

Critérios práticos para a apuração da propaganda enganosa no Brasil – panorama de julgamentos pelo Poder Judiciário

Cadernos de
Pós-Graduação
em Letras

Rafaela Pinheiro Marzocchi

Mestre em Comunicação e Letras pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO

Este trabalho é fruto de minha experiência profissional voltada para a área jurídica no ramo da atividade publicitária, cuja matéria é conteúdo novo e pouco desenvolvido em nosso país. O objetivo, então desta pesquisa, foi analisar a persuasão no discurso publicitário e a propaganda enganosa, no esforço de detectar até que ponto a propaganda pode e deve ser persuasiva e quando será considerada enganosa pelo excesso e abuso de seu artifício persuasivo. Tarefa das mais complexas é definir este limite, uma vez que não há ainda em todo o nosso ordenamento jurídico, julgados e jurisprudências formados a respeito da propaganda enganosa no Brasil. O que possuímos hoje, como parâmetros para este julgamento, são alguns critérios, sendo estes últimos nosso objeto de estudo no intuito de chegarmos a algumas diretrizes para a percepção e julgamento da publicidade enganosa. Não nos cabendo julgar as Campanhas Publicitárias, que pessoalmente acreditamos serem enganosas, este trabalho limitou-se a analisar brevemente as características da linguagem publicitária, o seu caráter persuasivo, critérios já pré-estabelecidos para a percepção da publicidade enganosa e alguns princípios básicos que regem a atividade publicitária em nosso país.

Palavras-chave: Discurso publicitário. Persuasão. Propaganda enganosa.

O Código de Defesa do Consumidor dá especial atenção à publicidade dita enganosa, revelando seu extremo repúdio a tal espécie de prática comercial.



MACKENZIE

A própria lei de defesa do consumidor cuidou de conceituar esta espécie de publicidade em seu art. 37, parágrafo primeiro.

Ressalta-se, mais uma vez, que toda e qualquer publicidade tem como função primordial convencer o público de que determinado produto ou serviço deve ser adquirido sendo preferido em relação aos similares disponíveis no mercado. Ou seja, com a publicidade, a empresa procura a incitação ao consumo de seus produtos ou serviços, tentando convencer o consumidor de que tais bens são melhores ou mais úteis que o de seus concorrentes diretos, mesmo que, afinal, assim não seja, mesmo porque tais afirmações consistem em algo extremamente subjetivo, difícil de se averiguar.

Santos (2001) traz alguns exemplos: A Philips oferece produtos “melhores” que a Gradiente? A geladeira Brastemp é mesmo a de “melhor” qualidade como costuma alardear a publicidade patrocinada por essa empresa?

Tais expressões consistem no chamado *puffing*, o qual, não sendo proibido pelo sistema, corresponde ao exagero publicitário, sobre as características de determinado produto ou serviço.

Os aplicadores do direito, assim compreendidos os juízes e advogados, pretendem, ao analisar uma campanha publicitária encontrar e detectar os limites do *puffing*, ou seja, estabelecer quais mensagens podem ser utilizadas pela publicidade para que a mesma não seja considerada enganosa. Conforme lição de Santos (2001) estes limites podem ser encontrados a partir do conhecimento das diferentes espécies de *puffing* ou exageros utilizados pelo mercado publicitário, a seguir expostos:

- a) opiniões subjetivas ou afirmações carregadas de exagero sobre uma ou mais características do produto ou serviço, as quais utilizam expressões como “o melhor”, “perfeito” etc. Trata-se do tipo mais comum, utilizado para ressaltar, exageradamente, as características do produto ou serviço;
- b) mensagens que se utilizam de deturpações de valores sócio-psicológicos, prometendo algo de maneira figurada, que o produto obviamente não pode cumprir. Exemplos: afirmações quanto ao refrigerante Pepsi (“o sabor da nova geração”), ou do cigarro Marlboro (“venha para o mundo de Marlboro”), associando, figurativamente, o produto a benefícios irreais, como liberdade, juventude, prática de esportes radicais etc;
- c) mensagens que se utilizam de certos nomes, para caracterizar o produto, tais nomes, se tomados em sua literalidade, revelar-se-iam falsos, como por exemplo o pão francês, cujo produto ninguém espera que venha mesmo da França, o mesmo ocorrendo com o queijo suíço ou de Minas. São expressões tomadas mais para simbolizar o tipo de produto do que a sua origem propriamente dita;
- d) as maquetes ou *mock-ups*, ou seja, utilização de outros materiais para a ilustração de produtos através da mídia visual. São comuns, por exemplo, ilustrações de sorvetes que se utilizam de purê de batatas em vez do produto em si, porque o sorvete derrete rápido diante das fortes luzes do estúdio de fotografia ou filmagem. Ou mesmo a utilização de vinho em vez de café, na publicidade deste último, uma vez que o café, quando filmado, apresenta uma coloração muito escura. Ou ainda, xam-



pu ou sabão para representar a espuma da cerveja, já que a espuma natural não permanece macia o suficiente por muito tempo.

Não há como se averiguar, empiricamente, se as mensagens denominadas tecnicamente de *puffing* são falsas ou verdadeiras, tais como “o melhor produto do mercado” ou “produto perfeito”. Estas expressões são comumente utilizadas pelo marketing e aceitas pelo direito. Aliás, não importa saber se o *puffing* é ou não falso; importa na verdade, saber se é enganoso, o que é bem diferente.

Assim sendo, o nosso objetivo ora proposto é estabelecer os limites (ou ao menos indicar os parâmetros para tanto) entre o *puffing* e a publicidade enganosa. Em suma, tudo aquilo que não for considerado, pelo direito, como enganoso, para fins promocionais, será tomado como *puffing*, lícito, portanto.

Pelo exposto, em um primeiro momento, resta indubitável que toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de “falsidade”. Isto ocorre porque toda e qualquer mensagem publicitária possui, em maior ou menor grau, um certo exagero quanto às características do produto ou serviço anunciado. Coibir tal carga mínima seria o mesmo que inviabilizar toda a atividade publicitária no mercado, o que não é possível, pois a publicidade constitui atividade econômica derivada do princípio constitucional da livre iniciativa, o qual se encontra no mesmo patamar da defesa do consumidor. Há que se harmonizar, portanto, o conceito de publicidade enganosa dentro das relações de mercado constitucionalmente protegidas.

O que o Direito do Consumidor pretende, em verdade, com a regulação jurídica da publicidade enganosa, é coibir o abuso concernente a tal falsidade, o que a transformaria em enganosidade e não, repita-se, retirá-la por completo da atividade publicitária. Faz parte da publicidade muitas vezes a “falsidade”, certo exagero com relação as qualidades dos produtos ou serviços anunciados, não significando por isto, que a enganosidade é essência do discurso publicitário, ser falso não necessariamente significa ser enganoso e este limite é justamente o ponto crucial a ser regulamentado pela ordem jurídica.

A apuração do critério enganoso na publicidade, contudo, constitui tarefa das mais difíceis, pois, já de início, algumas questões saltam aos olhos: a quem exatamente, a publicidade deve induzir em erro (ou apresentar a potencialidade enganosa) para ser, efetivamente, considerada enganosa, sujeitando-se às sanções do Código de Defesa do Consumidor? E ainda, quais são os critérios (se é que eles existem) para a determinação dessa enganosidade?

O *Federal Trade Commission Act* (FTCA) norte-americano de 1914, declara ilegais atos enganosos ou desleais e proíbe anúncios falsos de alimentos, medicamentos, aparelhos ou cosméticos e define o anúncio falso como aquele que direciona mal o consumidor em uma forma material. Esse documento aponta três critérios para a efetiva apuração da publicidade enganosa, em tudo aplicável ao nosso direito pátrio, dada a influência decisiva que o FTCA exerceu na elaboração das normas sobre publicidade do Código de Defesa do Consumidor.



São eles:

- a) a existência de uma afirmação, omissão ou prática com grande probabilidade de induzir o consumidor em erro;
- b) consideração da enganabilidade pela perspectiva do consumidor-padrão;
- c) materialidade da prática.

Passaremos, a seguir, a analisar cada um dos critérios supra mencionados.

O critério estabelecido na letra “a” refere-se ao já afirmado aspecto da potencialidade de indução do consumidor em erro e envolve a análise do anúncio publicitário por inteiro. Não basta a enganabilidade em apenas algumas frases do anúncio, a mensagem integral deverá ser analisada para se saber se há ou não a falha publicitária capaz de induzir ao consumo de um produto ou serviço, ou determinada característica, não efetivamente desejada pelo consumidor. Incorre na prática de publicidade enganosa, por exemplo, a embalagem que anuncie direito do comprador de participar de sorteio quando este já ocorreu.

O critério “b” acima citado, envolve a análise do consumidor-padrão. A publicidade de um produto ou serviço, na maioria das vezes, é dirigida a um público específico, o que influenciará na análise casuística do caráter enganoso da publicidade. Logo, tal caráter enganoso deve ser verificado em relação ao público-alvo do produto ou serviço anunciado. E, dentro desse público-alvo, deve-se chegar a uma definição de consumidor-padrão em relação àquele produto ou serviço específico.

O consumidor-padrão, portanto, é extraído, repita-se, dentre o público-alvo do produto ou serviço anunciado pois, obviamente, não há como estabelecer um critério uniforme de aferição do consumidor-padrão para todos os produtos e serviços disponíveis no mercado. O consumidor-padrão, por exemplo, de uma Ferrari, sem sombra de dúvidas, tem um perfil muito diferente do consumidor-padrão de um detergente em pó, e tais diferenças devem ser levadas em consideração sob pena de generalizarem-se figuras (consumidores) absolutamente diferentes.

Assim, o conceito de consumidor-padrão deve levar em conta o mais desinformado dos consumidores habituais do produto ou serviço anunciado, ou seja, o anunciante deve realizar seu cálculo baseado em um consumidor sem nenhuma obrigação de conhecer o produto ou serviço, objeto do anúncio publicitário.

Pelo exposto, fica claro que não é qualquer consumidor que pode alegar ter sido levado a erro pelo eventual conteúdo de uma publicidade; em verdade, se este consumidor supostamente lesado não integrar o conjunto de consumidores habituais do produto, ou seja, não integrar o público-alvo normal da mensagem publicitária, não poderá alegar ter sido enganado, se ficar demonstrado que o mais desinformado dos consumidores habituais daquele produto, não teria sido induzido em erro com aquela mesma publicidade.

Faz-se necessária, em tema de publicidade enganosa, a famosa análise “caso a caso” e o que aqui estamos afirmando serve apenas como mero vetor aos operários do Direito, direcionando sempre a análise jurídica ao consumidor-padrão do produto ou serviço anunciado.



Já o critério citado na letra “c” diz respeito à materialidade da publicidade enganosa, ou seja, a enganosidade da publicidade deve ser suficiente a ponto de, com grande probabilidade, influir decisivamente no comportamento do consumidor-padrão, levando-o a cometer um engano em sua decisão de consumo.

Este critério da materialidade oriundo do Direito norte-americano constitui poderoso vetor interpretativo para evitar-se abusos na aplicação do Código de Defesa do Consumidor pois, de fato, somente informações relevantes aos consumidores, afirmadas ou omitidas, podem sofrer as sanções próprias da publicidade enganosa. O contrário conferiria superpoderes aos consumidores, tornando a relação de consumo desequilibrada agora no outro pólo, o que não é desejado pelo Direito do Consumidor. O que se procura é o equilíbrio e não um protecionismo excessivo ao consumidor, altamente nocivo a qualquer espécie de mercado.

Consumidor nenhum poderá alegar a enganosidade em relação, por exemplo, à publicidade de um automóvel que omite informação relativa à não disponibilidade do produto na cor preta. Tal não consiste em informação material e não poderá sujeitar a conduta do fornecedor-anunciante como ilícita.

Com efeito, a publicidade, por atingir um sem-número de pessoas indetermináveis, gera uma relação jurídica difusa entre o fornecedor-anunciante e membros esparsos da sociedade. Assim, as entidades eleitas para a defesa dos interesses difusos, vale dizer, o Ministério Público, a União, o Estado, o Município, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, a sociedade de economia mista e as associações podem realizar um controle (judicial e extrajudicial) muito mais efetivo do que o consumidor individualmente lesado, já que este, nem sempre, enquadra-se no conceito de consumidor-padrão a ponto de poder, juridicamente, pleitear as sanções cabíveis à prática da publicidade enganosa. E os meios judiciais para o controle da publicidade enganosa existem à abundância no Direito vigente, haja vista a própria Ação Civil Pública e as ações coletivas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Tendo em vista toda a carga subjetiva e os critérios utilizados para a definição da propaganda enganosa no Brasil, o nosso judiciário ainda é muito incipiente no julgamento de Campanhas Publicitárias e conseqüente aplicação das sanções cabíveis. Quase nada se encontra em termos de propaganda enganosa em nossos tribunais, daí a importância do tema desenvolvido por este trabalho. Estamos ainda caminhando na criação de parâmetros e critérios mais definidos para o julgamento deste tão importante e complexo tema para os consumidores em nosso país.

Muito se discute a respeito da propaganda enganosa, em entrevistas, revistas e jornais, sites especializados e artigos de profissionais da carreira médica, no intuito de informar e alertar aos consumidores quanto à prática de anúncios enganosos, principalmente no que concerne a medicamentos e produtos de beleza e cobrar dos órgãos competentes uma maior fiscalização e punição efetiva às empresas que ainda praticam o ilícito da publicidade enganosa.

Recentemente a empresa de Telecomunicações Embratel, divulgou uma promoção por meio de comercial para mídia eletrônica – televisão, a qual foi considerada



enganosa pelo Conar – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária e suspensão liminarmente por este órgão. Tal Campanha foi citada pela concorrente desta empresa, Intelig Telecomunicações, na Revista VEJA, datada de 09/04/2003, páginas 72 e 73, demonstrando em seu anúncio, uma foto de jornal, com uma notícia, cujo conteúdo era o seguinte: “Conar suspende campanha da Embratel sobre fim de semana. Publicidade promete DDD gratuito, mas não informa sobre uma taxa mínima de R\$ 70,00”.

ÉTICA EMPRESARIAL E A PRÁTICA DA PROPAGANDA ENGANOSA

Nesta última década, conforme preceitua Gil (2002 apud KUAZAQUI, 2002, p. 62) “podemos falar muito sobre a ética, onde o assunto foi incorporado dentro do vocabulário das Escolas de Administração, junto com outros aspectos como o voluntariado por exemplo”.

As empresas estão enfrentando grandes desafios e sendo pressionadas para estabelecerem, em suas normas de conduta, uma postura ética traduzindo-se esta em uma forma de conduzir os negócios empresariais de tal maneira que torna a empresa parceira e co-responsável pelo desenvolvimento social. A empresa ética e socialmente responsável é aquela que possui a capacidade de ouvir os interesses de diferentes partes, sejam elas acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e meio ambiente e conseguir incorporá-los no planejamento de suas atividades, buscando atender às demandas de todos e não apenas dos acionistas e proprietários.

Sendo o foco de nosso trabalho o desenvolvimento do discurso publicitário e principalmente a propaganda enganosa, que muitas vezes é praticada pelas empresas anunciantes, iremos considerar, aqui, a Ética a ser desenvolvida pelas empresas sob o ângulo e preocupação com o “Consumidor”, deixando para outra oportunidade as demais partes envolvidas no negócio empresarial.

O Anunciante eticamente responsável e preocupado com a qualidade dos produtos e serviços que oferece a seus consumidores e clientes em potencial, precisa realizar permanentemente investimentos no desenvolvimento da qualidade de seus produtos e serviços para que os mesmos sejam confiáveis. Deverá, ainda, formatar e desenvolver um suporte a seus clientes, antes, durante e após o consumo de seus produtos e serviços, buscando satisfazer os consumidores e suas necessidades e promover sempre a excelência no atendimento.

O desenvolvimento de uma política de marketing e comunicação embasada no compromisso ético e educativo, promovendo campanhas publicitárias de seus produtos e serviços de maneira clara, precisa, com informações detalhadas e verdadeiras a respeito dos mesmos é o grande desafio das empresas atuais. A ética é, hoje, uma questão de sobrevivência corporativa. Pautar-se por uma mentalidade ética, moral, em um momento em que a paralisia e a desaceleração econômica travam o desenvolvimento e congelam novos investimentos só trará benefícios às empresas.



Foi desenvolvido estudo (POLYDORO, 2002), bastante interessante, a respeito do bombardeio de campanhas publicitárias a que os consumidores estão submetidos nos dias atuais e a importância da ética nas empresas como um diferencial de venda e sobrevivência em uma época do *Marketing na era da Infidelidade*. A matéria traz, em um de seus tópicos, alguns riscos da propaganda e algumas atitudes praticadas pelas empresas que fariam com que o consumidor jamais voltasse a comprar produtos ou serviços das mesmas, conforme passamos a demonstrar abaixo:

| Atitudes das Empresas | Percentual de Perda de Clientes |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| Veicular Propaganda Enganosa | 43% |
| Causar Danos à Seus Trabalhadores | 39% |
| Vender Produtos Nocivos à Saúde | 36% |
| Poluir o Ambiente | 33% |
| Usar Mão-de-Obra Infantil | 31% |
| Colaborar com Políticos Corruptos | 30% |

Fonte: Percepção do Consumidor Brasileiro, do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social.

Segundo Duailib há três atributos básicos para que a propaganda funcione; “ela precisa falar a verdade, ser original e não infringir o bom gosto” (POLYDORO, 2002, p. 36).

O grande problema, na visão do referido publicitário, é que muitas empresas desrespeitam o primeiro desses fundamentos, não querendo dizer que as empresas mintam deslavadamente, mas que estão entregando menos do que prometem. Como os consumidores hoje estão mais informados, percebem rapidamente quando a realidade é diferente do que foi propagandeado e nada os irrita mais do que sentir que foram enganados, como mostra a pesquisa realizada pelo Instituto *Ethos*.

Os consumidores ainda acreditam que as campanhas publicitárias tendem a exagerar as qualidades e os benefícios dos produtos¹. Conforme já estudado neste trabalho, o exagero é permitido, desde que não induza o consumidor a erro.

Tendo em vista o momento sócio-cultural-econômico em que nos encontramos, a empresa que não incorporar em seus negócios condutas éticas, procedimentos legais e estabelecer parâmetros lícitos e claros para a divulgação de seus produtos e serviços estará fadada ao insucesso e, a solução para os profissionais de marketing no meio desse turbilhão continua sendo a mesma: encontrar um mix ideal de ações para atingir com eficácia o consumidor e se sobressair de maneira ética, na multidão.



Misleading advertising – practical criteria for perception in Brazil. Brazilian judgments

ABSTRACT

This work is the result of my professional experience concerning the juridical area in the publicity activity industry of which the material is a new, not fully developed content in our country. The purpose of this research is to analyze the persuasion of the publicity discourse and the misleading advertising in order to determine to what degree the advertising activity can and should be persuasive and when it becomes misleading due to the excess and misuse of its persuasiveness. Determining this limit is one of the most complex tasks, since there are still no judgments and precedents established in our juridical law concerning the misleading advertising in Brazil. What we have today as parameters for this evaluation are some criteria. These criteria are the subject of our study aiming at determining some guidelines for perception and judgment of the misleading publicity. Since it is not up to us to judge the Publicity Campaigns, which we personally believe to be misleading, this study is limited to a brief analysis of the publicity language characteristics and persuasiveness, the predefined criteria for perception of the misleading publicity and some basic principles, which govern the publicity activity in our country.

Keywords: Publicity discourse. Persuasion. Misleading advertising.

NOTA

¹ Pesquisa “ A Imagem da Propaganda no Brasil”, realizada pela Associação Brasileira de Propaganda, demonstrou que 81% dos consumidores entrevistados possuem esta opinião.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Nelly de. *Publicidade: a linguagem da sedução*. São Paulo: Atica, 2002.

CARRASCOZA, João Anzanello. *A evolução do texto publicitário*. [S. l.: s. n., s. d.].

CASADO, Márcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. [2000?]. Disponível em: <www.ufsc.br/buscalegis>. Acesso em : nov. 2002.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1991.



- CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DURANDIN, Guy. *As mentiras na propaganda e na publicidade*. São Paulo: JSN Editora, 1997.
- GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. São Paulo: Summus, 1991.
- GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no Direito de Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- KUAZAQUI, Edmir et al. *A excelência em serviços: a academia de talentos*. São Paulo: PC Editorial, 2002.
- LEDUC, Robert. *Propaganda: uma força a serviço da empresa*. São Paulo: Atlas, 1977.
- LOPES, Elisabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista do Direito do Consumidor*, [S. l.], v. 1, mar. 1992.
- NINES, Luiz Antônio. A publicidade e o Direito do Consumidor. *Revista JUSTITIA*, São Paulo, v. 160, 1992.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997. v. 10.
- POLYDORO, Felipe. A marca na multidão. *Revista Amanhã*, Porto Alegre, ano 17, n. 182, p. 30-37, 2002.
- SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z: como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- SANDMAN, Antonio. *A linguagem da propaganda*. São Paulo: Contexto, 2001.
- SANT'ANA, Armando. *Propaganda: a teoria, técnica e prática*. São Paulo: Pioneira, 2002.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *O Direito do Marketing*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.
- SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas mercantis no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.
- SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- VESTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Tradução de João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

