do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 85.

⁷ Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglit, Contratos por Adhesiã, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 30.

⁸ Jacques Ghestin e Bernard Desché, Traité des Contrais. La Vente, Paris, L. G. D. J., 1990, p. 283.

⁹ Não há dúvida que o Direito, embora devagar, vem reconsiderando o papel e a importância jurídica da publicidade. Em alguns casos, trata-se de simples reajustes, conceituais ou doutrinários. Noutros, de maneira mais ampla e radical, ocorre verdadeira reformulação—quando não afastamento — de princípios jurídicos tradicionais.

¹⁰ Sobre o marketing, cf. Maria Elizabete Vilaça Lopes, O consumidor e a publicidade, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 50.

¹¹ Maria Elizabete Vilaça Lopes, art. cit., p. 15C.

¹² Carlos Alberto Bittar, O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 127.

publicados por William Caxton. Já em meados do século XVII, jornais britânicos, conhecidos por "mercuries", passaram a trazer uma grande variedade de anúncios, que iam de tabelas de navios mercantes a medicamentos¹³. Nos Estados Unidos, só a partir da última década do século XIX, como consequência da multiplicação dos jornais diários, a publicidade ganha espaço¹⁴, consumando-se o fenômeno publicitário de massa em paralelo ao fenômeno da produção em massa¹⁵. Nos anos 20, do nosso século, novo ímpeto lhe é dado com o advento do rádio; finalmente, em 1944, com a televisão, a publicidade se transforma em uma grande indústria, movimentando bilhões de dólares anualmente e afetando milhões de consumidores em todo o planeta¹⁶.

Até os anos 20, a publicidade era fundamentalmente informativa, contendo dados e elementos sobre produtos e serviços, com isso introduzindo novos bens, familiarizando o consumidor com marcas nacionais e o educando sobre sua destinação e utilidade. No período de 1920 a 1950, a *publicidade informativa* declinou significativamente, sendo, gradativa e crescentemente, substituída pela *publicidade de estilo de vida* ("life style advertising")¹⁷.

Não obstante a indiferença que até recentemente tanto a Economia¹⁸, como o Direito, dedicavam à publicidade, sem o marketing seria, de fato, muito difícil se imaginar a produção, a distribuição, o crédito

¹³ Cf. Ronald K. L. Collins e David M. Skover, Commerce and communication, in Texas Law Review, vol. 71, março de 1993, p. 700.

¹⁴ CF. RONALD K. L. COLLINS E DAVID M. SKOVER, COMMERCE AND COMMUNICATION, IN TEXAS LAW REVIEW, VOL. 71, MARÇO DE 1993, P. 700.

¹⁵ Ronald K. L. Collins e David M. Skover, art. cit., p. 701.

¹⁶ No Brasil, o rádio foi instalado, de maneira permanente, em 1923, pelas mãos de Roquette Pinto; já a televisão, só apareceria em 1950, com o esforço de Assis Chateaubriand (Cf. Walter Ceneviva, Publicidade e Direito do Consumidor, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 30).

¹⁷ Ronald K. L. Collins e David M. Skover, art. cit., pp. 701-702.

¹⁸ Esta "negligência" dos economistas é atribuída a uma falsa percepção da publicidade como tendo "um papel acessório" na análise macro-econômica e na teoria dos mercados. Isso apesar de um dos pressupostos da economia clássica ser exatamente aquele de que o consumidor decide com informação perfeita (cf. H. J. Wilton-Siegel, La publicite, la concurrence et Véconomie, in Études des Pratiques Commerciales Trompeuses et Déloyales en Matière de Concurrence, vol. 2, révision pour la deuxième étape loi relative aux enquêtes sur les coalitions 1976, prepare à l'intention du ministère de la Consommation et des Corporations, L'honorable André Ouellet, Ministre, Ottawa, 1976, p. 131).

e o consumo em massa como os conhecemos hoje¹⁹. Em um ponto, entretanto, críticos e defensores do *marketing* concordam: na sua ausência, os produtos e serviços²⁰ dificilmente seriam os que temos a nossa disposição, ou, mesmo que fossem, não teriam as características que apresentam.

O certo é que, bem ou mal, não mais vivemos numa mera "economia de produção", mas numa verdadeira "economia de marketing"²¹. Atualmente, não é o marketing que segue a produção; é esta que, de certa maneira, acompanha os passos traçados por aquele, que, não raramente, se antecipa à demanda, mais do que a ela respondendo²².

Tão grande é essa conexão contemporânea entre marketing e massificação do consumo que não seria exagero dizer que onde existir sociedade de consumo presente também estará a publicidade. Esta seria uma espécie de "emblema" daquela²³;

Conforme opinião dominante²⁴, cabe à publicidade aproximar — com informação ou persuasão²⁵ — o fornecedor anônimo do consumidor

¹⁹ Afirmção que não é unânime. Para Iain Ramsay, uma tal perspectiva pode significar que "somos prisioneiros de uma falsa necessidade: que um fenômeno contingente de publicidade passa a ser enxergado como uma forma natural, tornando-se difícil imaginar o mundo sem ele" (Advertising, taste construction, and the search for enlightened policy: a critique, in Osgoode Hall Law Journal, vol. 29, n. 3, 1991, p. 574).

²⁰ A princípio, imaginava-se que o marketing se aplicava apenas a produtos. Devagar, porém, foi ele estendido aos serviços. Presentemente, não só é largamente utilizado por produtos e serviços indistintamente, mas alcança o terreno das idéias e programas sociais. Chegamos, pois, à era do marketing social (Veja-se Edward C. Bursk e William Morton, What is marketing, in The Dartnell Marketing Manager's Handbook, edited by Stuart Henderson Britt and Norman F. Guess, Chicago, Dartnell, 1986, p. 42).

²¹ A "economia de marketing" pode ser definida como aquela que olha para a frente, na busca de novas perspectivas e oportunidades decorrentes de necessidades humanas não-satisfeitas, algumas sequer ainda identificadas, transformando potencialidades em realidade. Em particular, a publicidade pode ser usada para ampliar e aumentar as necessidades dos consumidores em antecipação à própria produção (Cf. Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., pp. 34 e 43).

²² Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, Contratos por Adhesión... cit., p. 30.

²³ Guido Alpa, Diritto Privato dei Consumi, Bologna, il Mulino, 1986, p. 123.

²⁴ Embora criticada, como analisaremos mais adiante.

²⁵ São essas as duas funções da publicidade na sociedade de consumo: "informar os consumidores e estimular o consumo" (Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais, São Paulo, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 141). A função informativa, como já notamos, vem, desde os anos 20, perdendo força, com o surgimento da publicidade de estilo de vida. Essa transformação faz com que o fenômeno publicitário atual seja mais imagem que informação, mais emotivo que racional, mais orientado por desejos que por necessidades (cf. Ronald K. L. Collins e David M. Skover, art. cit., p. 702).

anônimo; cabe-lhe, igualmente, por em sintonia o produto ou serviço anônimo com uma necessidade também anônima. É seu papel, enfim, influir, decisivamente, na formação do consentimento do consumidor. Aí sua relevância para o Direito.

A publicidade é onipresente; está em todos os lugares: nos veículos de comunicação social — rádio, televisão, imprensa e cinema—, nas vias públicas (através de outdoors), nos esportes, no teatro, etc. Modernamente, aonde for o homem, encontrará ele a publicidade, dela não podendo fugir ou esconder-se²⁶.

Só isso já basta para ressaltar a importância do fenômeno publicitário para o mercado²⁷ e para o Direito. Outros indicadores, porém, podem ser apresentados.

Inicialmente, a publicidade é importante porque, como já notamos, tem uma conexão direta — contestada, é verdade — com a sociedade de consumo²⁸. O binômio sociedade de consumo-publicidade parece indissociável²⁹; é através da publicidade "que o Mundo, em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as "novidades" que, a partir de então, passam a ser "necessidades", mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares³⁰".

²⁶ É lapidar a lição de João Batista de Almeida: "o consumidor é induzido a consumir, bombardeado pela publicidade massiva que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia-a-dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico. É se tudo isso ocorre em relação à publicidade normal sobre o homem médio, pode-se imaginar os efeitos nefastos e devastadores da publicidade enganosa ou abusiva incidente sobre pessoas em formação, como crianças e adolescentes" (ob. cit., p. 86).

²⁷ Tal relevância, contudo, varia conforme o tipo de mercado. Assim, no mercado de produtos industriais (matérias primas e bens de produção, p. ex.), a promoção pessoal — e não a massificada — parece ser a forma preferida de marketing (H. J. Wilton-Siegel, art. cit., p. 175). Mas nos produtos e serviços de consumo, a publicidade, efetivamente, reina.

²⁸ Ela é, em certa medida, necessária ao funcionamento da economia de consumo (Nicole L'Heureux, *Droit de la Consommation*, 3e édition, Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 174).

²⁹ Guido Alpa, ob. cit., p. 123.

³⁰ Vera M. Jacob de Fradera, A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor, in *Revista de Direito do Consumidor*,

Ora, inserida no contexto da sociedade de consumo, diretamente conectada a ela, ganha a publicidade também uma posição de destaque na proteção do consumidor³¹, pois, além de fundamental na realização do consentimento deste, ainda pode lhe causar danos patrimoniais e morais de grandes proporções³², conferindo qualidades e bondades especiais ao que oferece, atributos estes que nem sempre são reais e menos ainda comprováveis³³.

Na medida em que é fenômeno de massa, dirigido à coletividade de consumidores, como conjunto indeterminado e desorganizado de pessoas, a publicidade, ao causar danos, dificilmente o faz de maneira individual ou isolada. Sua danosidade é, como regra, difusa e coletiva, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos, em série³⁴.

Além disso, estando a publicidade em toda a parte, não respeitando barreiras geográficas, políticas, culturais, étnicas e religiosas, é, indubitavelmente, um fenômeno universal. Onde houver mercado massificado, afirmamos, aí também estará a publicidade. Logo, seu estudo interessa a todos os cidadãos, sem qualquer distinção.

Ademais, reconhece-se que os consumidores precisam de informação para tomar boas decisões no mercado³⁵. A informação, como veremos adiante, é um dos temas maiores de qualquer política de proteção

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 181.

³¹ "A publicidade tem sempre, sido e sempre continuará a ser um dos problemas mais importantes da proteção do consumidor" (Ewoud Hondius, Some recente developments in European advertising law: a outline, palestra proferida no "I Congresso Internacional de Direito do Consumidor", realizado em São Paulo, em 1989).

³² Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 141.

³³ Atílio Aníbal Alterini, Los contratos de consumo, in La Ley, 7 de diciembre de 1993, p. 3.

³⁴ Miguel Pasquau Liafio, Coméntarios a la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuários, coordenação de Rodrigo Bercovitz e Javier Salas, Madrid, Civitas, 1992, p. 141.

³⁵ Frederick D. Sturdivant e Heidi VemonWortzel, Business and Society, A Manageriál Approach, 4th ed., Boston, Richard D. Irwin, Inc., 1990, p. 279. E acrescentam os autores: "Quanto melhor for a qualidade desta informação, melhor habilitado estará o consumidor para tomar uma boa decisão" (p. 279). O Presidente Kennedy, em seu famoso discurso ao Congresso Nacional, em 15 de março de 1962 (Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest), elencou, entre os direitos do consumidor, "(2) O direito de ser informado — de ser protegido contra informação, publicidade, rotulagem ou outras práticas fraudulentas, falsas, ardilosas ou grosseiramente enganosas, e de receber os fatos que necessita para fazer uma escolha informada".-

do consumidor³⁶ e do próprio Direito do Consumidor, pois um dos objetivos deste é exatamente mitigar a desigualdade informativa existente entre fornecedor e consumidor. Sendo — ou podendo ser — a publicidade informação, passa ela a representar um papel essencial na melhoria da decisão de compra do consumidor.

Outro dado revelador da relevância da publicidade é o volume de recursos que movimenta³⁷, desempenhando, em contrapartida, uma enorme força econômica na manutenção — sobrevivência mesmo — dos meios de comunicação e na vida cultural do país, total ou parcialmente financiados com recursos publicitários.

Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor — sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário — lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna³⁸. Não é à toa que é ela percebida como verdadeiro instrumento de controle social.

Finalmente, agora pelo lado do anunciante, a publicidade é importante porque aumenta suas vendas e lucros, melhorando as chances de lançamento com sucesso de novos produtos e serviços e auxiliando na manutenção de uma existência saudável para a empresa³⁹. Mostra-se como estimuladora do consumo e, a partir daí, no escoamento da produção e do fluxo contínuo do mercado.

3. Conceito e objetivos da Publicidade

³⁶ Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation* 3e éditions, Paris, Dalloz, 1992, p. 33.

³⁷ Só nos Estados Unidos, os gastos com publicidade foram da ordem de 55 bilhões de dólares em 1986.

³⁸ Nicole L'Heureux, *ob. cit.*, p. 174.

³⁹ David Lucas, *The regulation of advertising*, in *Canadian Journal of Insurance Law*, volume 3, n. 2, March-April 1985, p. 22. "Compreende-se assim que a publicidade exija em todos os países cuidados de regulamentação, que se restrinjam ou proibam certas formas ou se imponham comportamentos, tudo dependendo afinal dos interesses a que se tenha em vista dar proteção" (Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos do Consumidor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 79).

Vários sistemas jurídicos regem a publicidade mas não a definem⁴⁰. Entende-se por publicidade *qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão*⁴¹. Necessário, pois, não confundi-la com outras formas de marketing.

A publicidade é espécie do marketing⁴²; significa, em síntese, marketing não-pessoal, massificado, praticado com auxílio de mídia (rádio,

⁴⁰ É o caso brasileiro, onde o CDC limita-se a proibir e reger a publicidade enganosa e abusiva. Também é o que sucede na França (cf. Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 85).

⁴¹ Cf., também, Frederick D. Studirvant e Heidi Vernon-Wortzel, ob. cit., p. 287; Colley, apud H. J. Wilton-Siegel, art. cit., p. 133. De maneira mais ampla, como que se confundindo com a própria noção de marketing, assim a Diretiva n. 84/450, da CEE, a define: "L 'publicidade' significa a emissão de qualquer tipo de oferta, em qualquer forma, em conexão com o comércio, negócio, ofício ou profissão, para promover o fornecimento de produtos ou serviços, incluindo imóveis, direitos e obrigações" (art. 2.º). Também amplo é o conceito do Código da Publicidade de Portugal: "Será considerada como actividade publicitária toda a divulgação que vise dirigir a atenção do público para um determinado bem ou serviço de natureza comercial, com o fim de promover a sua aquisição" (Decreto-Lei n. 421/80). A legislação espanhola (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) assim está vazada: "Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servidos, derechos y obligaciones" (artículo 2). Para Jean Calais-Auloy, publicidade é "toda mensagem dirigida por um profissional ao público, com o intuito de estimular a demanda de produtos ou de serviços" (Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 86). Já Cláudia Lima Marques, inspirando-se na lei belga de 14 de julho de 1971 sobre práticas comerciais, prefere vê-la como "toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado" (Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 138). Igualmente expansiva é a visão de José Alexandre Tavares Guerreiro, para quem, nos termos propostos por Juan Carlos Rezzónico, é publicidade "toda mensagem dirigida ao público com o fim de estimular a demanda de produtos ou serviços" (Comentários ao Código do Consumidor, coordenação de José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 112). No mesmo sentido manifesta-se Thereza Alvim, considerando publicidade "toda e qualquer modalidade de informação ou comunicação dirigida ao público consumidor, destinada a divulgar determinado produto, objetivando seu consumo" (Código do Consumidor Comentado, São Paulo, "Revista dos Tribunais, 1991, pp. 90-91). Carlos Alberto Bittar, ressaltando antes a complexidade do fenômeno publicitário, "que não permite o isoladamente de uma ou outra faceta em sua conceituação", vê a publicidade como "a arte e a técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar ao consumidor determinados produtos ou serviços, despertando nele o desejo de adquiri-los ou deles dispor" (Direito de Autor na Obra Publicitária, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 73). Segundo Maria Elizabete Vilaça Lopes, "Conceito, universalmente acatado, identifica a publicidade como o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço" (art. cit., p. 151). A "massificação" da mensagem é requisito essencial no conceito de publicidade. A mensagem tem que ser dirigida ao público (Alberto do Amaral Júnior, Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda, São Paulo, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 234, donde não serem considerados publicitários, como regra, os argumentos inter-pessoais (argumentos de balcão). O contrato pode, eventualmente, ter um conteúdo publicitário, notadamente quando é utilizado de maneira massificada, como mensagem ao público destinada a estimular a demanda de produtos e serviços. Já documento particular, isolado, entregue à pessoa determinada, não tem natureza publicitária (Alberto do Amaral Júnior, ob. cit., p. 234; no mesmo sentido, Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p. 277).

⁴² Realmente, o marketing inclui a publicidade, mas a ela não se limita. Numa perspectiva ampla, cobre ele todas as funções que objetivam fazer com que produtos e serviços se movam do local onde são produzidos ou montados

televisão, jornal, revista, outdoor, etc)⁴³. Pressupõe, normalmente, a intervenção de três sujeitos⁴⁴: o anunciante, que busca vender seu produto ou serviço, a agência de publicidade⁴⁵, que cria e produz o anúncio, e o veículo, que o transmite⁴⁶. O universo da publicidade, portanto, é menor que o do marketing⁴⁷.

Não se confunde com propaganda. A publicidade é discurso de objetivo comercial⁴⁸ ou profissional; já a propaganda tem claro escopo político, ideológico, filosófico, ético ou religioso⁴⁹.

até as mãos do consumidor final. São instrumentos seus, além da publicidade, a pesquisa de mercado, o design e seleção de produtos, a escolha dos distribuidores, as promoções de venda, a fixação de preço e o planejamento da estratégia geral de mercado (veja-se Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., p. 33). Daí podermos falar em marketing publicitário e marketing não-publicitário (cf. Antônio Herman V. Ben-jamin, A repressão penal aos desvios do marketing, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 92).

⁴³ O CDC controla o marketing em todas as suas modalidades (oral ou escrito, por veículos de comunicação em massa ou não, por promoções audio-visuais e ilustrações, etc).

⁴⁴ Por igual, Maria Elizabete Vilaça Lopes, art. cit., p. 155.

⁴⁵ Em certos casos, as figuras do anunciante e da agência se confundem. É o que sucede com as home agencies, ou agências caseiras, pertencentes à grandes empresas.

⁴⁶ ean Calais-Auloy, ob. cit., p. 86.

⁴⁷ A expressão marketing, no sistema brasileiro do CDC, pode ser traduzida por "oferta". No Direito comparado, apesar da diversidade dos vários sistemas, equivale, de certa maneira, à "representation". "O fenómeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não mais são individualizadas e cristalinas. Oferta, em tal acepção, é sinónimo de marketing, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores" (Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro... cit., p. 149). Em outras palavras, marketing é "qualquer modalidade de informação ou oferta associada à circulação de bens de consumo" (Antônio Herman V. Benjamin, A repressão penal... cit., p. 92). Não é, pois, qualquer informação que caracteriza o marketing, mas somente aquela "associada à circulação" de produtos e serviços, isto é, a informação a serviço da produção e distribuição no mercado de consumo.

⁴⁸ A publicidade propõe uma operação comercial (Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 173); por igual, Nelson Nery Júnior, art. cit., p. 66; Maria Elizabete Vilaça Lopes, art. cit. p. 153.

⁴⁹ Cf. Zelmo Denari, A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/ Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 135. Apontando também a distinção, afirma Voltaire de Lima Moraes que "publicidade e propaganda não são expressões sinônimas. Enquanto esta significa a veiculação de uma idéia, de uma posição filosófica, científica, ou ideológica, com a finalidade de angariar adeptos, mediante ampla divulgação, aquela, por seu turno, caracteriza-se também por uma atividade de divulgação, mas de um produto ou serviço, com o nítido propósito de fazê-los chegar ao consumidor, tendo, portanto, finalidade comercial" {Comentários ao Código do Consumidor, coordenação de José Cretella Júnior e René Anel Dotti, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 42) E certo, como observa Walter Ceneviva, que "Apesar das diferenças doutrinárias, propaganda e publicidade são termos que a lei brasileira aplicou, ao longo dos anos, como sinônimos" (Walter Ceneviva, ob. cit., p. 74). Conclusão idêntica se chega entre os próprios publicitários: "empregamos indistintamente "publicidade" e "propaganda"" (Caio A. Domingues, Publicidade enganosa... cit., p. 193). Para uma distinção, mais aprofundada, veja-se Carlos Alberto Bittar, ob: cit., pp. 69/72.

Resumidamente, todas as formas de publicidade promocional se repartem em três categorias principais: a) sobre a identidade do fornecedor ou do consumidor; b) sobre o preço; e, c) sobre a qualidade⁵⁰.

Como intermediária entre os sujeitos do mercado, o objetivo principal da publicidade é fazer com que consumidores em potencial tomem conhecimento da existência do produto ou serviço e, após, informá-los sobre suas características, de modo a levá-los a uma decisão de compra⁵¹. Nesse sentido informativo, a publicidade beneficia, a um só tempo, os fornecedores e consumidores⁵², trazendo também benefícios para a economia como um todo⁵³.

Em sua essência — assim como na do marketing em geral — está a tentativa de mudar a ação (ou inação) do consumidor, levando-o a adquirir mais este ou aquele produto ou serviço⁵⁴. É o seu componente persuasivo.

Nem sempre o objetivo da publicidade é "vender", diretamente, um produto ou serviço. Pôde ela simplesmente se limitar a aumentar o conhecimento de uma determinada marca ou melhorar a imagem da empresa do fornecedor⁵⁵. É a chamada publicidade de imagem, institucional ou corporativa.

Como regra, a publicidade visa criar uma diferenciação⁵⁶ do produto ou serviço em relação aos seus competidores, influenciando a

⁵⁰ Frederick D. Sturdivant e Heidi VernohWortzel, ob. cit., p. 287.

⁵¹ Frederick D. Sturdivant e Heidi VernohWortzel, ob. cit., p. 287.

⁵² Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 174.

⁵³ C. Edwin Baker, Advertising and a democratic press, in University of Pennsylvania Law Review, vol. 140, June 1992, p. 2103.

⁵⁴ No mesmo sentido, Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., p. 39.

⁵⁵ Frederick D. Sturdivant e Heidi VernohWortzel, ob. cit., p. 287.

⁵⁶ Apontando "Diferenças que, de outro modo, dificilmente seriam percebidas" (Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., p. 36). Ou, de forma mais crítica, sugerindo "ao público diversidade artificial entre produtos objetiva-mente indiferentes" (Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, Una política del diritto per la pubblicità commerciale, in Rivista dei Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LXXII (1974), parte prima, p. 303).

preferência do consumidor⁵⁷. " Já de pronto se percebe que tal escopo se faz através de técnicas de informação e de persuasão, mais com esta do que com aquela, pois, a partir dos anos 20, a publicidade vem deixando de ter por objetivo essencial informar; hoje, muito mais incita, pela utilização de estilos de vida, do que informa⁵⁸.

Nem toda informação é publicidade e nem toda publicidade é só informação. Não se deve, pois, confundir informação com publicidade⁵⁹. Esta, embora tendo um certo conteúdo informativo, modernamente não tem por escopo exclusivo ou preponderante informar, mas incitar os consumidores, sendo, necessariamente, tendenciosa⁶⁰, porque, como veremos, unilateral.

Como já ressaltamos, na era da sofisticação tecnológica e da comunicação de massa, a mensagem publicitária, em definitivo, deixou de ser, na maior parte das hipóteses, veículo de informação. A função atual da publicidade, nos termos que vem sendo praticada, não é mais aquela de informar o consumidor, mas a de estimular e direcionar o consumo, promovendo o escoamento da produção (Guido Alpa, ob. cit., p. 124).

Mas o Direito, como faz com outros desvios com repercussão social, intervém, para garantir que a publicidade cumpra um mínimo de informação.

Distingue-se, pois, da informação *stricto sensu*, como aquela inserida em livros, no cinema, na televisão, nas notícias em geral.

⁵⁷ Gustavo Ghidini, Problems of consumer protection against unfair advertising under Italian law, in Journal of Consumer Policy, 2, 1978/4, p. 317. Ou, ainda, criando, artificialmente, necessidades (Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 78).

⁵⁸ Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 86; no mesmo sentido, Miguel Pasquau Liaio, ob. cit., p. 143. Como já ressaltamos, na era da sofisticação tecnológica e da comunicação de massa, a mensagem publicitária, em definitivo, deixou de ser, na maior parte das hipóteses, veículo de informação. A função atual da publicidade, nos termos que vem sendo praticada, não é mais aquela de informar o consumidor, mas a de estimular e direcionar o consumo, promovendo o escoamento da produção (Guido Alpa, ob. cit., p. 124). Mas o Direito, como faz com outros desvios com repercussão social, intervém, para garantir que a publicidade cumpra um mínimo de informação.

⁵⁹ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 155; por igual, José Alexandre Tavares Guerreiro, ao dizer que "informação não é o mesmo que publicidade" (Comentários ao Código... cit., p. 112).

⁶⁰ Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 33.

Três dados básicos, ambos de caráter teleológico, separam os dois fenômenos: *o fim incitativo* (convencer o consumidor), *o objetivo comercial* (estimular a circulação, no mercado, de produtos e serviços)⁶¹ e *o caráter passional*, todos próprios da publicidade e estranhos à informação *stricto sensu*. Esta, como dado objetivo, tem um fim imediatamente desinteressado, enquanto que a informação publicitária, quando existente, apresenta um objetivo lucrativo, fazendo solicitação de clientela⁶².

4. O consumidor diante da publicidade

A sociedade de consumo trouxe incontáveis e inegáveis benefícios para o consumidor. Mas seu aparecimento, com o advento do Estado industrial e o crescente número de produtos e serviços sofisticados, deu nascimento a problemas antes desconhecidos⁶³.

A publicidade é um desses temas que desafiam o legislador, apresentando grandes riscos para o consumidor, pois são de difícil harmonização o desejo de sedução e a necessidade de informação adequada⁶⁴, respeitando certas regras e valores que dão norte à convivência social⁶⁵, inspirando o consumo, mas não o *consumismo*⁶⁶.

⁶¹ Cf. Gérard Cas e Didier Ferreier, *Traité de Droit de la Consommation*, Paris, PUF, 1986, p. 274. É através desses dois elementos — de prova nem sempre fácil — que se pode identificar hipóteses em que a publicidade — chamada redacional — tenta se passar por informação *stricto sensu*, uma flagrante violação do princípio da identificação da mensagem publicitária, consagrado no CDC brasileiro (art. 36, caput). A publicidade redacional é modalidade ilícita, categoria do gênero publicidade clandestina.

⁶² Nicole L'Heureux, *ob. cit.*, p. 156. Nas palavras de José Alexandre Tavares Guerreiro, toda "informação é, pelo menos em princípio, imparcial e objetiva, condenando-se aquela que se afasta dessas linhas centrais. Já a publicidade, em razão de seu caráter indutivo, prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo". Aí está seu caráter persuasivo (*Comentários ao Código ... cit.*, p. 113).

⁶³ A economia de massa, ao mesmo tempo que gerava um número incontável de produtos e serviços, "privilegiou o interesse dos fornecedores, sacrificando o melhor sentido em que a justiça social deve ser entendida" (Walter Ceneviva, *ob. cit.*, p. 25).

⁶⁴ O desejo de seduzir é de difícil compatibilização com a informação completa e objetiva (Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, p. 86).

⁶⁵ Alberto do Amaral Júnior, *ob. cit.*, p. 232.

⁶⁶ Entendido como "a aquisição e utilização quase descontrolada, pouco racional, de produtos e serviços de todas as classes, já como tendência provocada pelos fornecedores para aumentar o consumo além da satisfação das necessidades" (Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por Adhesión ... cit.*, p. 35).

Hoje já se fala em consumo sustentável, paralelamente a desenvolvimento sustentável. É o casamento das agendas da proteção do meio ambiente e da proteção do consumidor.

Ao desenvolver-se, a publicidade "passou a interferir fortemente nas relações de consumo e, assim, na vida de todos os cidadãos. A interferência observada foi um dos fenômenos geradores da economia de massa, terminando por provocar a conveniência de estabelecer especial proteção para interesses coletivos, desligados da atuação individual dos componentes da sociedade"⁶⁷.

Várias são as dificuldades que o consumidor enfrenta no mercado moderno. Podemos identificar, inicialmente, três tipos básicos de problemas *materiais*: produtos e serviços sofisticados, transações legais complexas e técnicas sofisticadas de marketing⁶⁸. Além disso, visíveis são dois outros problemas, de natureza *formal*, que, embora não sejam peculiares apenas ao consumidor, o atingem de maneira muito particular: a falta de acesso à justiça e ao legislativo.

O quadro que dessa problemática surge é o do consumidor que, embora comprando, não entende o funcionamento do mercado: o alienado mercadológico. Isso porque produtos, serviços, transações legais e as técnicas de marketing ficaram requintados demais para ele e não lhe são explicados; além disso, também a ele se nega — daí sua alienação participação no processo judicial, que não foi moldado para gerir tal tipo de conflito, e participação no processo legislativo, porque os consumidores, como corpo identificado, são amorfos em demasia para se transformar numa força política expressiva⁶⁹.

O consumidor de hoje, em vez de depender somente do cavalo e dos utensílios domésticos básicos de ontem⁷⁰, submete-se,

A publicidade, entre seus vícios, tem exatamente este, o de estimular o desperdício de recursos (Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 174), o que pode mudar com a incorporação, pelo fenômeno publicitário, da idéia do consumo sustentável.

⁶⁷ Walter Ceneviva, ob. cit., p. 21.

⁶⁸ M. J. Trebilcock, When is a consumer protection bill not a consumer protection bill?, in 1971 Meredith Mem. Lect., Five Lectures on Combines Law and Policy, False Advertising in Canada, Consumer Protection, Montreal, Faculty of Law, McGill University and Wilson & Lafleur Limitée, p. 156.

⁶⁹ M. J. Trebilcock, art. cit., p. 157.

⁷⁰ M. J. Trebilcock, art. cit., p. 154.

passivamente, a uma certa *explosão tecnológica*⁷¹, acompanhada da *explosão do marketing*.

Já é lugar comum dizer-se que o mercado que cerca o consumidor contemporâneo é bem diverso daquele do século passado. É altamente impessoal, com enormes tentáculos de distribuição. Alicerça-se em técnicas de comercialização refinadas e de "alta pressão", na forma de publicidade intensiva, por todos os veículos imagináveis, embalagens tentadoras (algumas até perfumadas!), etc.

Paralelamente, o ritmo da vida foi tremendamente apressado, com o advento da "síndrome do supermercado e do shopping center", com ênfase numa postura de "fazer tudo *agora*", sem tempo para meditar e avaliar conseqüências, tão rapidamente que, uma compra individual em supermercado, segundo cálculo recente, leva, em média, sete segundos. "Estes todos são fatores que os consumidores do século passado nunca tiveram que enfrentar"⁷².

O resultado de tão grandes transformações é um enorme "abismo informativo", confiando o consumidor — ou tendo que confiar, por falta de opções e de tempo —, cada vez mais, na publicidade, como única ponte para superá-lo.

O consumidor, em verdade, precisa fiar-se nas informações que recebe do mercado. Não é justo dele se exigir que, nas dezenas de transações de consumo que efetua diariamente, ponha em dúvida aquilo que lhe afirmam os fornecedores⁷³, vistos como profissionais que verdadeiramente conhecem os produtos e serviços que oferecem.

⁷¹ Que é representada por três elementos principais. Primeiramente, pela multiplicidade de produtos e serviços altamente complexos, como, automóveis, televisores e computadores. Em segundo lugar, pela proliferação de transações e operações comerciais, materializadas nos milhares de obscuros e intrincados contratos por adesão em circulação. Finalmente, no que mais nos interessa aqui, pela sempre onipresente e massiva publicidade. É quanto a esta que podemos falar em explosão do marketing.

⁷² M. J. Tribilcock, art. cit., pp. 155/156.

⁷³ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 175.

No mercado impessoal da sociedade de consumo, onde tudo envolve o uso de tecnologia e comunicação estudada, o normal é que o consumidor acredite naquilo que se diz sobre produtos e serviços, notadamente quando são utilizados recursos publicitários. O excepcional é que receba, com dúvida, a palavra do fornecedor, alguém que, ao contrário do que acontecia no mercado interpessoal, nunca aparece em pessoa, tendo, ao contrário, entre seus porta-vozes, modelos joviais, bonitos e de aparência honesta, ou, então, depoimentos de personalidades conhecidas e respeitadas no grupo social.

Se é certo que uma verdadeira economia de mercado pressupõe um consumidor bem informado — parceiro ativo do fornecedor —, também não é menos certo que os abusos publicitários limitam, quando não destroçam, este papel fundamental de árbitro no mercado reservado ao consumidor.

O consumidor submetido à publicidade enganosa, por exemplo, está destinado a fazer uma má escolha, ao adquirir um produto ou serviço. Além disso, os outros fornecedores também são lesados pelo comportamento do mau anunciante, já que este se confere uma vantagem — desleal —, fazendo com que a melhor qualidade ou preço dos produtos ou serviços concorrentes sejam apagados por seu anúncio enganoso. Em tal situação, o próprio fenômeno publicitário tem sua função entravada, com a diminuição da confiança do consumidor e a deformação de seu papel distributivo; enfim, o funcionamento do mercado é perturbado⁷⁴. Tal efeito devastador no mercado faz com que o controle legal da publicidade enganosa — ao contrário do que sucede com a publicidade abusiva — seja considerado a corporificação apolítica do consenso da comunidade⁷⁵.

Diretamente, não tem o consumidor qualquer controle sobre a publicidade. O anunciante, sua agência e o veículo são os grandes

⁷⁴ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 174.

⁷⁵ Vaughan Black, A brief word about advertising, in *Ottawa Law Review*, vol. 20. 1988, p. 509.

"senhores" do fenômeno publicitário. É ela um fenômeno unilateral⁷⁶, parcial⁷⁷ e subjetivo. Uma tal constatação tem que ter, necessariamente, repercussões no regime jurídico de controle da publicidade eventualmente adotado.

Essa situação de impotência aumenta mais ainda quando, com seu crescente requinte, a publicidade deixa de ser mera arte⁷⁸ e informação,⁷⁹ e se transforma em *ciência* da persuasão⁸⁰. Ciência que busca auxílio em outras ciências, disciplinas, teorias e modelos, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, as ciências do comportamento, a estatística, a teoria das probabilidades, os modelos experimentais e os de simulação por computador.

Compreensíveis, então, que o consumidor — e seus representantes — se preocupem com algo que o afeta tão diretamente e sobre o qual, sem o auxílio do legislador, é absolutamente impotente. Difícil de explicar é a ausência, por tanto tempo, do Direito no regramento deste importantíssimo tema social, causa de grande conflituosidade de consumo.

Todos os consumidores, indistintamente, são afetados pela publicidade. Uns mais, outros menos, mas ninguém escapa ao seu poder. Difícilmente poderá um consumidor, no plano de sua individualidade solitária, proteger-se dos efeitos e dos abusos da publicidade, a não ser que se exile deste mundo.

⁷⁶ Como ocorre com qualquer outro transmissor de informação, na publicidade cabe apenas ao fornecedor — o anunciante em conjunto com sua agência — a opção pela via publicitária, decidindo, a partir daí, como fazê-lo, qual seu conteúdo (selecioneando o tipo de informação que lhe convém), alvo e duração, o tipo de veículo que lhe dará suporte e os riscos que pretende assumir (Cf. Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 67).

⁷⁷ Miguel Pasquau Liano, ob. cit., p. 143.

⁷⁸ A arte, sempre inerente à publicidade, alcança o estágio da "criatividade com disciplina" (Edward C. Bursk e William Morton, art. cit., p. 39).

⁷⁹ Esta evolução de função — da informação à persuasão — é citada pela imensa maioria dos autores que se dedicaram ao tema, podendo ser encontrada em Guido Alpa, ob. cit., p. 124.

⁸⁰ Tendo "um claro objetivo de persuasão" (Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 158). A publicidade deixa de traduzir ou transmitir qualquer conteúdo informativo, destinando-se simplesmente "à inciter à l'achat" (Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 68).

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

De outra parte, parece claro que será abusar da ficção se buscar, para fins de controle da publicidade, alguém que chamaríamos de "consumidor médio". Como ficção, este conceito abstrato em nada auxilia, em muitos casos, os objetivos maiores do Direito do Consumidor. Em matéria de publicidade, a análise das desconformidades é feita, preferencialmente, caso a caso; o referencial é sempre concreto, o do consumidor atingido que, em países de dimensão e disparidades continentais, como o Brasil, pode variar de região para região.

Numa tal perspectiva, os consumidores menos aquinhoados, técnica e economicamente, merecem tutela mais estrita, pois uma posição social mais baixa é, quase sempre, sinônimo de desproteção maior. Significa, por vezes, renda, nível educacional e atitude crítica inferiores, com a agravante de dificuldades mais acentuadas de acesso adequado às informações dos veículos de comunicação de massa e à própria justiça.

Em outras palavras, os consumidores hipossuficientes economicamente são mais vulneráveis que os outros que ocupam posição social superior. Conseqüentemente, qualquer intervenção no sentido de coibir os abusos publicitários deve tomar como parâmetro algo "inferior ao consumidor médio"⁸¹, se é que tal, como alertamos, existe.

5. O direito e a publicidade

⁸¹ Gustavo Ghidini, art. cit., p. 319.

A publicidade, no mundo atual, não é mais apenas um fenômeno econômico e social; é um fenômeno igualmente jurídico⁸². Apresenta-se como um aspecto básico e poderoso das tratativas pré-contratuais, dirigida que é a consumidores potenciais⁸³.

Que o jurista se interesse pela publicidade deixou de ser novidade ou de causar espanto. Em poucos anos, a atividade publicitária saiu do domínio exclusivo de economistas, sociólogos e psicólogos, convertendo-se em fenômeno com nome e espaço próprios no Direito. Primeiro veio a doutrina; depois, a jurisprudência; finalmente, o legislador⁸⁴. Não podia ser diferente: o processo econômico de comercialização de produtos e serviços deve, necessariamente, influenciar a análise jurídica da problemática do consumidor⁸⁵. E não só ela.

Ao contrário do que se poderia imaginar, o interesse do Direito pela matéria, mesmo do Direito do Consumidor, não se limita ao plano exclusivamente contratual⁸⁶, embora tenha sido a partir deste que o tema ganhou relevância jurídica: a proteção do consentimento do consumidor, interditando-se ao fornecedor passar informações inexatas, mesmo que de boa-fé, e impondo-se a ele revelar ao consumidor informações necessárias à conclusão do contrato com pleno conhecimento⁸⁷. Contrato e publicidade eram, no regime jurídico tradicional, fenômenos estranhos, um apartado do outro, em flagrante descaso com a realidade social e mercadológica⁸⁸.

⁸² Não é preocupação exclusiva do Direito do Consumidor. É assunto também de outras disciplinas jurídicas. Tanto assim que um mesmo desvio — a publicidade enganosa — recebe, em outro ramo do Direito, que cuida da concorrência, a denominação de "publicidade desleal" (Miguel Pasquau Liano, ob. cit., p. 142). "O fenômeno publicidade interessa ao Direito sob múltiplos aspectos, em função do extraordinário alcance de sua ação e da gama de valores com que interfere e por que se espalha" (Carlos Alberto Bittar, ob. cit., p. 88).

⁸³ Cf. Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., p. 95.

⁸⁴ Miguel Pasquau Liano, ob. cit., p. 139.

⁸⁵ Cf. Atilio Anibal Alterini, art. cit., p. 2.

⁸⁶ Note-se, por exemplo, toda a regulamentação da publicidade "abusiva" (discriminatória, indutora do medo e da superstição, anti-ambiental, etc), com pouquíssima repercussão contratual.

⁸⁷ Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*: Formation 2e édition, Paris, L. G. D. J., 1988, p. 502.

⁸⁸ Ensina Jorge Mosset Iturraspe que esse divórcio entre o anunciado e o contratado, principalmente numa época de contratação por adesão, "resultava em enganos, dolos, verdadeiras fraudes à boa fé" (Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., p. 95).

Como nota exemplarmente Fábio Konder Comparato, a proteção do consumidor "conduziu igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, peia sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina de ordem pública análoga à das estipulações contratuais"⁸⁹.

Como *manipulação do consentimento do consumidor*⁹⁰ que é, a publicidade desafia a criatividade e o espírito de adaptação do jurista moderno. Em auxílio do controle dos abusos publicitários não virão as teses e doutrinas que nortearam todo o Direito Privado até recentemente, notadamente os princípios básicos do Direito Contratual. Se é correto que este vem, a séculos, cuidando do consentimento, de certa maneira protegendo-o presentemente, como arcabouço tradicional, não serve à proteção do consumidor, porque mudaram a realidade sócio-econômico e a própria concepção do que seja o papel do Direito num mundo civilizado, no sistema jurídico do *Welfare State*⁹¹.

⁸⁹ Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, in Defesa do Consumidor. Textos Básicos, coordenação de Luiz Amaral, Brasília, Ministério da Justiça, 1987, p. 41.

⁹⁰ Cf. Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 70.

⁹¹ Mudaram as teorias jurídicas porque alguns de seus postulados estruturais desmoronaram. É o caso do "princípio do comprador (consumidor) que se cuide" (caveat emptor ou buyer beware), central ao modelo contratual clássico. Hoje, diversamente, o consumidor que fizer uma aquisição insatisfatória não mais é visto como alguém que está aprendendo uma lição salutar, mas é enxergado como vítima de algo próximo à fraude ou à esperteza (P. S. Atiyah, ob. cit., p. 625).

Com a superação da regra do caveat emptor, certas práticas, antes admissíveis em seu nome e sob sua sombra, passam a merecer a atenção e repreensão do Direito. É o caso dos exageros publicitários (puffery), da publicidade enganosa e abusiva, das informações de venda incompletas ou omissas, dos vícios em produtos ou serviços, etc. (N. Craig Smith, Ethics and the marketing manager, in Ethics in Marketing, edited by N. Craig Smith and John A. Quelch, Irwin, Boston, 1993, p. 7).

⁹² John Hannan, Remarks relating to consumer protection law and policy, in 1971 Meredith Mem. Lect., Five Lectures on Combines law and Policy, False Advertising in Canada, Consumer Protection, Montreal, Faculty of Law, McGill University and Wilson & Lafleur Limitée, p. 143.

A disciplina da proteção do consumidor é ampla e difícil⁹², já que lida com problemas e conflitos intrincados que, sozinhos, já representam todo um universo de provocações teóricas e práticas. Nesse emaranhado, posto pela sociedade de consumo como desafio ao Direito, a publicidade, até como decorrência dos ainda modestos estudos jurídicos que recebeu, ocupa lugar de destaque.

Para os múltiplos obstáculos, riscos e ofensas com que se depara no cotidiano do mercado, o consumidor tem sido obrigado a buscar amparo em um sistema legal centenário, divorciado da conflituosidade de consumo massificada, que é a marca de nossos tempos.

Por outro lado, afora o despreparo intrínseco do ordenamento tradicional para lidar com a publicidade, podemos apontar certas dificuldades extrínsecas no tratamento da matéria. E que, não raras vezes, o legislador, no afã de regradar o tema, o faz de maneira assistemática⁹³, dispersa, pulverizando-o em uma série de leis, decretos e normas administrativas. Vamos encontrar, então, o controle da publicidade em relação a alimentos, a medicamentos, a agrotóxicos, etc⁹⁴, totalmente apartado de um quadro legal mais amplo e geral.

O Direito é reflexo — mas também instrumento de transformação⁹⁵ — da realidade econômico-social. Para cada momento histórico — ou melhor, para cada momento econômico — há um Direito específico. Nessa perspectiva, não cogitamos do Direito, mas de Direitos.

⁹² John Hannan, Remarks relating to consumer protection law and policy, in 1971 Meredith Mem. Lect., Five Lectures on Combines law and Policy, False Advertising in Canada, Consumer Protection, Montreal, Faculty of Law, McGill University and Wilson & Lafleur Limitée, p. 143.

⁹³ Defeito apontado por outros autores também (Carlos Alberto Bittar, ob. cit., pp. 90 e 101).

⁹⁴ Esta tendência — prejudicial aos interesses dos consumidores, se não bem administrada — é universal.

⁹⁵ É nesse sentido que podemos ver o Direito do Consumidor, e também o controle legal da publicidade, como "arena de luta social sobre o significado do que seja consumo e relações de consumo na sociedade contemporânea" (Iain Ramsay, Advertising, taste construction... cit., p. 578). Nessa perspectiva se inclui, claramente, toda a recente aproximação entre os temas do meio ambiente e do consumidor, buscando-se uma agenda comum para ambos, chegando-se, afinal, ao "consumo sustentável".

"A análise histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção pertence *um Direito* próprio e específico"⁹⁶.

O consumerismo,⁹⁷ como movimento organizado de consumidores, produziu, a ainda está produzindo, seu próprio Direito, o Direito do Consumidor⁹⁸. E uma de suas maiores preocupações é a publicidade.

A sociedade de massa, na sua forma de sociedade de consumo, introduziu profundas modificações no contexto da vida grupai e na estrutura de poder, engendrando formas desconhecidas de ajuste social⁹⁹, controlando o que antes era descontrolado, estabelecendo novos institutos e mecanismos jurídicos e aplicando os já conhecidos de forma criativa.

Uma tal alteração da realidade "comanda uma revisão da sistemática jurídica, ainda fundamentalmente ligada aos modos de vida de uma civilização agrária ou pré-industrial"¹⁰⁰. Assim nasce o controle jurídico da publicidade, um dos capítulos iniludíveis¹⁰¹ da proteção do consumidor.

Por conseguinte, compreensível que um novo Direito, o da sociedade de consumo, fosse moldando, adaptando e substituindo, aqui e ali, o Direito dito tradicional ou clássico, destinado ao regramento da sociedade interpessoal.

Bem se vê, então, como já referido, que o interesse do Direito pela publicidade é bastante recente. Até poucos anos atrás, os

⁹⁶ Eros Roberto Grau, O direito pressuposto e o direito posto, in Revista dos Tribunais, 673, nov. de 1991, p. 25.

⁹⁷ Noção distinta de consumismo (Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, Contratos por Adhesión... cit, p. 36). O Consumismo é o dado patológico da sociedade de consumo. Já o consumerismo, fenômeno que aparece a partir dos anos 60, é o movimento organizado de consumidores em busca de reconhecimento político e proteção jurídica, que se opõe, inclusive, às práticas consumistas, pela formulação do ideal do consumo sustentável.

⁹⁸ Sobre a evolução e perspectivas do consumerismo, consulte-se The Future of Consumerism, edited by Paul N. Bloom e Ruth Belk Smith, Lexington, Lexington Books, 1986.

⁹⁹ Como percucientemente observa Jorge Mosset Iturraspe, a publicidade substituiu "os tratos prévios ou preliminares de que se ocupa o Direito Civil e alterou profundamente o processo de formação do contrato: do contrato pessoal, no qual as tratativas se efetuavam cara a cara, passou-se ao contrato social, mecaniza do e anônimo das mensagens publicitárias (Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., p. 96).

¹⁰⁰ Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor... cit., p. 34.

¹⁰¹ A expressão é de Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, Contratos por Adhesión...cit., p. 31.

ordenamentos, com raras exceções, não davam tratamento adequado à publicidade¹⁰², pelo prisma da defesa do consumidor.

No Direito Privado clássico, nenhum dos institutos jurídicos tradicionais permitia uma proteção efetiva do consumidor contra a publicidade. Nenhum deles proporcionava uma tutela orgânica e ampla. Cabe ressaltar, entre os mais (?) utilizados, os vícios do consentimento (dolo¹⁰³ e erro), a garantia dos vícios redibitórios, a responsabilidade civil ex-tracontratual¹⁰⁴ e alguns tipos penais. A desproteção começava pelo fato de que a publicidade era equiparada pela jurisprudência aos exageros comerciais, tolerados pela tradição do *dolus bônus*¹⁰⁵.

O desinteresse do Direito tradicional pelo fenômeno publicitário é hoje coisa do passado. Através da publicidade, profundas alterações vêm sendo produzidas nos alicerces clássicos do Direito Privado, notadamente nas teorias da responsabilidade civil, contratual e extracontratual."¹⁰⁶

¹⁰² Isso quando, eventualmente, a regulasse pela ótica da relação de consumo. Sirva como exemplo o Brasil que, até a promulgação do CDC, nada — ou pouquíssimo — previa de controle da publicidade. Esta não era enxergada como um fenômeno a merecer tratamento diferenciado por parte do ordenamento. No mesmo sentido, se diz que "A publicidade, como fenômeno jurídico, é um produto recente, associado à expansão da produção em massa" (Vincenzo Franceschelli, *Publicità ingannevole e culpa in contrahendo* (in margine a un recente libro), in *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX — 1983, parte seconda, p. 268).

¹⁰³ O dolo, em todos os sistemas jurídicos, mostrou-se sempre como instituto incapaz de proteger o consumidor diante da publicidade enganosa (menos ainda perante outras modalidades de desconformidades publicitárias, como a publicidade abusiva). Em primeiro lugar, cabia ao consumidor o Ônus de provar o caráter determinante do dolo. Além disso, os juizes, em certos sistemas, se recusavam a reconhecer o silêncio ou reticência do anunciante como hipótese de dolo, hesitando, mais, a sancionar o dolo incidente. Finalmente, ao se adotar a teoria do *dolus bonus*, dava-se, sem dúvida, verdadeira "carta branca" à publicidade enganosa (Françoise Lebeau, *La publicite et la protection des consommateurs*, in *La Revue du Barreau*, novembre-décembre 1981, tome 41, n. 5, p. 1017), tudo contribuindo para que certas enganositades raramente fossem sancionadas (Nicole L'Heureux, *ob. cit.*, p. 175). Para uma interessante análise das possibilidades concretas de utilização do dolo na proteção do consumidor contra a publicidade enganosa, cf. Claude Masse, *Publicité trompeuse et inaneuvres dolosives en Droit Civil Québécois*, in *Études des Pratiques Commerciales Trompeuses et Déloyales en Matière de Concurrence*, vol. 2.^a, révision pour la deuxième étape loi relative aux enquêtes sur les coalitions 1976, prepare à l'intention du ministère de la Consommation et des Corporations, L'honorable André Ouellet, Ministre, Ottawa, 1976, p. 193-205.

¹⁰⁴ Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, *art. cit.*, p. 304.

¹⁰⁵ Jacques Ghestin e Bernard Desché, *La Vente...* *cit.*, p. 283.

¹⁰⁶ Seu estudo mais recente é incluído no tema mais amplo da "lealdade da oferta" (cf. Gérard Cas e Didier Ferrier, *ob. cit.*, p. 273) ou no contexto do princípio da boa-fé (Cláudia Lima Marques, *ob. cit.*, p. 137; mais amplamente sobre o dever de informar, Jacques Ghestin, *Lé Contraí...* *cit.*, p. 533).

Apesar do movimento de desregulamentação que denominou a política mundial dos anos 80, o Direito brasileiro¹⁰⁷ e o estrangeiro, notadamente nos países mais desenvolvidos, não deixaram de ampliar os mecanismos legais de controle da publicidade, apertando o cerco aos seus abusos.¹⁰⁸

Em vez de retrocessos, há, em verdade, um movimento crescente de alargamento da regulamentação legal da publicidade, como algo que se inscreve, nos sistemas de Direito continental, a *latere* do Código Civil (dolo e erro), do Código Comercial e do Código Penal¹⁰⁹.

Esse despertar do Direito para a questão do consumo, em geral, e para a problemática da publicidade, em particular, com exigência de intervenção do Estado na proteção do consumidor, tem, em alguns sistemas, como o brasileiro, sede constitucional¹¹⁰.

Tal movimento legislativo responde a uma preocupação mais antiga dos estudiosos com os aspectos éticos da publicidade e, indiretamente, do próprio mercado. Num plano mais elevado, busca-se,

¹⁰⁷ Para uma análise da evolução brasileira, anterior ao CDC, consulte-se Carlos Alberto Bittar, ob cit., pp. 101/116; um apanhado mais atualizado, até a Constituição Federal de 1988, pode ser encontrado em Maria Elizabete Vilaça Lopes, art. cit., pp. 162/164.

¹⁰⁸ Conforme anota Hondius, a maioria dos países da Europa ocidental tem agora legislação específica sobre publicidade enganosa. Ademais, a própria Comunidade Econômica Européia, através da Diretiva n. 84/450, regulou, de maneira ampla, mas ainda insuficiente, a matéria (Ewoud Hondius, palestra cit.). Nos Estados Unidos, de há muito a Federal Trade Commission, no plano federal, como decorrência do "Federal Trade Commission Act", e os diversos Estados, com base em legislação específica, controlam os abusos publicitários.

Assim também no Canadá, com o Competition Act, de uma maneira geral, e, em situações específicas, os Food and Drugs Act, Consumer Packaging and Labelling Act, Textile Labelling Act e Broadcasting Act. A publicidade passa, pois, a claramente integrar o ordenamento jurídico, já que o legislador — embora tardiamente — convenceu-se de sua importância, "que transcende os aspectos meramente econômicos da comunicação entre o fornecedor e o consumidor" (Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., p. 158).

¹⁰⁹ Françoise Lebeau, art. cit., p. 1017.

¹¹⁰ A Constituição Federal do Brasil, de 1988, por exemplo, determina que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5.º, inciso XXXII). E mais, entre os princípios que orientam a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, está a "defesa do consumidor" (art. 170, inciso V).

Especificamente no que se refere à publicidade, a Constituição determina que "Compete à lei federal: II — estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (art. 220, § 3.º). e finaliza: "A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso" (art. 220, § 4.º).

111. A expressão é de Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor... cit., p. 47.

com seu controle, a superação do *individualismo anárquico*¹¹¹ que caracterizou nossos ordenamentos jurídicos até bem recentemente.

6. Por que controlar a publicidade?

O controle da publicidade não é um tema pacífico. Ao seu redor gira, continuamente, o debate sobre liberdade individual x paternalismo e livre iniciativa x intervenção do Estado.

Diversos são os argumentos utilizados como base de justificação para o controle — especialmente o estatal — da publicidade.

Fala-se, inicialmente, num posicionamento radical, que a publicidade é um mal em si mesma, uma "força destrutiva"¹¹²; por isso, deve ser totalmente proibida ou profundamente limitada.

Diversos argumentos justificam a rejeição desta fórmula. Primeiro, porque é excessivamente geral e infantil, desconhecendo o fato de que a publicidade é um fenômeno de difícil eliminação na sociedade capitalista;¹¹³ segundo, porque significaria um golpe muito forte na sustentação financeira dos veículos de comunicação em massa¹¹⁴ Terceiro, porque, ao certo, outras formas de marketing viriam, de imediato, a substituir a publicidade. Quarto, porque, como um dos objetivos de uma tal política seria reprimir a atuação os oligopólios, ao se banir a publicidade estar-se-ia atacando o sintoma e não a causa¹¹⁵.

Afastada do âmbito deste estudo esta forma mais draconiana de análise, podemos encontrar teses que, em vez de pregar a proibição

¹¹¹ C. Edwin Baker, art. cit., p. 2107.

¹¹² C. Edwin Baker, art. cit., p. 2107.

¹¹³ Guido Alpa, ob. cit., p. 126.

¹¹⁴ O suporte econômico que a publicidade dá aos veículos de comunicação é uma faca de dois gumes. Afirma-se que os anunciantes são os mais consistentes e perniciosos "censores" dos meios de comunicação. Por isso mesmo, representariam sério risco para uma imprensa livre e democrática, já que às vezes, utilizando-se de seu poder econômico perante os vários veículos, bloqueiam o fluxo de informações indesejáveis. O problema de censura comercial é estrutural, sobrepondo-se aos conceitos éticos dos profissionais dos meios de comunicação. Muito pouco podem eles fazer para resistir às pressões de um anunciante poderoso (C. Edwin Baker, art. cit., pp. 2099, 2201 e 2241).

¹¹⁵ H. J. Wilton-Siegel, art. cit., p. 176.

total e geral da publicidade, contentam-se com sua limitação. Parte-se do pressuposto de que a publicidade, como fenômeno próprio da sociedade de consumo, "é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé."¹¹⁶

Goza de ampla aceitação a tese de que, exceto em certos setores bem delimitados, a questão deixa de ser a de supressão pura e simples da publicidade e passa a ser a de sua contenção¹¹⁷ ou controle dos seus abusos,¹¹⁸ fazendo-a cumprir sua função social. Controla-se, então, a publicidade, porque se controla a empresa.

Quatro são os fundamentos principais apontados para o regramento do fenômeno publicitário. Não se excluem entre si, refletindo, ao revés, enfoques distintos de uma mesma preocupação. Controla-se a publicidade com o intuito de: a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos (*modelo concorrencial*); b) garantir um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços (*modelo informativo*); c) evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão (*modelo da manipulação de preferências*); e, d) limitar seu potencial de modificação de padrões culturais (*modelo cultural*).

6.1 O modelo concorrencial

Uma primeira e tradicional justificativa para o controle dos desvios da publicidade é vê-los como comportamento nefasto à concorrência, na medida em que o mau anunciante, pela utilização de argumentos enganosos, adquiriria, indevidamente, uma posição de vantagem. É o *modelo concorrencial*.

¹¹⁶ Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 139.

¹¹⁷ Guido Alpa, ob. cit., p. 126.

¹¹⁸ Alberto do Amaral Júnior, ob. cit., p. 232. "Está fora de questão, numa economia de mercado, a interdição da publicidade: a concorrência supõe, necessariamente, o direito reconhecido a cada empresa de vender seus produtos" (Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 86).

A publicidade é acusada ora de criar, ora de manter um mercado oligopolizado. Há estudos econômicos sérios que demonstram que a publicidade favorece a manutenção de estruturas de oligopólios, ao dificultar a entrada de novos concorrentes no mercado¹¹⁹.

Por este prisma concorrencial, o controle da publicidade é justificado, preponderantemente, pela proteção da integridade da *relação horizontal* entre os diversos fornecedores. Em linguagem econômica, seria ineficiente aceitar uma situação em que os fornecedores sejam incentivados a prestar informações incorretas sobre seus bens de consumo, pois tal desviaria os consumidores dos produtos e serviços superiores, destruindo a confiabilidade no mercado e induzindo os empresários a alocar recursos para dar maior efetividade à enganiosidade, em vez de aplicá-los no desenvolvimento de melhores produtos e serviços¹²⁰.

Não chega a ser novidade a tese de que os desvios da publicidade afetam não apenas o bem estar do consumidor, mas agridem, diretamente, o próprio mercado, atingindo a concorrência. Conseqüentemente, dois *fronts* de proteção são abertos pelas desconformidades publicitária: o do consumidor e o dos concorrentes do anunciante¹²¹. O equívoco deste modelo é priorizar, exageradamente, o *front* do concorrente, em detrimento do consumidor.

O modelo concorrencial merece reparos, porque é míope. Não vê, por inteiro, o universo dos prejudicados pelas imperfeições da publicidade, os dois aspectos — proteção do consumidor e proteção da concorrência — não se confundem, mas tampouco podemos ignorar a conexão funcional que os liga¹²², mais ainda quando se sabe que as normas

¹¹⁹ H. J. Wilton-Siegel, art. cit., p. 176; no mesmo sentido, Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 174.

¹²⁰ Vaughan Black, art. cit., p. 509.

¹²¹ G. Tedeschi, Advertising and contract, in Israel Law Review, vol. 16, october 1981, p. 406; Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p. 275; Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 87.

¹²² Miguel Pasquau Liano, ob. cit., p. 142.

de tutela da concorrência são, reflexa ou indiretamente, regras de proteção do consumidor.

De outra parte, a coibição dos abusos publicitários não é uma atividade exclusiva de proteção do consumidor — reconhecidamente a parte vulnerável na relação de consumo. Apresenta-se, também, como procedimento que vem em favor dos próprios fornecedores¹²³. Mas daí a se dizer que o dado concorrencial seja o único, o principal ou o melhor parâmetro para coibir os abusos publicitários vai uma grande distância. Certas desconformidades da publicidade não afetam, diretamente, a concorrência (publicidade abusiva, p. ex.) e, no entanto, são coibidas pelo Direito.

O modelo concorrencial, visto desta forma estreita e míope, está hoje completamente superado¹²⁴. Não que não mais se proteja o concorrente contra a publicidade *contra legem*. Apenas que, ao seu lado, foi desenvolvido todo um sistema de proteção do consumidor. "Já não se cuida mais — escreve Fábio Konder Comparato —, aqui, do interesse dos empresários, eventualmente lesados por manobras ditas de concorrência

¹²³ Um exemplo claro neste sentido é o dom Canadá, onde o primeiro ímpeto no sentido da promulgação de legislação de controle da publicidade enganosa surgiu em 1960 por pressão dos próprios fornecedores. Preocupava que as comparações enganosas de preços, além de darem aos seus anunciantes uma posição de concorrência desleal, afetavam e corroíam, perante os consumidores, a credibilidade de promoções verdadeiras. Em consequência, um dispositivo proibindo tais práticas foi acrescentado ao Combines Investigation Act, hoje conhecido por Competition Act (Consumer and Corporate Affairs Canada, Misleading Advertising Guidelines, Special Edition 1991, Misleading Advertising Bulletin, p. 2).

¹²⁴ Não custa lembrar que através da vertente da concorrência desleal surgiram os primeiros instrumentos de controle dos abusos da publicidade. O dado da proteção do consumidor, como fundamento para o regramento publicitário, aparece, em muitos países, bem posteriormente (Vincenzo Franceschelli, art. cit., p. 273). No mesmo sentido, Hondius afirma que "na parte inicial deste século, a publicidade era ainda vista como algo que interessava basicamente à concorrência entre várias empresas. Apenas em anos mais recentes, admitiu-se que a publicidade poderia também ser prejudicial aos consumidores e que eles ou suas organizações poderiam ter um direito de ação" (Ewoud Hondius, palestra cit.). A proteção do consumidor, em tal situação, seria apenas indireta, pois a concorrência desleal fundava-se na proteção de "puros interesses da classe comerciante" (Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 84). Fica claro que o interesse do consumidor, em termos de elaboração legislativa, é sub-representado. Afinal, os argumentos em favor da proteção do consumidor na publicidade são tantos quantos aqueles que justificam a tutela do concorrente. Todos os disponíveis neste caso também se aplicam ao outro. Já a recíproca não é verdadeira, pois na proteção do consumidor nos deparamos com aspectos que lhes são peculiares e exclusivos (a vulnerabilidade, p. ex.). Mas em termos de pura formulação legislativa, a voz dos concorrentes afetados, porque mais forte, foi ouvida muito antes da dos consumidores, igualmente atingidos pelos abusos da publicidade. Para estes ficava a teoria do *dolus bonus*, que tantas injustiças propiciou.

desleal, e sim da sistemática de anúncios públicos ou da apresentação de produtos ou mercadorias, no interesse do consumidor"¹²⁵.

6.2 O modelo informativo

De outra parte, defende-se que qualquer controle da publicidade visa — exclusiva ou preponderantemente — assegurar a informação do consumidor¹²⁶. É o chamado *modelo informativo*¹²⁷, que, ao reconhecer estar o fornecedor em melhor posição para bem informar o consumidor¹²⁸, pressupõe que a publicidade é, ou deve ser, um instrumento de informação¹²⁹.

Cabe notar que os diversos sistemas jurídicos não exigem uma publicidade, necessária e exclusivamente, informativa¹³⁰. Ou seja, os

¹²⁵ Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor... cit., p. 41.

¹²⁶ Isso porque "O grande princípio da autonomia da vontade não pode prevalecer se o consumidor não dispõe de informação necessária para fazer sua escolha". E mais: "É para responder a tal necessidade particular de proteção que surgem as exigências relativas à informação pré-contratual dos consumidores", que se manifestam ora pela interdição de enganar, ora pelo dever de dar um conteúdo informativo mínimo à publicidade (Françoise Lebeau, art. cit., p. 1018). Saliente-se, contudo, que a informação não é um fim em si mesma (Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 136): é mero instrumento de proteção do consumidor. Pode ela ser prestada e, ainda assim, o consumidor não a captar ou captá-la de modo impróprio. Neste caso, o modelo informativo, encarado sem esta perspectiva instrumental, se mostra inadequado, incompleto ou ineficaz. É o que sucede com a rotulagem tradicional em relação aos analfabetos. Em outros casos, a informação adequada pode não satisfazer o legislador que, por razões de ordem pública, mesmo contrariando a vontade individual do consumidor, o impede de adquirir ou utilizar o produto ou serviço (produtos defeituosos, p. ex.). Neste ponto, em respeito às considerações econômicas, sociais e até éticas, o interesse da coletividade de consumidores se sobrepõe ao interesse de consumidor isolado (Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 137). Identifica-se, aqui, claramente, um nível mínimo, um piso, de proteção do consumidor, não sendo lícito ao indivíduo que queira assumir riscos, alterá-lo ou afastá-lo, mesmo que devidamente informado (Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 139).

¹²⁷ Ou, em sentido mais amplo, modelo da transparência, querendo indicar "não só a difusão da informação mas também a eficiência da mensagem informativa" (Alcides Tomasetti Jr., O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Re vista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 58).

¹²⁸ Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 33; trata-se de inversão do princípio do caveat emptor, decorrência da alteração dos métodos de relacionamento no mercado entre consumidores e fornecedores, especialmente pela variedade e complexidade técnica dos produtos e serviços disponíveis (cf. Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 157). A regra, na sociedade de consumo, é caveat venditor— seller beware (n. Craig Smith, Etliics and lhe marketing manager... cit., p. 24).

¹²⁹ No sentido de que a publicidade é uma das modalidades de informação sobre os bens de consumo à disposição do fornecedor, veja-se Vera M. Jacob de Fradera, A interpretação... cit., p. 182. O modelo informativo justifica, sem grandes problemas, o combate à enganiosidade, as exigências de rotulagem adequada, as normas de pesos e medidas, as garantias, os institutos clássicos do dolo, erro e vícios redibitórios, a responsabilidade civil por infração ao dever de informar, etc. Mas não serve para fundamentar o controle da publicidade abusiva.

¹³⁰ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 156. Exceção são as informações obrigatórias na publicidade de certos produtos e serviços — como riscos — e, também, alguns dados essenciais, cuja ausência pode caracterizar a publicidade enganosa por omissão. No caso brasileiro, o CDC, como regra, não determina, aprioristicamente, conteúdo mínimo para a publicidade, embora o faça para a oferta não-publicitária (art. 31). De qualquer modo, deixar de

ordenamentos não proíbem a chamada "publicidade de estilo de vida". Mas o controle de uma e de outra modalidade é de mister, como decorrência do *direito de informação*¹³¹ — veraz e não abusiva — assegurado ao consumidor.

Ensejando a comparação de preço, qualidade e outros atributos de produtos e serviços, a informação é um fator importante no desenvolvimento da concorrência¹³² e que, no Direito do Consumidor, aparece como elemento indispensável em qualquer programa de proteção do consumidor¹³³. É vista, de uma maneira geral, como pressuposto para um consentimento adequado, ampliando a racionalidade¹³⁴ e a liberdade de escolha do consumidor¹³⁵; contribui, portanto, para a boa *performance* do mercado de consumo¹³⁶.

O modelo informativo, apesar de ser tido como "conservador" ou "tímido" por alguns, é, inegavelmente, o mais "atraente" para aqueles que não querem questionar a publicidade em profundidade. Hoje, é o modelo "dominante"¹³⁷. Seu objetivo maior é a *informação plena*¹³⁸. E esta,

informar sobre "dado essencial" do produto ou serviço caracteriza publicidade enganosa por omissão (art. 37, § 3.º). Tratamento distinto tem a publicidade de produtos ou serviços "potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança" (art. 9.º). Aqui o dever de informar sobre os riscos, fixado a priori, é, por razões óbvias, condição *sine qua non* para o exercício da atividade publicitária.

¹³¹ Miguel Pasquau Liano, *ob. cit.*, p. 143. Veja-se que o CDC brasileiro assegura aos consumidores, entre outros direitos básicos, "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6.º, inciso III).

¹³² Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, p. 33.

¹³³ Thierry Bourgoignie, *ob. cit.*, p. 134; no mesmo sentido, Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, p. 33.

¹³⁴ Thierry Bourgoignie, *ob. cit.*, p. 134; no mesmo sentido, Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, p. 33.

¹³⁵ Nicole L'Heureux, *ob. cit.*, p. 156.

¹³⁶ Thierry Bourgoignie, *ob. cit.*, p. 66.

¹³⁷ Iain Ramsay, *Advertising, taste construction... cit.*, pp. 578, 579 e 584.

¹³⁸ É a "full disclosure", noção que não é uniformemente compreendida. Mas não basta ser completa ou exaustiva (com elementos positivos e negativos dos produtos e serviços — os riscos, p. ex.). Há, ainda, que ser dotada de pluralidade de fontes, como antídoto a unilateralidade que a caracteriza. É um papel a ser cumprido pelas Associações de Consumidores e pelo próprio Estado, através de testes comparativos, centros de informação, rotulagem obrigatória, etc, propiciando ao consumidor informação neutra e independente (Thierry Bourgoignie, *ob. cit.*, p. 135).

necessariamente, exige esforço diferenciado, conforme seus destinatários¹³⁹.

Embora o movimento consumerista — com toda a ênfase que trouxe para a questão da informação do consumidor — seja recente¹⁴⁰, já de há muito existia a preocupação com a informação adequada sobre produtos e serviços¹⁴¹.

Há três formas principais de informação do consumidor no mercado: o contrato, a rotulagem e a publicidade¹⁴². O legislador moderno vem reconhecendo que não basta obrigar o fornecedor a informar o consumidor no momento contratual. Quando assina o contrato, muitas vezes o consumidor já teve seu convencimento moldado por inteiro pela publicidade. Assim, a informação contratual corre o risco de chegar tarde demais¹⁴³, ou, então, não ser captada.

A publicidade é um dos mais idôneos¹⁴⁴ e importantes veículos de informação do consumidor¹⁴⁵, mesmo quando nada aparentemente diz. Tanto assim que, para certos autores — e especialmente para os próprios fornecedores e seus defensores¹⁴⁶ —, o objetivo de informação é que dá

¹³⁹ A informação, conforme o tipo de consumidor a que é dirigida, tem impactos diferenciados. Em relação ao AI (ávido por informação), a ordem de prioridade política é: a) informação, b) educação e c) proteção; para os CM (consumidor-médio, se é que podemos assim falar), temos a) educação, b) informação e c) proteção; finalmente, para o CH (consumidor hipossuficiente) a escala é a) educação, b) proteção e c) informação (H. Thorelli e S. Thorelli, apud Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 139). Não imaginemos, todavia, que a educação do consumidor resolverá seus problemas de uma vez por todas. "Um século de educação universal não eliminou a questão da ignorância do consumidor e, certamente, não ensinou as pessoas a sempre perseguirem seus interesses a longo prazo em prejuízo de ganhos a curto prazo (P. S. Atiyah, ob. cit., p. 624).

¹⁴⁰ Conforme já visto, o termo "consumerismo", significando movimento organizado de consumidores, foi cunhado somente por volta dos anos 60.

¹⁴¹ Frederick D. Sturdivant e Heide VernonWortzel, ob. cit., p. 281.

¹⁴² Gustavo Ghidini, art. cit., p. 316.

¹⁴³ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 155.

¹⁴⁴ Cf. Atilio Anibal Alterini, art. cit., p. 3.

¹⁴⁵ A afirmação tem implicações mais amplas no terceiro mundo, onde outras fontes de informação do consumidor — como rotulagem, testes comparativos, publicações e campanhas de órgãos oficiais especializados —, largamente utilizadas em países mais desenvolvidos, são praticamente desconhecidas ou ineficientes, especialmente em relação ao grande universo dos analfabetos. Em países como os da América Latina, a publicidade, em muitas circunstâncias, não é um dos veículos de informação do consumidor, mas o único disponível ou eficiente. Isso, indubitavelmente, aumenta, ou deveria aumentar, as responsabilidades éticas e jurídicas dos profissionais da área. Contraditoriamente, é nesses países mais pobres que o fenômeno publicitário mais descontroladamente se manifesta.

¹⁴⁶ Jacques Ghestin e Bernard Desché, *La Vente...* cit., p. 283.

legitimidade à publicidade. Em sentido contrário se assevera que, por trás dela, existe tão-somente o objetivo de promoção da venda¹⁴⁷ e que, por isso mesmo, a informação objetiva raramente poderá ser por ela fornecida, em razão de seus distintos objetivos¹⁴⁸.

O modelo informativo seria uma resposta a certas falhas do mercado ("market failures", na forma de imperfeições informativas) no plano da informação do consumidor, objetivando, ao final, a melhoria das relações de concorrência no próprio mercado. Simplesmente se reconhece, em síntese, que este, por si só, não responde, adequadamente, às necessidades de informação dos consumidores¹⁴⁹.

Seus benefícios teóricos para os doutrinadores e para o aparelho de Estado são vários, destacando-se uma certa "alienação ideológica"; realmente, o modelo informativo tem seus objetivos e resultados legitimados sob bases não-ideológicas, na medida em que a intervenção estatal não significa um desafio ao sistema de mercado — quer somente lhe dar mais eficiência —, não distinguindo, ademais, seus beneficiários, pois tanto consumidores, como fornecedores, são por ela protegidos¹⁵⁰.

6.3 O modelo da manipulação de preferências

Além dos fundamentos concorrencial e informativo, não é de hoje que os economistas reconhecem poder a publicidade não só melhorar a concorrência no mercado e prover informação, como também transformar gostos através da "diferenciação artificial" de produtos e serviços; é a base do *modelo da manipulação de preferências*.

¹⁴⁷ Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, art. cit., p. 303.

¹⁴⁸ Nicole L'Heureux, ob. cit., p. 155.

¹⁴⁹ Thierry Bourgoignie, ob. cit., p. 67.

¹⁵⁰ Iain Ramsay, Advertising, taste construction... cit., p. 580; no mesmo sentido, Iain Ramsay, O controle da publicidade em um mundo pós-moderno, tradução de Míriam de Almeida Souza, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, p. 28.

Com o desenvolvimento da sociedade de consumo, principalmente a partir dos anos 20, a publicidade passa, então, por uma profunda alteração: deixa de cumprir um papel preponderantemente informativo e se transforma em instrumento de persuasão, orientando o consumo, estimulando as necessidades e ampliando a demanda¹⁵¹. A "revolução da informação", em sede publicitária, significou, paradoxalmente, o abandono da informação, em favor da persuasão. É a era da publicidade plena de sugestão e escassa de informação¹⁵².

Em todo o fenômeno publicitário, há uma luta surda — com lampejos de estridência eventual — entre sua tendência moderna à incitação e persuasão de um lado, e, do outro, a necessidade, reconhecida por economistas e formula-dores de políticas públicas, de utilizá-la como mecanismo de superação ou mitigação do *gap* informativo, otimizando o funcionamento do mercado¹⁵³.

A estrutura monopolizada dos mercados contemporâneos favorece tal faceta publicitária, incentivando enormemente a publicidade de imagem (ou institucional), fazendo com que crie desejos em vez de responder à necessidades de consumo ou mesmo simplesmente de informação.

Muitos produtos e serviços, na ausência de aspectos relevantes a distingui-los (preço, qualidade, garantia, p. ex.), passam a competir, com o auxílio da publicidade, sob bases puras de "diferenciação" de imagem¹⁵⁴.

Exigências de maior quantidade e qualidade de informação — na própria publicidade ou em embalagens, assim como também através de normalização — podem corrigir a manipulação de preferências, reduzindo a diferenciação artificial de produtos e serviços, na medida em que o

¹⁵¹ Alberto do Amaral Júnior, ob. cit., p. 232.

¹⁵² Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por Adhesión...* cit., p. 35.

¹⁵³ Sobre o conflito incitação x informação, cf. Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p. 273.

¹⁵⁴ Veja-se, no Brasil, o caso da briga das margarinas; nessa categoria se inclui, de certamaneira, 'a publicidade de estilos de vida ("life style advertising").

consumidor saberá quão "semelhantes" são eles, apesar de anunciados como se fossem absolutamente diferentes¹⁵⁵.

6.4 O modelo cultural

Finalmente, há uma corrente, mais moderna e crítica, que prefere ver na publicidade um instrumento de controle social — inserido no contexto da cultura de consumo —, daí se concluindo que uma eventual intervenção do Estado teria, igualmente, um forte componente cultural¹⁵⁶.
É o modelo cultural.

O que está em questão "não é o problema do impacto da publicidade e da mídia sobre indivíduos particulares ou grupos, mas qual o grau de sua efetividade na produção e reprodução de ideologias particulares na sociedade como um todo"¹⁵⁷. A publicidade não é uma mera "gestora" do dado cultural, mas o altera constantemente, modificando, assim, as próprias bases das relações sociais¹⁵⁸; constrói, substitui e fortalece estereótipos e matizes culturais.

Regula-se a publicidade porque se reconhece a sua dimensão cultural e estrutural, que leva o consumidor, inserido em um mercado dominado por uma indústria cultural, a ter dificuldades de pensar criticamente. Em uma tal perspectiva, é de mister reconhecer que os

¹⁵⁵ H. J. Wilton-Siegel, art. cit., p. 178.

¹⁵⁶ Como "método de controle social" (Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por Adhesión...* cit., p. 38).

¹⁵⁷ Iain Ramsay, *Advertising, taste construction...* cit., p. 592. No Brasil, os juristas concordam com a imagem — e realidade — de poder extraordinário do fenômeno publicitário para transformar comportamentos, códigos e padrões sociais: "A publicidade é um instrumento privilegiado de formação de comportamentos. Através dela, é possível criar, reforçar, transformar ou extinguir os valores e concepções dominantes na sociedade. Aliás, ela objetiva precisamente levar o destinatário da mensagem a uma mudança comportamental de que resulte pelo menos a simpatia para com o produto ou serviço promovido" (Fábio Ulhoa Coelho, *ob. cit.*, p. 161).

Em sentido diverso, Caio A. Domingues assevera que "A publicidade é um fenômeno cultural derivado: ela não inventa, não inova, não revoluciona. E somente lida com aquilo que já é aceito socialmente. É, portanto, completamente fantasiosa a noção de que a publicidade é perigosa porque conduz a sociedade, quando, na realidade, é a sociedade que conduz a publicidade — na linguagem, na visão do mundo, nas atitudes existenciais" (*Publicidade enganosa...* cit., p. 194, grifo no original).

¹⁵⁸ Como muito bem nota Fábio Ulhoa Coelho, "A publicidade não apenas motiva a venda de um determinado bem ou serviço, mas exerce decisiva influência sobre os comportamentos das pessoas, alterando ou reforçando valores e idéias" (Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, coordenação de Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 158).

consumidores não são intimamente "idiotas" ou "tolos"¹⁵⁹. A publicidade é que favorece, quando não busca, tal tipo de comportamento, uma certa "confiança" diferenciada, culturalmente produzida ou imposta.

O Estado, por se orientar pelo mais palatável e fácil modelo informativo, centra suas atenções nos aspectos econômicos e não na dimensão cultural da publicidade; só com muita dificuldade — e esforço — vai além de um controle de enganabilidade e de informação.

Diante de uma manifesta indiferença do Estado para com os aspectos culturais da publicidade e a ausência, no modelo cultural, do consenso social que envolve e legitima os modelos concorrencial e informativo (bases do controle de enganabilidade), não é difícil compreender as dificuldades de regulamentação da abusividade publicitária¹⁶⁰.

7. Formas e limites do controle da publicidade

Não nos basta justificar o controle da publicidade. Temos, num segundo passo, que escolher as formas para seu regramento.

Por outro lado, todo regramento tem limites. É disso que cuidaremos em seguida.

7.1 Como se controla a publicidade

A publicidade pode ser controlada de diversas maneiras.

Uma primeira opção — radical e ultrapassada — é simplesmente não controlá-la de forma alguma, deixando que cada profissional envolvido, num compromisso de fórum íntimo, se ajuste a padrões publicitários socialmente aceitos. É via, como veremos, em franco

¹⁵⁹ Iain Ramsay, *Advertising, taste construction...* cit, p. 613.

¹⁶⁰ Isso porque é no modelo cultural — assim como no da manipulação das preferências — mais do que nos modelos concorrencial e informativo, que podemos localizar a sustentação do controle da publicidade abusiva, aquela que, dentre outros aspectos, é discriminatória de qualquer natureza, incita a violência, explora o medo ou a superstição, se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (CDC, art. 37, § 2.º). Sobre tal modelo, cf. Iain Ramsay, *O controle da publicidade...* cit., p. 29.

processo de extinção. Só nos países menos desenvolvidos no mundo a publicidade ainda é deixada ao "Deus dará" do mercado.

Uma segunda opção é controlar a publicidade. A dúvida aqui é como fazê-lo. Três modelos básicos podem ser imaginados: a) o modelo auto-regulamentar; b) o modelo estatal; e c) o modelo misto¹⁶¹.

7.1.1 O modelo auto-regulamentar puro

Pelo modelo auto-regulamentar puro¹⁶², surgido em resposta às críticas do consumerismo e à ameaça de regulamentação estatal¹⁶³, só o próprio setor publicitário, através de códigos de ética — "règles de bonne conduite" — e de órgão próprios (privados), está capacitado e legitimado para controlar os abusos da publicidade. É *controle interno*.

No mundo inteiro, os profissionais de *marketing* têm tentado — sem êxito — dissuadir o legislador de introduzir no ordenamento

¹⁶¹ Veja-se, também, Walter Ceneviva, ob. cit., p. 97.

¹⁶² Sobre o sistema auto-regulamentar, consulte-se Mário Frota, Auto-Regulamentação: Vantagens e Desvantagens, in Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, vol. 4, número especial — 1992, O controle da publicidade, pp. 42-51; Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia Campos, O direito estatutário do CONAR, in Revista de Direito Civil, vol. 38, pp. 103-157; Robert Haas, L'Autodiscipline assurée par les organismes disciplinaires: le B. V. P. (Bureau de Vérification de la Publicité), in Montpellier 1976, Travaux de la Faculte de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier, L'Avenir de la Publicite et le Droit, Montpellier, Librairies Techniques, 1977, pp. 177-187; Laurent Templier, L'Autodiscipline envisagée, in UAvenir de la Publicite... cit., pp. 206-212; Jean de Lanauze, L'Autodiscipline assurée par les textes disciplinaires, in UAvenir de la Publicite... cit., pp. 167-173; L. W. Darvall, Self-regulation of advertising and the consumer interest, in Australian Business Law Review, october 1980, pp. 309-320; Michael Blakeney, Advertising self-regulation under scrutiny in Austrália, in Journal of Consumer Policy, vol. 9, n. 2, June 1986, pp. 181-190; J. J. Boddewyn, Belgian advertising self-regulation and consumer organizations: interaction and conflict in the context of the Jury d'Ehtique Publicitaire (JEP), in Journal of Consumer Policy, vol. 6, n. 3, 1983, pp. 303-323; José António Gómez Segade, Sistemas de autorregulación publicitaria, in Revista del Derecho Industrial, afio 6, mayo — agosto 1984, n. 17, p. 311-352; Ulf Bernitz, Guidelines issued by the Consumer Board: the Swedish Experience, in Journal of Consumer Policy, vol. 7, n. 2, 1984, pp. 161-165;

¹⁶³ Iain Ramsay, O controle da publicidade... cit., p. 35; no mesmo sentido de que o esforço auto-regulamentar, como forma renova da do corporativismo, se explica pela vontade dos profissionais de evitar o controle estatal sobre suas atividades, cf. Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p. 134, para quem não é "mera coincidência" o surgimento dos Códigos Auto-Regulamentares paralelamente ao desenvolvimento do consumerismo. Em larga medida, a autodisciplina nada mais é que uma resposta dos profissionais às críticas dos consumidores e dos seus representantes (p. 135). Demais, a auto-regulamentação tem um forte conteúdo de "legítima defesa", de proteção do próprio negócio. O sistema da livre iniciativa, como já fizemos referência, sofre com a ausência de padrões éticos no mercado. Um sentimento de desconfiança do consumidor em relação à publicidade, por exemplo, enfraquece, sem dúvida, a própria atividade publicitária, impedindo o cumprimento de sua função (Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 86; também N. Craig Smith, Ethics and the marketing manager....cit., p. 5).

dispositivos legais de controle de sua atividade¹⁶⁴. Aliás, se afirma, em boa doutrina, que se os empresários estiverem seguros da inexistência de controle legal da publicidade, o aperfeiçoamento e aplicação adequada do sistema de auto-controle podem perder ímpeto¹⁶⁵.

O argumento é sempre o de que só eles "são capazes de impor sobre si mesmos disciplina interna, recusando, eles próprios, todas as formas de publicidade não ética. Mas tais tentativas, em muitos países, têm, de há muito, falhado quanto à sua efetividade"¹⁶⁶. Não deixa de ser um *approach* neo-corporativo, herdeiro moderno do corporativismo, tão largamente utilizados no *Ancién Regime*¹⁶⁷.

A auto-regulamentação, apesar de ainda hoje ter um importante papel¹⁶⁸, como mecanismo de controle isolado é vista com desconfiança pela grande maioria dos juristas¹⁶⁹, pura "garantia bem ilusória"¹⁷⁰ ou relações públicas¹⁷¹ dirigidas ao consumidor.

De outra parte, segundo a opinião dominante, a auto-regulamentação "não constitui, em si mesma, um meio adequado de proteção do consumidor, embora possa ser uma extensão independente útil do sistema legal estatal"¹⁷².

¹⁶⁴ A Diretiva da CEE n. 84/450, expressamente, rejeita um modelo exclusivamente auto-regulamentar ("Artigo 5." — Esta Diretiva não exclui o controle voluntário da publicidade enganosa por organismos auto-regulamentares...se os procedimentos perante tais organismos forem em adição aos procedimentos judiciais ou administrativos" estabelecidos pelo art. 4.º (grifo nosso).

¹⁶⁵ Iain Ramsay, O controle da publicidade... cit., p. 35.

¹⁶⁶ G. Tedeschi, art. cit., p. 407.

¹⁶⁷ Mário Frota, Auto-Regulamentação: Vantagens... cit., p. 43.

¹⁶⁸ Ewoud Hondius, palestra cit.

¹⁶⁹ Não constituindo suas normas, procedimentos e sanções "instrumentos adequados de controle da atividade de advertising (Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, art. cit., p. 306).

¹⁷⁰ Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p. 134.

¹⁷¹ N. Craig Smith, Ethics and the marketing manager... cit., p. 29.

¹⁷² Gustavo Ghidini, art. cit., p. 323, grifo no original. No Brasil, "por mais saneadora que tenha sido a ação do CONAR — associação civil formada pelos agentes do mercado publicitário para a preservação das normas éticas do setor — inúmeras mensagens incompatíveis com os citados valores povoaram televisões, revistas, rádios, jornais e outros veículos de comunicação, a exigir a criação de regime jurídico-estatal de controle da publicidade" (Carlos Alberto Bittar, O controle da publicidade ... cit., p. 128).

O sistema auto-regulamentar apresenta vantagens e desvantagens¹⁷³. Entre as vantagens apontadas está sua rapidez, gratuidade para o consumidor e grande peso moral de suas decisões sobre os regulados. Além disso, pode-se vislumbrar em tais Códigos Auto-Regulamentares verdadeiro conteúdo contratual, obrigando todos aqueles que, voluntariamente, a ele aderiram.

Ora, isso permitiria, pelo menos em tese, que aqueles associados que se sentirem prejudicados por condutas desconformes com as normas autodispostas, possam, sob um fundamento de responsabilidade civil contratual, buscar tutela judicial.

Além disso, aos consumidores e seus representantes, diante do patente caráter de estipulação em favor de terceiro destes regramentos¹⁷⁴, é lícito pleitear judicialmente medidas contra as condutas desconformes, sejam de prevenção, sejam de reparação. Tais normas privadas, de feição fortemente contratual, são, naquilo que superarem a normativa estatal, aplicáveis em favor do consumidor, que, como se disse, é o favorecido — ao lado do concorrente — dessa estipulação em favor de terceiro.

Vem ela criticada, entre outros pontos, porque suas "normas" (Códigos de Auto-Regulamentação) são dotadas de eficácia limitada, não tendo caráter legal; suas sanções são privadas¹⁷⁵, constatando-se uma certa "ausência de coerção"¹⁷⁶; a participação de sujeitos estranhos à indústria — mais ainda de associações de consumidores — é, normalmente, minoritária (quando existente); e suas decisões só vinculam seus membros¹⁷⁷, ou seja, as empresas filiadas ao organismo autoregulamentar.

¹⁷³ Veja-se Mário Frota, *Auto-Regulamentação: Vantagens ... cit.*, pp. 45-47.

¹⁷⁴ Gérard Cas e Didier Ferrier, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁷⁵ Não são "verdadeiras sanções disciplinares" (Gérard Cas e Didier Ferrier, *ob. cit.*, p. 134).

¹⁷⁶ Carlos Alberto Bittar, *O controle da publicidade ... cit.*, p. 128; não tem verdadeiro poder coercitivo (Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, p.

87). Ou, se quiserem, são normas "cuja transgressão não acarreta sanções de natureza jurídica" (Carlos Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, p. 86); tais organismos exercem apenas uma autoridade moral (Gérard Cas e Didier Ferrier, *ob. cit.*, p. 134).

¹⁷⁷ Gérard Cas e Didier Ferrier, *ob. cit.*, p. 134.

Mesmo quanto a estas últimas, carece o sistema auto-regulamentar de poder coercitivo real sobre seus associados¹⁷⁸. Finalmente, é expressão de uma preocupação — ética, é verdade — comercial, dirigida a uma área de grande interesse e repercussão social, seara própria da lei e não da exclusiva intervenção privada setorizada¹⁷⁹.

7.1.2 O modelo estatal puro

O modelo estatal, também puro, pressupõe que só o Estado consegue e deve por termo aos abusos da publicidade. É *controle externo*.

Há fortes argumentos em favor de uma participação do Estado no controle da publicidade: sua perícia técnica (através de órgãos especializados), sua capacidade de observar, analítica e continuamente, o mercado, sua ampla gama de poderes e instrumentos, inclusive de coação¹⁸⁰.

De outra parte, um modelo exclusivamente estatal contaria com aspectos negativos, como a lentidão e o formalismo da atuação oficial, as dificuldades de acompanhamento e ajustamento às rápidas alterações do mercado, a possibilidade de "captura" pelos regulados, etc.

7.1.3 O modelo misto

Finalmente, através do modelo misto — *controle interno e externo* — convivem, no mesmo espaço, um sistema auto-regulamentar e um outro legislativo (estatal)¹⁸¹. É o caminho-do-meio¹⁸² e o modelo

¹⁷⁸ Cf., por igual, Alberto do Amaral Júnior, ob. cit., p. 233.

¹⁷⁹ Gustavo Ghidini, art. cit., p. 323. Seria, segundo outros, "em linha de princípio, inaceitável", pois delega à "mano privada" funções cujas iniciativa, exercício e responsabilidade são dever do Estado, não podendo, em nenhuma medida, serem delegadas (Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, art. cit., p. 308).

¹⁸⁰ Iain Ramsay, O controle da publicidade... cit., p. 32.

¹⁸¹ Um sistema estatal eficiente de controle dos abusos publicitários pode levar ao desaparecimento da via auto-regulamentar. Para uma interessante discussão sobre a situação na Suécia, onde, em 1970, o influente Conselho de Práticas Comerciais (Näringslivets Opinions nämnd) — que na década de 60 tinha o quase monopólio da coibição das desconformidades da publicidade — foi desativado, cf. J. J. Boddewyn, The Swedish Consumer Ombudsman system and advertising self-regulation, in The Journal of Consumer Affairs, volume 19, n. 1.º summer 1985, pp. 140/162. Segundo aponta Ulf Bernitz, o maior especialista em Direito do Consumidor da Suécia, "a razão principal por trás da mudança de sistema foi o desejo de propiciar maior proteção do consumidor. O sistema

ideal¹⁸³. "A regulamentação da publicidade ilustra a forma moderna do direito, em que o direito público e o privado se confundem"¹⁸⁴.

Parte-se do pressuposto que a auto-regulamentação não exerce sobre os seus regulados uma autoridade suficiente ao ponto de tornar desnecessária a intervenção estatal¹⁸⁵, e que esta, ao ser aplicada isoladamente, apresenta igualmente riscos para o consumidor.

É a idéia de que um controle efetivo da publicidade passa por uma mistura de a) responsabilidade empresarial, individual e coletiva, b) um sistema auto-regulamentar, e c) controle pelo Estado. O certo é que, inegavelmente "a regulamentação estatal e a auto-regulamentação são parceiros naturais na melhoria dos padrões de comportamento empresarial"¹⁸⁶. Neste sentido, a auto-regulamentação passa a ser um instrumento a mais, não afastando — porque compatível com ela¹⁸⁷ — a regulamentação estatal¹⁸⁸.

No modelo misto, a proteção do consumidor contra os abusos publicitários pode ser repressiva¹⁸⁹, reparatória¹⁹⁰ ou preventiva.

anterior de auto-regulamentação era considerado demasiadamente "flexível" ('soft'). Acima de tudo, faltavam-lhe as sanções necessárias para imposição contra empresas que, deliberadamente, violavam suas regras" (Guidelines... cit., p. 161). A extinção do Conselho, entretanto, não significa que a presença empresarial no controle dos abusos publicitários tenha desaparecido por inteiro; apenas ganhou novas formas. Cabe ressaltar, ainda, em sentido oposto ao "desaparecimento" sueco, que, mesmo em países bem desenvolvidos, a auto-regulamentação tem recebido, por vezes, novos impulsos. Um bom exemplo é o holandês, onde o controle da publicidade em rádio e televisão foi, recentemente, entregue a um ente privado ("Reclame Code Commissie") e não ao organismo oficial ("Reclameraad"). Cf. Ewoud Hondius, palestra cit.

¹⁸² Para alguns o modelo auto-regulamentar puro é que seria o "caminho-do-meio", só que tomando referenciais distintos: a ausência total de regulamentação e a delegação total da função de controle ao Estado. Aquele seria o "sistema utópico de liberdade total" e este, o do "total controle governamental" (cf. Apresentação do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, edição do CONAR, p. 1).

¹⁸³ No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior, art. cit., p. 66; Maria Elizabete Vilaça Lopes, art. cit., p. 153.

¹⁸⁴ Iain Ramsay, O controle da publicidade... cit., p. 31.

¹⁸⁵ Gérard Cas e Didier Ferrier, ob. cit., p.134.

¹⁸⁶ J. J. Boddewyn, art. cit., pp. 157 e 160. Ainda segundo Ulf Bernitz, "Dependendo das circunstâncias, a auto-regulamentação pode ser um método eficiente para o desenvolvimento de regras detalhadas e flexíveis adequadas às realidades de um certo tipo de indústria ou comércio. Porém, é importante que exista uma estrutura legal por trás, com recursos disponíveis para a punição estatal em última instância, como é o caso da Suécia" (Guidelines ... cit., p. 164).

¹⁸⁷ Nelson Nery Júnior, art. cit., p. 66.

¹⁸⁸ Mário Frota, Auto-Regulamentação: Vantagens ... cit., p. 49.

¹⁸⁹ Com grandes dificuldades, como funcionar apenas retrospectivamente e não permitir a analogia (Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, art. cit., p. 305).

Evidentemente, esta última é a forma ideal, implicando, para sua efetividade, agilidade do Estado, especialmente do Poder Judiciário, através de medidas cautelares.

7.2 Limites do controle

Como já mencionamos, a regulamentação da publicidade pressupõe certos limites, variáveis conforme o Direito positivo de cada país, levando sempre em conta o perfil constitucional da matéria.

Podemos identificar duas categorias de - limites, os *subjetivos* e os *objetivos*.

7.2.1 Limites subjetivos

Um primeiro tipo de limite relaciona-se com os sujeitos da relação publicitária.

A legislação especial, numa perspectiva inicial, seria aplicável contra qualquer tipo de anunciante, mesmo o meramente individual e não-profissional. Assim, para fins de tipificação legal — penal, administrativa e civil — o anúncio da Chevrolet e o do médico que busca vender seu carro usado seriam equivalentes, donde a utilização de um só referencial legal.

De outra parte, num modelo distinto, a publicidade só seria tratada de maneira diferenciada e mais rígida, através de normas de proteção do consumidor, quando o anunciante fosse, nos termos da legislação, considerado fornecedor, isto é, um profissional, e quando o destinatário não tivesse esta qualidade¹⁹¹.

¹⁹⁰ A questão da proteção do consumidor contra a publicidade não pode se exaurir na episódica "retribuição" (com uma soma em dinheiro) daqueles eventualmente lesados. Mais ainda, quando não perdemos de vista os percalços da via judicial reparatória e dos artifícios — como o *dolus bonus* — utilizados no Direito clássico para proteger a publicidade desconforme (Guido Alpa, Mário Bessone e Enzo Roppo, art. cit., p. 305).

¹⁹¹ Argumenta-se, em defesa da tese da exclusão das relações estritamente comerciais do regime especial, que as regras de mercado devem imperar nas operações entre empresas, na medida em que, pelo menos neste caso, uma certa dose de racionalidade dos sujeitos pode ser presumida, cabendo ao mercado a função útil de dar assistência ao hábil e eficiente, afastando o menos hábil e eficiente (cf. P. S. Atiyah, ob. cit., p. 624).

Além disso, agora assumindo que se está diante de relação publicitária regrada pelo Direito, ainda se deve decidir contra quem pode uma eventual ação ser exercida. Em princípio, os três atores principais do fenômeno publicitário — anunciante, agência e veículo — são responsáveis pelo anúncio *contra legem*.

Em linhas gerais, o anunciante é o responsável imediato, pois o anúncio, afinal, a ele aproveita diretamente. A agência, entretanto, também é responsabilizada, já que é a verdadeira criadora do anúncio. Finalmente, os veículos têm responsabilidade perante seus destinatários, e esta responsabilidade inclui, evidentemente, aquela decorrente de mensagem publicitária desconforme.

Uma ou outra solução depende, basicamente, do Direito positivo aplicável no país.

7.2.2 Limites materiais

Outro tipo de limite não diz respeito aos sujeitos do fenômeno publicitário, mas ao conteúdo mesmo do anúncio.

Neste sentido, certas legislações (como a brasileira) separam *publicidade* de *propaganda*, prevendo para uma e outra mecanismos e fontes de controle diferenciados.

Além disso, alguns sistemas podem optar por regerar, conjuntamente, a publicidade enganosa e a abusiva. Outros, podem preferir tratá-las separadamente¹⁹² ou, até, não tratar desta última¹⁹³.

Também é de limite material eventual escolha que o legislador faça entre cuidar, com um mesmo regime, da publicidade pelo prisma do consumidor e pela ótica da concorrência desleal¹⁹⁴.

¹⁹² Foi este o caminho adotado pela Diretiva da CEE n. 84/450.

¹⁹³ Isso não obstante a opinião majoritária, entre os especialistas em Direito do Consumidor, de que a publicidade abusiva também deve ser controlada pelo Estado (veja-se Ewoud Hondius, palestra cit.).

O legislador pode optar — onde a ordem constitucional assim o admitir — por uma proibição total da publicidade de certos produtos ou serviços ou, então, lhe impor meros limites.

Pode, ainda, vedar, por inteiro, não a atividade em si, mas a utilização de certos veículos (p. ex., a televisão e o rádio). Pode, igualmente, neste mesmo sentido, simplesmente limitar o uso de certos veículos (p. ex., o anúncio só é permitido, num dado veículo, a partir de determinado horário).

Em acréscimo, é possível que o controle se dirija ao conteúdo mesmo do anúncio, impondo certos comportamentos ou elementos mínimos (positivos) ou proibindo outros (negativos). Em outros casos, institui-se um sistema de autorização prévia ou registro para os anúncios.

Finalmente, alguns sistemas simplesmente não aceitam a publicidade comparativa, enquanto que outros preferem controlá-la como qualquer outro tipo de publicidade.

7.2.3 Aspectos constitucionais: a questão da liberdade de manifestação e expressão

A princípio, não há incompatibilidade entre o controle da publicidade — e até mesmo seu banimento em situações excepcionais¹⁹⁵— e as garantias constitucionais inerentes ao Estado Social Democrático¹⁹⁶. "O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura,

¹⁹⁴ O CDC, por exemplo, a nosso ver, por força do conceito de consumidor do art. 29, específico para as práticas comerciais, permite os dois tipos de interpretação; tudo como decorrência de uma redação que, pelo menos neste ponto, poderia ter sido mais clara.

¹⁹⁵ Como a publicidade dirigida à crianças, a de tabaco, a de bebidas alcoólicas, a de agrotóxicos e a de medicamentos.

¹⁹⁶ Há compatibilidade entre a liberdade jurídica e certos "diplomas legais destinados a regular o exercício da informação, transmitida por escrito ou pelos meios eletrônicos. Compatibilidade que vale, tanto para liberar, sem restrição, salvo a de estatura constitucional, o que o informador de rádio, da televisão, do jornal, da revista, queira transmitir, quanto para resguardar os atingidos contra excessos que os prejudiquem, em seus interesses econômicos ou morais, legitimamente defensáveis" (Walter Ceneviva, ob. cit., p. 39).

mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor"¹⁹⁷.

O mero controle da publicidade é modalidade, igualdade de proibição relativa, dizendo "ora com a forma, ora com o conteúdo"¹⁹⁸ do anúncio. Já o banimento, diversamente, é tipo de *proibição absoluta*.

Nos países civilizados, entre as garantias básicas conferidas ao cidadão — normalmente via norma constitucional — está a *liberdade de opinião*, como liberdade *primária*, ou seja, ponto de partida de outras tantas.

Decorrem da liberdade de opinião, como aspecto externo¹⁹⁹, a *liberdade de comunicação*²⁰⁰ (aí se incluindo a liberdade de manifestação do pensamento²⁰¹ e a liberdade de informação jornalística²⁰²) e a *liberdade de expressão intelectual, artística e científica*²⁰³. Com tais liberdades, protege-se, fundamentalmente, o discurso do indivíduo ou da coletividade, como manifestação de cidadania.

Dúvidas fundadas há sobre a inclusão, na liberdade de opinião, que é típica manifestação do discurso da cidadania, do discurso

¹⁹⁷ Nelson Nery Júnior, art. cit., p. 67.

¹⁹⁸ Walter Ceneviva, ob. cit., p. 98.

¹⁹⁹ Porque possibilita sua exteriorização.

²⁰⁰ Consistente "num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incs. IV, V, IX, XII e XIV do art. 5.º, combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 216).

²⁰¹ Dispõe a Constituição Federal de 1988, Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais): "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (art. 5.º, inciso IV). Acrescenta, agora no Capítulo V (Da Comunicação Social), do Título VIII (Da Ordem Social) que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (art. 220, caput).

²⁰² "Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV" (art. 220, § 1.º).

²⁰³ Ainda segundo a Constituição Federal, no seu Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou "licença" (art. 5.º, inc. IX).

comercial²⁰⁴, protegendo ambos em pé de igualdade. Em outras palavras, é incerta a conexão entre o discurso comercial — e, a partir daí, o discurso publicitário — e a garantia constitucional da liberdade de opinião²⁰⁵.

Há fortes argumentos no sentido de que a mensagem publicitária, per se, não pode ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento, pois, como já se viu, não é ela nem informação (muito menos jornalística)²⁰⁶, nem discurso exclusiva ou preponderantemente intelectual, artístico e científico. Ao contrário, eventual conteúdo intelectual, artístico ou científico que possa ter é instrumento e não fim; é meio pelo qual busca alcançar o único resultado que lhe interessa (e que justifica seus elevados investimentos), ou seja, escoar a produção, através da circulação de produtos ou serviços.

A atividade publicitária é um momento — nada mais que um momento — da atividade empresarial²⁰⁷, em nada se distinguindo desta, com ela dividindo, inclusive, seu objetivo econômico e de lucro, como pressuposto de existência e funcionamento. Ambas também repartem uma certa sujeição a controle eficiente pelo Estado, seja no intuito de proteger a concorrência, seja com o objetivo de assegurar ao consumidor tutela adequada, evitando, por exemplo, o estímulo ao consumo de produtos ou serviços que, embora com comercialização liberada, lhe tragam riscos exagerados.

²⁰⁴ Entendido como "uma opinião, como uma publicidade, que propõe uma transação comercial" (Anthony Lester e David Pannick, *Advertising and freedom of expression in Europe*, in *Public Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1985, p. 349).

²⁰⁵ George Eric Rosden e Peter Eric Rosden, *ob. cit.*, vol. 1., p. 5-2.

Reconhecendo a tese da garantia do discurso comercial, e alterando uma série de decisões no sentido de que "a constituição não impõe tal restrição ao Estado em relação à publicidade puramente comercial" (*Valentine v. Chrestensen*, 316 U. S. 52, 62 S. Ct. 920, 86 L. Ed. 1262, 1942), veja-se o acórdão pioneiro do Ministro Blackmun, no caso *Virgínia State Board of Pharmacy v. Virgínia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748, 7610765 (1976). No Brasil, Caio A. Domingues afirma que "já que é uma forma de comunicação, a publicidade se inscreve entre os direitos inalienáveis da liberdade de expressão" (*Publicidade enganosa... cit.*, p. 196).

²⁰⁶ Como notamos, de há muito abandonou a publicidade sua função informativa original. Mesmo quando informa, não age assim pela simples razão de informar, "mas informar com o fito de vender" (*Maria Elizabete Vilaça Lopes*, *art. cit.*, p. 152).

²⁰⁷ Guido Alpa, *ob. cit.*, p. 135.

Com isso não queremos dizer que não exista um *direito de publicidade*²⁰⁸, até garantido constitucionalmente, só que não no âmbito da liberdade de manifestação e expressão. No caso brasileiro, decorre ele da garantia da livre iniciativa²⁰⁹ e, por isso mesmo, é regido pelos limites a esta impostos, em particular a função social da propriedade²¹⁰, a livre concorrência²¹¹, a defesa do consumidor²¹² e a proteção do meio ambiente²¹³.

Reconhecer o direito de publicidade não implica elevá-lo ao mesmo patamar constitucional da garantia da liberdade de opinião conferida aos cidadãos e, no nosso modo de ver, só a eles, como pessoas físicas. Não significa, tampouco, com corolário, impedir a imposição de certos limites e até exclusões setORIZADAS a tal exercício, quando o interesse público assim o exigir²¹⁴. "Liberdade ilimitada — nota Walter Ceneviva — não é direito"²¹⁵.

O direito de publicidade existe porque, de certa maneira, é um reflexo do direito de propriedade, assegurado constitucionalmente. Mas, nos passos do próprio direito de propriedade e da livre iniciativa, subjuga-se, como já notamos, a uma função social e a certos princípios constitucionais, que são seus limites.

A base da existência de um direito de publicidade não reside, pois, nas garantias individuais do cidadão; é decorrência -do próprio regime estatuído para a ordem econômica, dele recebendo o mesmo

²⁰⁸ Fala-se, inclusive, em um certo "princípio da liberdade", que ainda é "apesar de todas as restrições legislativas, a regra nos países de economia de mercado, em correspondência com o princípio da liberdade do comércio e da indústria, para usar a fórmula francesa que expressa a base dos sistemas de tipo capitalista" (Calos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 80).

²⁰⁹ Constituição Federal, art. 170, caput.

²¹⁰ Constituição Federal, art. 170, inciso III.

²¹¹ Constituição Federal, art. 170, inciso IV.

²¹² Constituição Federal, art. 170, V.

²¹³ Constituição Federal, art. 170, inciso VI.

²¹⁴ Mesmo naqueles países que admitem a inclusão do discurso comercial na garantia de manifestação e expressão, dá-se ao Estado "uma margem mais ampla de apreciação, quanto ao controle do discurso comercial, em comparação com o discurso político e filosófico" (Anthony Lester e David Pannick, art. cit., p. 349). Tal posição é adotada, por exemplo, pela Corte Suprema dos Estados Unidos.

²¹⁵ Walter Ceneviva, ob. cit., p. 95.

amparo e limites. Daí que, como manifestação empresarial, a publicidade aceita os mesmos controles legais que subjagam outras atividades da empresa. Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa. Por conseguinte, sem qualquer fundamento constitucional a tese de que controlar a publicidade é instaurar a censura²¹⁶, mais ainda quando esteja ela causando ou prestes a causar danos, materiais ou morais, aos consumidores e aos valores primários da sociedade.

No caso brasileiro, o discurso comercial é protegido no bojo da garantia da livre iniciativa, norteadando-se, por isso mesmo, pelos princípios-limites a ela associados, entre os quais se inclui, já vimos, a defesa do consumidor²¹⁷.

Incorporar a publicidade no mesmo arcabouço de proteção da liberdade de opinião é, sem dúvida, lhe dar, direta-mente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica tem. E trazer o consumo de bens objetivo final de qualquer publicidade — e o próprio mercado ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos²¹⁸.

Mesmo nos Estados Unidos, onde surgiu a idéia do discurso comercial como manifestação da liberdade de opinião²¹⁹, o Direito Constitucional traça diferenças claras e profundas entre os dois tipos de discurso.

²¹⁶ Nesse sentido, o juiz Wilson Carlos Rodycz, de Porto Alegre, no já célebre caso Nestlé-DPZ, repeliu a assertiva das rés de que sua "atuação processual, a do Judiciário e do próprio Estado" constituiriam "censura da liberdade de criação". Segundo o magistrado, "há lei regulando a extensão da liberdade de criação, como de todas as demais atividades, intelectuais ou não, no País. No momento em que a atividade das rés ultrapassou esse limite, por provocação regular, cabia ao Poder Público, através do seu órgão competente, responder à agressão e proibir que esse agir produzisse mais resultados danosos à coletividade, sempre nos termos e limites da Lei" (Processo n. 01191112364, in Revista de Direito do Consumidor, n. 1. jan-mar de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 226).

²¹⁷ "Art. 170 — A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:... V — defesa do consumidor", texto este incluído no capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira).

²¹⁸ Iain Ramsay, Advertising, taste construction ... cit., p. 608.

²¹⁹ A Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana está assim vazada: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances" (grifo nosso).

Em outras palavras, a liberdade de opinião em especial, a liberdade de comunicação — não é algo inatacável, imune a qualquer interferência do Estado²²⁰, notadamente quando em choque com outros valores também constitucionalmente acolhidos; de outro lado, o direito de anunciar não é tratado em pé de igualdade com o direito que têm os cidadãos de manifestarem livremente seu pensamento. Tal garantia não dá ao anunciante uma "carta branca" para anunciar como e quando desejar²²¹.

8. Conclusão

A publicidade é sem dúvida, um dos mais importantes fenômenos deste século. Uma verdadeira indústria, movimentando fabulosas quantias e expectativas. Ao lado do sonho e dos benefícios que com ela vem, a publicidade é portadora de toda uma problemática própria, lesiva aos consumidores, desagregadora do bom funcionamento do mercado e desafiadora para o Direito.

É, indubitavelmente, um fenômeno que alterou, para sempre, o relacionamento consumidor-fornecedor. "Daí que se reivindique que o Direito se ajuste à realidade econômica e reconheça relevância jurídica à dimensão negociada da publicidade, sujeitando-a aos deveres e responsabilidades pre-contratuais ou *in contrahendo*"²²².

Exatamente na medida de sua importância econômica, política e social, a publicidade deve merecer a atenção dos juristas e do legislador. Deve ser ela instrumento de fortalecimento do mercado concorrencial e da melhoria das relações consumidor-fornecedor. Deve ser ferramenta de aperfeiçoamento da posição do consumidor no mercado, respeitando suas fragilidades e sensibilidades. Deve ser denominador de cooperação e não de dominação.

²²⁰ "As decisões judiciais e a doutrina são quase unânimes na visão de que a liberdade de manifestação não é absoluta" (George Eric Rosden e Peter Eric Rosden, ob. cit., vol. 1.º, p. 5-4). No Brasil, a própria Constituição Federal estabelece que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (art. 5.º, inc. V).

²²¹ Ewoud Hondius, palestra cit.

²²² Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., p. 96.

Sempre que a publicidade se afastar desses parâmetros, é chegada a hora da intervenção estatal legislativa, administrativa e judicial — operar. Pelo bem do consumidor, mas também pela sanidade do mercado e do próprio fenômeno publicitário. Muitas vezes a publicidade necessita de proteção contra ela mesma. E é o Direito aquele que lhe pode dar resposta mais segura e duradoura.

Como alerta magistralmente Fábio Konder Comparato, sem o desenvolvimento de uma larga e efetiva consciência da importância do ato de consumo e da própria figura do consumidor, tarefa de todos nós, inclusive da publicidade, "serão baldados os esforços para evitar a subordinação das necessidades vitais da pessoa humana às exigências de um produtivismo intratável, nas suas certezas contábeis e tecnológicas. Trata-se, ainda aí, de um teste para a criação dos pressupostos de admissibilidade do regime democrático"²²³.

É nesse contexto democrático e de consciência da importância do consumidor e do ato de consumo que se insere o controle legal da publicidade.

²²³ Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor... cit., p. 48.