

OS EFEITOS DA OFERTA E DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Idemir Luiz Bagatini

Resumo:

O presente trabalho tem por escopo apresentar algumas noções referentes à oferta e à publicidade, apresentadas e veiculadas pelo fornecedor. A publicidade, para o mundo atual, passou a ser vital sob os pontos de vista econômico, social, cultural e mesmo jurídico. O trabalho pretende destacar que a oferta, numa relação de consumo, integra o contrato realizado entre o fornecedor e o consumidor. Não se pode deixar de registrar que a publicidade é um direito do fornecedor. Ela é enganosa quando induz o consumidor ao erro e abusiva quando modifica o comportamento do consumidor, principalmente quando se trata de crianças e idosos. A Constituição reconhece ao fornecedor o direito de fazer publicidade. Não significa, porém, que essa liberdade se equipare à garantia constitucional da liberdade de opinião conferida aos cidadãos.

Palavras-chave:

Oferta. Publicidade enganosa. Publicidade abusiva.

Abstract:

The present work has for mark to present some referring notions to the offer and the publicity, presented and transmitted by the supplier. The publicity, for the current world, became vital under the point of view economical, social, cultural and same juridical. The work intends to highlight that the offer, in a consumption relationship, integrates the contract accomplished between the supplier and the consumer. One cannot stop registering that the publicity is a right of the supplier. She is deceiving when it induces the consumer to the mistake and abusive when it modifies the consumer's behavior, mainly when it is children and senior. The Constitution recognizes to the supplier the right of doing publicity. It doesn't mean, however, that that freedom is compared to the constitutional warranty of the opinion freedom checked the citizens.

Keywords:

Offer. Deceiving publicity. Abusive publicity.

INTRODUÇÃO

A relação de consumo existente entre o adquirente de um produto e seu vendedor denominado comerciante, no mundo contemporâneo, é totalmente diferenciada da relação comercial do século XIX e início do século XX. O comerciante ou fornecedor tinha um conhecimento razoável dos produtos existentes no seu estabelecimento, inclusive sabia da procedência, servia de conselheiro do comprador no momento da venda.

A relação de consumo no mundo atual tem-se modificado significativamente, apresentando um contexto de anonimato do fornecedor, tendo o consumidor dificuldades na identificação do mesmo. Para viabilizar essa relação, o mercado atual não pode dispensar a publicidade, pois esta é quem aproxima o fornecedor anônimo do também anônimo consumidor.

O fornecedor dispõe de ferramentas importantes para fazer chegar até o consumidor os desejos envolventes de consumo. A publicidade está em todos os lugares e o consumidor não pode esconder-se, pois o mundo se tornou uma vitrina.

A oferta superou a proposta, caracterizadora de uma relação individualista, e passa a ser dirigida a todos que atendam aos seus chamados. As ofertas não são individualizadas, mas dirigidas à população consumidora de forma indistinta. A oferta, assim que for jogada no mercado pelo fornecedor, passa a obrigá-lo nos termos propostos, bastando ao consumidor tomar contato com o divulgado.

O fornecedor tem o direito de fazer publicidade de seus produtos e serviços, respeitando, porém, os direitos dos consumidores, não podendo enganá-los, e, também, mudar seu comportamento com a publicidade abusiva.

A PUBLICIDADE E O MUNDO CONTEMPORÂNEO

A publicidade não é um fenômeno recente. Os doutrinadores entendem que a publicidade surgiu na Inglaterra no século XV, mediante a divulgação de livros religiosos. No entendimento de Antônio Herman V. Benjamin (1994, p. 26),

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

Muito tempo depois, na última década do século XIX, a publicidade foi um instrumento muito utilizado pelo capitalismo norte-americano. Nos anos 20 do século XX o rádio foi o meio propagador da publicidade, atingindo a todos que tivessem acesso a esse meio de comunicação. A publicidade passou a se destacar como uma grande indústria veiculada pela televisão nos anos 40 do século passado.

A publicidade, para o mundo contemporâneo, passou a ser vital sob os pontos de vista econômico, social, cultural e mesmo jurídico. O Direito despertou, recentemente, para o fenômeno da publicidade e com urgência procurou regulá-la, para que não abusasse de sua força, submetendo o consumidor aos seus caprichos. A sociedade massificada pela Revolução Industrial produziu a sociedade de consumo e, mesmo antes dela, a publicidade, de forma acanhada, já estava presente. A sociedade de consumo é produto da publicidade, pois esta se encontra em todos os lugares. Nas palavras de Benjamin (1994, p. 28), “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-se.”

A publicidade transformou o mundo numa grande vitrina e o consumidor tem dificuldades em evitar esse contágio. A publicidade, como fenômeno de massa, não conhece barreiras, sendo dirigida à coletividade, desconsiderando a individualidade do consumidor. Ela tem a finalidade de incentivar os consumidores a adquirirem os produtos e os serviços produzidos e colocados a sua disposição pelos fornecedores. É uma relação meramente individual, mas tem os efeitos chamados difusos,

daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos. É em razão dessa nova perspectiva que se torna admissível a postulação – e deferimento – de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva), mesmo quando inexistente qualquer dano individual caracterizado e identificado. (Benjamin, 2000, p. 264).

A publicidade é uma atividade comercial que utiliza técnicas criativas de persuasão pelos meios de comunicação de massa, a fim de criar uma demanda no consumidor, satisfazendo-o e desenvolvendo o bem-estar social e econômico. Para Almeida (1993, p. 86), “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.”

Na sociedade moderna a publicidade é uma das formas mais poderosas de persuasão, manipulação e limitação do poder decisório do consumidor. É uma forma poderosa ao alcance do fornecedor para incentivar e forçar o consumo de produtos e de serviços. A cada dia percebe-se com mais clareza a importância da publicidade, pois a sociedade de consumo contemporânea não pode prescindir desse recurso. A sociedade de consumo tem-se tornado indissociável da publicidade.

O fornecedor não tem o dever legal de anunciar seus produtos e serviços, mas, em o fazendo, tem a obrigação de informar corretamente os consumidores, os quais necessitam de informações para tomar boas decisões. E essas informações (boas) estão presentes na publicidade? Deve-se levar em conta o consumidor médio, pois não se imaginam os efeitos nefastos produzidos pela publicidade enganosa ou abusiva sobre os consumidores em formação, principalmente crianças e adolescentes. Se a informação na publicidade é omissa ou é acessória, induzirá os consumidores a consumir de acordo com os interesses dos fornecedores, não satisfazendo suas próprias necessidades.

Uma questão importante que se coloca em relação à publicidade é se ela deve ser informativa ou persuasiva. Nas palavras de Adalberto Pasqualotto (1997, p. 21), “as mudanças ocorridas na economia e na sociedade requisita-

ram da publicidade um papel mais expressivo, não cabendo dúvida de que, atualmente, no mínimo ela conjuga ao seu papel (ocasionalmente) informativo uma importante função persuasiva.” No entendimento deste autor há a presença da informação na publicidade, mas o fator decisivo é seu caráter persuasório. Reconhece-se que os consumidores precisam de informação para tomar decisões adequadas na relação comercial de consumo. O consumidor efetivará compras adequadas na medida em que as informações lhe são repassadas pelo fornecedor, pois a informação representa um papel importante na decisão do consumidor.

O CONCEITO DE PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, como a maioria dos sistemas jurídicos, não conceituou a publicidade. Há uma série de regras envolvendo o tema, sem, porém, uma conceituação. A doutrina passa a tecer definições, envolvendo a combinação de diversos artigos, como o art. 30 do CDC, que refere toda informação ou publicidade veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, por qualquer fornecedor (art. 3º) sobre quaisquer produtos e serviços (arts. 30 e 3º, §§ 1º e 2º). Necessita-se, ainda, da oferta de produtos e serviço para completar a conceituação de publicidade.

A publicidade não pode ser confundida com *marketing*, entendendo-se que a publicidade é uma forma de marketing. Para Benjamin (1993, p. 31)

a expressão *marketing*, no sistema brasileiro do CDC, pode ser traduzida por “oferta”. [...] O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não são mais individualizadas e cristalinas. Oferta, em tal acepção, é sinônimo 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.

Em outros termos, pode-se afirmar que a publicidade tem um significado menor ou uma espécie do *marketing*.

Há autores que conceituam a publicidade e a propaganda e, ao final, entendem tratar-se da mesma coisa. Esses conceitos se diferenciam e, portanto, não se confundem, sendo a publicidade o termo adequado para tratar da relação de consumo.

A publicidade tem como finalidade incentivar a aquisição de produtos e serviços produzidos e colocados à disposição dos consumidores pelos fornecedores. A publicidade é uma atividade comercial que emprega técnicas persuasivas através dos meios de comunicação de massa a fim de criar uma demanda nos consumidores, satisfazendo e desenvolvendo o bem-estar social e econômico. A publicidade tem como finalidade uma operação comercial. A publicidade pode ser institucional ou promocional. Nesta o objetivo é imediato e os resultados são esperados a curto prazo, cuidando-se da venda do produto ou do serviço. Naquela procura-se zelar pela imagem da empresa, sem uma preocupação imediata de venda de produtos ou serviços. Procura-se cuidar ou melhorar a imagem da empresa ou do fornecedor.

A propaganda tem uma finalidade ideológica, tem um cunho religioso, político, social, moral ou de qualquer outra natureza. Na propaganda, em regra não está presente a idéia do benefício econômico.

O Código de Defesa do Consumidor usa publicidade e não propaganda, pois aquela tem um objetivo comercial e esta um fim de convencimento ideológico, religioso, político e social. Segundo Rico-Perez (apud, Benjamin, 2000, p. 266), “a diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz com a intenção de alcançar um lucro, enquanto a segunda exclui quase sempre a idéia de benefício econômico.”

A publicidade é a terminologia correta ao se tratar de relação de consumo, em que o fornecedor procura zelar pela imagem da empresa ou efetuar vendas de seus produtos ou serviços. A publicidade pode ser entendida como informação ou como persuasão. Já foi salientado que a publicidade deve infor-

mar o consumidor para que este possa decidir na aquisição ou não de determinado produto. O que se observa a partir da década de 20, ou mais precisamente após a 2ª Guerra Mundial, é que a publicidade não tem como finalidade primordial a informação. Percebe-se hoje que ela tem o intuito de incitar, persuadir o consumidor, sem apresentar razões, racionais ou logicamente convincentes, tornando-se por vezes tendenciosa. No entendimento de Guido Alpa (apud Pasqualotto, 1997, p. 29), “a originária função informativa foi subordinada pela nova função persuasiva, que não deixa de ser conseqüência de uma propensão natural de qualquer empresário de falar bem do seu produto e do poder de sugestão próprio aos meios de comunicação de massa.”

É interessante observar a publicidade, principalmente na televisão, na qual a informação, em regra, está ausente e o anunciante tenta persuadir, convencer o consumidor defendendo que seu produto é melhor. Num dia desses prestei atenção em uma publicidade na televisão que versava sobre perfumaria e completava com a seguinte afirmação: *No Boticário você pode ser o que quiser. Será verdade? O que eu posso ser? Posso escolher? Eu posso ser outro, basta usar o perfume; ele me transforma. Veja-se que a publicidade tenta persuadir, sem preocupação alguma com a informação. A publicidade tem “o fim incitativo (convencer o consumidor), o objetivo comercial (estimular a circulação, no mercado, de produtos e serviços) e o caráter passional, todos próprios da publicidade e estranhos à informação stricto sensu.”* (Benjamin, 1994, p. 33, grifo do autor).

O objetivo final da publicidade é possibilitar a busca do lucro para o fornecedor.

O PAPEL DA OFERTA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código Civil de 1916 tratava a proposta como oferta a determinada pessoa, dentro de sua concepção liberal individualista. O CDC trata a oferta como proposta voltada para todos os consumidores de forma indistinta. O atual CC, Lei nº 10.406/02, traz a questão da oferta no art. 429, com o seguin-

te teor: “A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.” Percebe-se que o Código Civil ampliou o conceito de oferta e se equipara ao conceito disposto no CDC.

No entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo (2001, p. 72) “a oferta, seja ela individual ou ao público, classifica-se como negócio jurídico unilateral, para cuja existência e eficácia vinculante basta a única manifestação de vontade do ofertante ou proponente. Produz, portanto, efeitos jurídicos próprios, antes da aceitação e de sua consumação no contrato.”

A oferta corresponde à proposta, assemelhando-se o emitente de vontade como policitante ou proponente, que no caso de relação de consumo corresponde ao fornecedor. A parte que aceita a proposta denomina-se aceitante ou oblato, que coincide com o consumidor. Deve-se ter presente que a redação do art. 30 do CDC – “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utiliza e integra o contrato que vier a ser celebrado”, inicia com “toda informação ou publicidade”, entendendo-se que são termos com significação distinta, pois toda publicidade veicula algum tipo de informação, mas nem toda informação se constitui necessariamente em publicidade. Deve-se ressaltar, no entanto, que a oferta integra o contrato.

A publicidade, como se conhece, ocorre por meio de anúncios na televisão, rádio, revista, jornal, folhetos, faixas, *outdoors* e material entregue ou deixado em caixas coletoras, correspondendo ao texto legal “veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação”. Refere-se tanto a produtos como a serviços.

Quem se utiliza da informação ou publicidade obriga-se a contratar e cumprir o anunciado, pois integra o contrato. Não é qualquer publicidade utilizada que integra o contrato. Deve ser suficientemente precisa. Isso não representa uma precisão absoluta, mas relativa, precisão suficiente, com o mínimo de precisão. A informação ou publicidade que usa expressões exage-

radas e genéricas não vinculam o fornecedor ao consumidor. Tem-se como exemplos: “o melhor preço”, “more como um rei”, ou “um lugar inigualável”, que constituem anúncios ou publicidades sem concisão precisa, e, portanto, não vinculam. Se, porém, for apresentado: “o melhor preço da cidade”, a publicidade já adquire precisão suficiente, vinculando o anunciante aos eventuais interessados tidos como consumidores.

O texto legal ainda se refere aos produtos e serviços oferecidos ou apresentados. Tem-se a oferta como meio que vincula o fornecedor ao consumidor, mas o que for exposto (apresentado) pelo fornecedor na vitrina também cria relação de consumo. Nesse sentido o que está exposto vincula o fornecedor em relação ao consumidor, que se apresenta como contratante. Se o fornecedor não quiser cumprir a legislação, entregar o prometido, o anunciado, o art. 35 viabiliza a solução. É o teor do artigo: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.”

Deve-se destacar que o termo é exigir. Quem pode exigir? O consumidor. Exigir o quê? O cumprimento forçado da obrigação. Faz sentido recordar os arts. 48 e 84 do CDC e parágrafos.

O consumidor poderá, à sua escolha, optar pelo inciso II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente. A aceitação decorre de o fornecedor, não querendo cumprir de acordo com o inc. I, oferece uma outra alternativa, a qual cabe ao consumidor aceitar outro produto equivalente.

O inciso III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. Para ocorrer hipótese deste inciso basta o consumidor ter aquiescido, concordado com a oferta, apresentação ou publicidade. Nesse caso há a rescisão do

contrato e se por acaso o consumidor tenha antecipado algum valor este deverá ser devolvido com a devida correção. Em relação a perdas e danos, cabe também nos dois primeiros incisos.

Pode-se recorrer a um exemplo para caracterizar o dano emergente e o lucro cessante. Se determinado vendedor oferece seu produto (uma máquina) 10% mais barato que o concorrente e diante da aceitação o vendedor não quiser entregar o produto, devendo o consumidor adquirir a máquina do outro vendedor, poderá reclamar as perdas e dano que o caso merece (10%).

O teor do art. 30 do CDC não deixa dúvida que toda informação ou publicidade [...] obriga o fornecedor que fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. A vinculação não ocorre só em relação ao anunciante, mas também em relação àquele que se utiliza do anúncio, como o varejista ou o comerciante, e passa a fazer parte do contrato. O que é anunciado, ofertado, e posteriormente não integra o contrato, o consumidor poderá entender como fazendo parte da relação de consumo. Suponha-se que num anúncio, numa publicidade ou em uma oferta de venda de apartamentos constem garagem, roupeiros embutidos, balcões na cozinha e outros complementos. Posteriormente, no contrato assinado entre as partes, não consta o que foi referido no anúncio, na oferta. O consumidor ao tomar posse do bem constata que o imóvel não corresponde ao propalado, ao publicitado, ao ofertado e, conferindo o contrato, de fato não constam garagem, roupeiros e outros. O que fazer? Vale o contrato ou vale o anúncio? O que consta da oferta ou do anúncio integrará o contrato, mesmo que nele não haja referência alguma da oferta. Poderá o consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação de fazer, conforme art. 35 do CDC. O fornecedor está numa situação de sujeição pela oferta dirigida ao público.

Extraí-se das normas do CDC a exigência de que a relação de consumo entre fornecedor e consumidor seja transparente. O art. 31 procura detalhar o que é previsto no artigo anterior em relação à informação ou publicidade. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (1991, p. 151), “prevê este princípio [o da transparência] que o consumidor deve ter conhecimento da exata extensão das obrigações que ele e o fornecedor estão assumindo quando celebram o contrato.”

O artigo estabelece que a oferta e apresentação assegurem informações descritas no texto bem como suas características, qualidades e outras, e que riscos apresentam à saúde e segurança dos consumidores. No mercado de consumo, a informação ocorre como publicidade que precede o produto ou o acompanha na forma de embalagem. Aqui há uma relação pré-contratual, deixando a relação contratual quando a informação é repassada na formalização do ato de consumir. Aliás, o CDC tem uma preocupação com a informação. Nas palavras de Benjamim (2000, p. 240, grifo do autor), “em todo Código transparece a preocupação do legislador com a questão da informação. Afinal, bem que justificada, já que, nas palavras sábias de Mário Frota, o jurista português [...] ‘a informação aos consumidores é *conditio sine qua non* da realização do mercado’.”

A informação por parte do fornecedor deve ser positiva, isto é, não pode, simplesmente, omiti-la ou escamoteá-la. Deve fazê-la com base nos predicados constantes no Código.

Os produtos e serviços devem ser apresentados ou ofertados pelos fornecedores desde que atendam a essas informações tidas como essenciais. No entendimento de Saad (1999, p. 325), “a oferta encerra uma proposta ao consumidor e a apresentação é o ato que coloca o produto ou os serviços ao alcance dos sentidos do consumidor.”

O que aparece em primeiro lugar é que a afirmação deve ser correta, isto é, verdadeira. O produto e o serviço devem conter o que está informado, não podendo haver disparidade entre o informado e o produto ou serviço correspondente.

A informação deve ser clara, isto é, de fácil entendimento, evitando a pura linguagem técnica, impossibilitando com isso a perfeita compreensão por parte do consumidor. Os termos não podem ser ininteligíveis. No entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (1991, p. 151), “a explicação do risco em linguagem científica pode até ser verdadeira, mas, se for inacessível ao consumidor médio, o requisito legal não estará sendo atendido e, em consequência, o fornecedor poderá ser responsabilizado por inadequação ou insuficiência da informação.”

A informação deve também ser precisa, não eivada de prolixidade. A informação precisa é aquela que, além de ser verdadeira, é exata.

A legislação exige que a informação seja ostensiva, fazendo com que o consumidor não dispense qualquer esforço para localizá-la na embalagem, na oferta ou na publicidade. Nesse sentido deve ser de fácil percepção. A letra miúda é de difícil leitura e dificulta o entendimento do consumidor.

O Código estabelece que a informação deve ser, no caso brasileiro, em língua portuguesa. Mesmo que o produto ou serviço seja importado ou oferecido por estrangeiro, deve constar em idioma do local da venda. Há entendimentos da não-exigência de tradução quando no setor de importados não houver outros produtos nacionais. Mesmo assim o legislador, com interesse na proteção do consumidor, parece não ter admitido este tipo de interpretação.

Entende-se ainda, apesar de não constar do art. 31, mas decorre do art. 54, § 4º, que a informação deve ser redigida com destaque, de fácil percepção pelo consumidor.

A legislação exige que a informação ocorra em relação a características como tamanho, forma, cor, brilho, consistência e outros, bem como qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros.

A embalagem, em regra, é veículo de *marketing* e, como publicidade (art.37. § 1º), pode ser enganosa. Para Benjamin (2000, p. 244), “é enganoso sugerir, através de forma especial (*design*), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. Do mesmo modo, há enganabilidade na rotulagem que induz o consumidor a crer que se trata de produto natural, quando, na verdade, é artificial.”

De acordo com o CDC, somente o fabricante e o importador respondem pela oferta de componentes e peças importados.

Em relação à prestação de serviços o distribuidor é responsável, uma vez que a assistência técnica é inerente à atividade de mercado, embora o fabricante e o importador continuem responsáveis.

Pode ocorrer, contudo, de a fabricação ou importação cessar. Diz o parágrafo único do art. 32 que a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. O legislador não estabeleceu tempo e, para tanto, deve-se observar a vida útil do produto, em condições normais de utilização por um consumidor médio, um consumidor-padrão. Não se pode levar em consideração o colecionador ou aquele que zela demasiadamente pelo produto, estendendo sua utilidade além do normal. A solução dar-se-á no caso concreto e, em regra, com a ponderação do Judiciário.

O legislador procurou garantir os direitos dos consumidores que adquirem principalmente produtos fora do domicílio do fornecedor mediante oferta por telefone ou reembolso postal. Devem-se incluir, ainda, as vendas pela televisão, *shoptime* e mesmo pela Internet. Nesse sentido deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, na publicidade ou em qualquer outro impresso utilizado na transação comercial. Nesse caso, como a venda é feita fora do estabelecimento do fornecedor, o consumidor tem o prazo de sete dias, garantido no art. 49 para desistir do produto adquirido.

É importante destacar a forma como está posto o art. 35, antes referido, em respeito ao espírito do CDC. O fornecedor de produtos ou serviços não poderá recusar o cumprimento da obrigação, resumindo-se no “prometeu, deve cumprir”. O dispositivo relaciona oferta, apresentação ou publicidade. Em relação à publicidade (art. 30) e também em momento posterior será abordado nos arts. 36, 37 e 38 do CDC e quanto à apresentação e oferta no art. 31. As informações devem ser corretas, claras, entre outras exigências, ficando estabelecido que o fornecedor é obrigado a cumprir de acordo com o ofertado.

A PUBLICIDADE ENGANOSA

A cada dia se percebe com mais clareza a importância da publicidade, pois a sociedade de consumo contemporânea não pode prescindir desse recurso. A sociedade de consumo é indissociável e não mais pode ser entendida sem a publicidade.

No entendimento de Benjamin (2000, p. 259), “não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços”, mas se o fornecedor utiliza esse expediente, é direito do consumidor, de acordo com o art. 31, a informação correta.

O direito à publicidade é direito constitucional “só que não no âmbito da liberdade de manifestação e expressão. No caso brasileiro, decorre ele da garantia da livre iniciativa e, por isso mesmo, é regido pelos limites a esta impostos, em particular a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente.” (Benjamin, 1994, p. 55).

Se a Constituição reconhece o direito de publicidade não significa que essa liberdade se equipare à garantia constitucional da liberdade de opinião conferida aos cidadãos. Esse direito é concedido aos cidadãos como pessoas físicas. Não se pode afirmar que a liberdade de publicidade é ilimitada. Cabe ao poder público o controle.

O direito de publicidade decorre de um direito de propriedade, garantido pela Constituição, devendo pautar-se, como a propriedade, por uma função social. No entendimento de Benjamin (1994, p. 56) “a base da existência de um direito de publicidade não reside, pois, nas garantias individuais do cidadão; é decorrência do próprio regime estatuída para a ordem econômica, dele recebendo o mesmo amparo e limites.”

A publicidade é uma manifestação empresarial e deve aceitar os mesmos controles que são exercidos pelo poder público sobre a empresa. Em momento anterior foi traçada uma distinção entre publicidade e propaganda. Nesta ocorre a manifestação de opinião, liberdade de expressão religiosa, política, social. A publicidade tem meramente um aspecto comercial e limitá-la não significa retirar o direito de expressão, de opinião, apenas o controle que o poder público pode exercer com base no direito social. A liberdade de publicidade não pode equivaler-se com o direito que os cidadãos têm de manifestar livremente seu pensamento.

Entende-se que se a publicidade não é um dever do fornecedor, ela pode ser um direito, mas o exercício da publicidade é por sua conta e risco. Quando se trata de controle da publicidade, isso é da alçada do poder público. Alguns entendem que a regulação se dará pelo próprio mercado concorrente ou com a intervenção do consumidor. Pensar que o consumidor tem esse poder de controle e que o mercado regularia a publicidade é passar um atestado de ingenuidade. O controle deve permanecer com o poder público e ser eficaz. O controle dá-se tanto por organismos privados de auto-regulamentação, como o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (Conar), como pelo Estado. No dizer de Benjamin (2000, p. 263), “todos os países democráticos do mundo controlam, de uma forma ou de outra, a publicidade.” No caso brasileiro a própria Constituição Federal faz este controle de acordo com o art. 220, § 3º e § 4º, e o art. 37, XXI, § 1º.

A publicidade tem a finalidade de incentivar os consumidores a adquirirem os produtos e serviços produzidos ou postos à disposição pelos fornecedores. Os efeitos da publicidade não precisam ser individuais, podem ocorrer de forma difusa, atingindo a todos os que estão expostos a ela pelos meios de comunicação.

O CDC regula a publicidade e estabelece uma série de princípios.

O primeiro princípio da publicidade é sua identificação pelo consumidor. A mensagem publicitária não pode ser disfarçada ou oculta. O consumidor deve identificá-la, de sorte a poder se posicionar de maneira adequada às múltiplas informações que lhe são endereçadas. Aquela publicidade que quer vender o produto ou serviço deve ser identificada pelo consumidor para que defina sua estratégia no sentido de aceitá-lo ou rejeitá-lo. É diferente assistir a um documentário desinteressado na venda de produtos ou serviços, com intuito meramente educacional ou informativo, de outro que se parece com documentário, mas com intuito especulativo.

Nesse sentido os fornecedores não poderão fazer publicidade travestida de reportagens e *merchandising* disfarçado. Segundo Coelho (1991, p. 158),

é muito freqüente a veiculação pelos jornais, revistas ou periódicos de reportagens sobre um determinado assunto aparentemente de interesse geral dos leitores, mas que, na verdade, com maior ou menor grau de sutileza, esconde a promoção de políticos, empreendimentos imobiliários [...]. O tema da reportagem pode ser, por exemplo, a mudança dos hábitos alimentares da população e a sua leitura acaba por sugerir a plena adequação de um determinado restaurante aos novos hábitos noticiados.

O CDC veda esta técnica de publicidade porque o consumidor não a identifica imediatamente. É uma publicidade travestida, não percebida pelas pessoas.

Uma outra técnica que é introduzida por meio dos filmes e novelas é o *merchandising*. É um problema de difícil solução pelo CDC. Como distinguir o objetivo promocional da cena apresentada? Numa novela, como distinguir se uma cena tem objetivo meramente condizente com o roteiro, fazendo parte do contexto, ou se de fato o veículo que é usado para transportar os encenantes serve como publicidade? O *merchandising* no Brasil é um tipo de publicidade subliminar. É a publicidade que aparece de forma escamoteada, despretensiosa, aparentemente inofensiva. Em determinadas cenas aparece ao fundo o logotipo de determinada empresa, como se fosse de forma casual, sem pretensão alguma.

Há também os *teaser*, mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade em torno de produtos ou serviços a serem lançados pelos fornecedores. É o anúncio do anúncio (A empresa vai lançar outro produto. Aguardem).

O acesso às informações relativo à publicidade organizada pelo fornecedor é garantido ao consumidor, mas o fornecedor não está obrigado a confiar ao consumidor os dados que dão sustentação a sua publicidade quando se tratar de segredo industrial ou deva ser mantido em sigilo em razão de dispositivos legais. Deve-se ter presente a regra do art. 69 do CDC, que prevê pena de detenção de um a seis meses ou multa para aquele fornecedor ou anunciante que deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade.

Em relação à publicidade enganosa ou abusiva regradada no art. 37, deve-se ter em mente os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º) e os direitos básicos do consumidor (art. 6º). No concernente aos direitos básicos, o inciso IV refere: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais [...]”. O inciso VI do art. 4º ajuda a compreender o art. 37. É um dos princípios: VI – “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal [...]”.

É interessante destacar que o CDC não proíbe a publicidade. O que a legislação ataca e condena é a publicidade enganosa e abusiva. Por isso um dos princípios básicos numa relação de consumo, entre fornecedor e consumidor, é a lealdade. E essa lealdade se traduz na proibição da publicidade enganosa e abusiva.

O que é publicidade enganosa? Em primeiro lugar, não é meramente a informação falsa. É enganosa quando essa informação falsa induz o consumidor a erro. Se a publicidade tem por objetivo despertar a capacidade de fantasia do consumidor, está-se diante do falso, mas não do enganoso. A publicidade que promete a felicidade, seja usando determinada peça de roupa, fumando determinado cigarro ou sorvendo uma bebida tal, é falsa, mas não enganosa. Segundo Coelho (1991, p. 161), “para que seja considerada enganosa, a informação falsa deve ser recebida pelo destinatário da comunicação como verdadeira.”

O que deve ser salientado é que a publicidade enganosa não precisa necessariamente prejudicar determinado consumidor, bastando a mera enganiosidade potencial, portanto a capacidade de induzir a erro. O legislador protegeu o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva com os chamados direitos difusos (parágrafo único do art. 2º e incisos do parágrafo único do art. 81 do CDC).

Essa publicidade enganosa pode ocorrer de acordo com o que ela informa ou deixa de informar – comissão ou omissão.

É importante ressaltar que a intenção do fornecedor de enganar é relativa em relação à caracterização de publicidade enganosa. Se por acaso o fornecedor agiu ou não com culpa, responde de forma objetiva, não sendo necessário ao consumidor fazer qualquer tipo de prova. O legislador, contudo, salientou que se o fornecedor agir com dolo, incorrerá na penalidade imposta pelo art. 67 do CDC e continuará a responder perante o consumidor por ter vendido uma informação falsa como verdadeira. Sempre que o anúncio publicitário induzir o consumidor em erro está caracterizada a publicidade enganosa. Independe, portanto, da intenção do anunciante. É interessante reprimir: não é necessário que o consumidor seja enganado de fato, basta que a enganosidade seja aferida, em abstrato.

O § 1º do art. 37 destaca que a informação pode ser parcialmente falsa, não precisa que todo o anúncio o seja. Observa-se que o parágrafo destaca a omissão. Essa enganosidade por comissão ou omissão pode ocorrer em relação à natureza do produto ou serviço, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. No entendimento de Nunes (2000, p. 442),

o efeito da publicidade enganosa é de induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponde à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, “gato por lebre”. Pensa que está numa situação, mas de fato está em outra.

A publicidade exagerada em regra não vincula e, portanto, não é enganosa. “O melhor preço”; “A casa das maravilhas”; “Essa roupa lhe dá o *status* de rainha”; “Coloque Isso em seu carro e terá um tigre”, são expressões que alimentam a fantasia e não induzem o consumidor ao erro. Mesmo assim, deve-se ter cuidado com esse tipo de publicidade.

Deve-se ter cuidado com as liquidações que os empresários promovem, quando na verdade as peças em oferta são só algumas ou já fora de moda. Esse chamariz, em regra, é enganoso. É uma forma enganosa de chamar o

consumidor. Há uma única peça na vitrina com preço chamativo: o consumidor adentra o estabelecimento e constata que a oferta da vitrina é um modelo muito pequeno – ou muito grande – e não há outra numeração disponível. Aquela oferta apresentada na vitrina é apenas chamariz para que o vendedor “ataque” o cliente quando já aliciado pela qualidade do produto e/ou pelo preço convidativo. Se não tem aquele produto ofertado, por que não levar outro?! Aí ocorre a publicidade enganosa, pois não deixa de ser uma armadilha.

Se a publicidade enganosa apresenta idéia falsa como verdadeira, a publicidade abusiva despreza valores que foram incorporados pelos consumidores. Segundo o entendimento de Coelho (1991, p. 161), “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.”

A PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva ocorre quando a mensagem tenta mudar comportamentos arraigados na sociedade, quando discrimina as pessoas, inferioriza-as, quando incita à violência, explora o medo e demais aspectos elencados no § 2º do art. 37 do CDC. A publicidade é abusiva quando tenta alterar os valores sociais enraizados na sociedade. Ela é abusiva também quando viola direitos decorrentes da dignidade humana, quando incita à violência, ao racismo, quando agride os valores da sociedade.

A publicidade de produtos é abusiva quando dirigida às crianças, deixando-as amedrontadas, com medo da noite, causando pesadelos ou provocando outros efeitos colaterais.

De acordo com José Tavares Guerreiro (apud Spode, 2002, p. 189-190),

as modalidades de publicidade abusivas indicadas no § 2º já não se fundam na possibilidade do erro do consumidor. O que o Código pretende proteger não é, propriamente, a integridade do consentimento, mas a

possibilidade de julgamento não influenciada por fatores estranhos, como o modo ou a superstição, que não constituem motivos justificáveis para a decisão de consumo (grifo do autor).

A responsabilidade do fornecedor permanece no campo administrativo, penal e civil. Em relação ao administrativo apresenta-se a contrapropaganda que deve ser efetivada pelo fornecedor, estabelecida no inciso XII do art. 56 e, em relação ao penal já foi recordado o art. 67 do CDC, o qual atribui uma pena de detenção de três meses a um ano e multa para quem fizer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

Há uma distinção entre publicidade enganosa e abusiva, ocorrendo naquela a pretensão do consumidor de defender seu interesse econômico, enquanto nesta o consumidor pretende defender os valores fundamentais da sociedade. No entendimento de Heloísa Carpena Vieira de Mello (2000, p. 127),

a abusividade, [...] não está referida à falha no dever de informar propriamente. A informação, na publicidade abusiva, pode ser verdadeira, porém a mensagem desvirtua-se do seu propósito de comunicar e vem a ofender valores reputados fundamentais. O que está em questão aqui não é a veracidade ou a correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem.

O legislador do CDC elaborou o § 4º do art. 37, que estabelece a indenização civil. Este parágrafo fora vetado pelo Presidente da República, mas permanece perfeitamente possível a indenização civil, pois a publicidade enganosa e abusiva é ilícita, e os arts. 186 e 927 do Código Civil são perfeitamente aplicáveis.

O anunciante ou o fornecedor de produtos ou serviços devem responder pela publicidade enganosa ou abusiva, não ocorrendo solidariedade com a agência publicitária. Para todos os efeitos, quem aprova a publicidade é o anunciante e a responsabilidade não pode recair sobre a agência que a criou. Se, porém, a agência publicitária agir com dolo ou culpa, responderá penalmente de acordo com o art. 75 do CDC. A pena será proporcional à culpa de cada profissional.

A publicidade pode ser enganosa ou abusiva, de acordo com o § 3º do art. 37 do CDC, que trata da omissão quanto a dados essenciais – qualidade, quantidade, preço, composição.

Em matéria publicitária ocorre a inversão do ônus da prova. Não é a inversão disposta no inciso VIII do art. 6º, no qual se prevê a inversão, no processo civil “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.” Nesse caso é faculdade ou dever do juiz fazer a inversão do ônus da prova, quando a alegação for conforme a verdade ou quando o consumidor for hipossuficiente, isto é, quando estiver econômica, jurídica ou tecnicamente em condições “inferiores” ao fornecedor.

No caso do art. 38 a inversão do ônus da prova é decorrente do próprio dispositivo, por lei, *ope legis*. Nesse caso não cabe ao juiz, no despacho saneador ou em outro momento qualquer do processo, decidir que procederá à inversão do ônus da prova. A própria lei estabelece que o ônus da prova seja de competência de quem patrocina a publicidade. Cabe, portanto, ao anunciante, ao fornecedor, fazer a prova de que a publicidade não é enganosa ou abusiva. Ressalte-se que a boa-fé do anunciante é irrelevante.

Ao final, cabe, ainda, trazer o § 3º do art. 14 do Decreto 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e dá outras providências: “O ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” Percebe-se, com clareza, que o ônus de prova da não-existência de enganosidade ou abusividade é de competência única e exclusiva de quem promove a publicidade.

CONCLUSÃO

O mundo contemporâneo, devido à complexidade das relações de consumo, não pode existir sem a presença constante da publicidade. Esta passa a ser parte integrante no convívio do consumo, porém a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é objetiva e responde pelos vícios decorrentes, caracterizados pela publicidade enganosa e abusiva.

A oferta e apresentação passam a integrar o contrato, mesmo que o mesmo seja elaborado sem as informações anteriormente passadas ao consumidor. A oferta é dirigida ao público não identificando as pessoas. Nesse sentido, o que for prometido pelo fornecedor nos folhetos, encartes e outros, o vincula ao consumidor indeterminado.

A informação é dever do fornecedor e deve ser correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa. Tenha-se presente que a terminologia deve ser acessível ao entendimento do consumidor. E a informação por parte do fornecedor deve ser positiva, isto é, não pode omiti-la simplesmente.

Um elemento importante na relação de consumo é o direito de o consumidor poder exigir o que foi prometido pelo fornecedor. A promessa passa a integrar o contrato de consumo.

A Constituição reconhece o direito de fazer publicidade. Não significa, porém, que essa liberdade se equipare à garantia constitucional da liberdade de opinião conferida aos cidadãos. Não se pode afirmar que o direito à publicidade seja ilimitado. Ao Direito Público cabe o controle da publicidade para que não se torne enganosa em relação aos outros fornecedores, principalmente aos consumidores. O direito patrimonial deve ser preservado. E, igualmente, o consumidor deve ser preservado da publicidade abusiva, que tem o intuito de atuar na mudança de comportamento, ofendendo valores sociais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 4. ed. ver., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista Direito do Consumidor*, nº 35, p. 123-131, jul./set. 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.079, de 11.9.90, 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, nº 43, p. 178-191, jul./set. 2002.

