DOCTRINA

PUBLICIDADE ENGANOSA — ASPECTOS DA REGULAMENTAÇÃO LEGAL

WALDÍRIO BULGARELLI

1. É incontroverso e por demais consabido que a publicidade ou propaganda dos produtos adquiriu significativo espaço nas técnicas de comercialização (*marketing* e *merchandise*) pelo seu alto poder de indução ao consumo em massa, através do apregoamento das qualidades e especificações do objeto consumível.

Fenômeno de certa forma ainda recente, haveria de entrar forçosamente nas cogitações dos juristas, na medida em que se tornando o elemento catalizador das técnicas promocionais, ensejou abusos como instrumento de concorrência desleal (atos desabonadores contra os concorrentes) e como forma enganosa em relação ao consumidor.

Razões pelas quais passou-se a dar inusitada importância na configuração da disciplina jurídica da concorrência desleal às falsas afirmações em detrimento dos concorrentes, sendo certo que num primeiro momento pôs-se acento direto na defesa dos concorrentes, deixando-se o consumidor em segundo plano.

Em época mais recente, contudo, as preocupações se voltaram para a proteção do consumidor¹ — e o seu direito de não ser enganado — e sem desdenhar da proteção à concorrência, tornou-se o ponto convergente ou interesse relevante a ser preservado.

Sob tal prisma a publicidade mereceu, como não poderia deixar de ser, especial atenção através do que se convencionou chamar de repressão à *publicidade mentirosa* (*publicité mensongère*, *publicidade enganosa* etc.), advindo daí uma série numerosa de regulamentações a respeito, como ocorreu no Brasil, procurando-se identificar e conceituar as várias formas de propaganda e deduzir os princípios básicos orientadores da publicidade leal.

2. Através de um dos últimos levantamentos procedidos junto ao direito de seis países europeus, ou seja, a França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica, Luxemburgo (todos membros da CEE — Comunidade Econômica Européia)² verifica-se que se consagrou antes de tudo o princípio da veracidade, e assim para que um reclame enganoso seja considerado *desleal* é necessário, em todos esses países, que traga indicações inexatas, ou seja, que as indicações não correspondam à realidade.

Essa situação casa-se perfeitamente com a brasileira, em que o fundamento da concorrência desleal, sob este prisma, repousa nas *falsas alegações*. É o que se verifica por exemplo, do art. 178 do Código de Propriedade Industrial de 1945 (mantido em vigor pelo art. 128 do atual CPI, Lei 5.772, de 21.12.71), que dispõe expressamente:

“Art. 178. Comete crime de concorrência desleal, quem:

“I — publica pela imprensa ou por outro modo, *falsa afirmação* em detrimento do concorrente com o fim de obter vantagem indevida;

“II — presta ou divulga, com intuito de lucro, acerca de concorrente, *falsa afirmação* capaz de causar-lhe prejuízo”.

Nesse sentido, vale lembrar também a aplicabilidade do art. 10-bis da Convenção da União de Paris, de 1883³ *ex vi* do Dec. 10.056, de 31.12.29, cujo teor é o seguinte:

“1. Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

“2. Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

“3. Deverão proibir-se particularmente:

“1.º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

“2.º) as *falsas alegações* no exercício do comércio suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

“3.º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, característica, possibilidade de utilização ou quantidade de mercadorias”.

3. Em relação especificamente à *publicidade enganosa*, várias nuances se apresentam, como as exagerações, as inexatidões, as falsas afirmações de prêmios ou distinções, as comparações, etc.

A regra geral que se colhe na maior parte dos países industrializados, é a de que as expressões exageradas de caráter inofensivo, em que os clientes não acreditam estão excluídas do campo dos enganos prejudiciais dentro de limites variáveis.

Parece que tem sido o direito italiano que tem demonstrado maior tolerância em relação às indicações exageradas; os tribunais partem do ponto de vista de que, via de regra, em matéria de publicidade, não se observa rigorosamente a verdade e que, sabendo disso, a clientela adota geralmente uma atitude desconfiada e procede ela própria às retificações necessárias. Por isso também estima-se que as alegações inexatas dos concorrentes se neutralizam mutuamente. As indicações inexatas são consideradas tanto mais inofensivas quando formuladas em termos gerais; em certos casos, entretanto, alegações falsas específicas (referidas a pontos concretos) são consideradas também lícitas. Pouco importa, sob este aspecto, que a publicidade seja ou não feita por empresas de renome e dignas de confiança. Aponta-se a propósito, uma decisão de 17.4.62, da Corte de Cassação italiana que decidiu que uma grande produtora de confeitos não praticou atos de concorrência desleal por ter juntado aos bolos vendidos por ela, um folheto indicando sob o título ‘resultados de análises’ uma enumeração inexata de ingredientes. Na mesma decisão, a Corte estimou que a empresa poderia utilizar, sem qualquer inconveniente, na sua publicidade como uma ‘espécie de prêmio Nobel destinado à indústria’ uma distinção honorífica sem valor, obtida por ela. Outra decisão do Tribunal de Gênova de 21.4.58 admitiu que a publicidade de uma das maiores marcas de carburantes continha

indicações inexatas referentes ao efeito de aditivos na gasolina; as alegações sugestivas apresentadas como indicações de caráter técnico costumam ser toleradas mesmo quando revelam, na realidade, mais imaginação do que técnica. Entretanto, quando se trata de *apropriação de qualidades* de outro concorrente, a apreciação é mais severa.

Os Tribunais alemães, ao contrário, parecem entender que a clientela acredita em grande parte na publicidade e na sua exatidão. Admite-se que mesmo as nuances no modo de formular as indicações publicitárias causem efeito sobre o público. Basta para tanto que uma fração não desprezível dos compradores seja enganada. Esta forma de ver conduz à verificação severa da veracidade da propaganda. Só são admitidas exceções quando, por causa do seu conteúdo, da fonte donde provém ou de outras circunstâncias, um anúncio aparece claramente como um exagero *charlatanesco* ("Marktschreierische Ubertreibung").

Os Direitos francês e holandês estão de modo geral mais próximos do Direito alemão que do Direito italiano. Entretanto, diferentemente do Direito alemão, consideram como inofensivas não só as exagerações charlatanescas como também certas alegações publicitárias de caráter geral, sobretudo as relativas às qualidades. Na França, só se consideram como inexatos os anúncios com indicações precisas e concretas.

A Bélgica, no passado, apresentou-se em grande parte como a Itália, tendo, contudo, a partir de uma decisão de 1934, adotado uma posição mais severa. No Luxemburgo também, uma decisão de 1936 sobre concorrência submeteu a veracidade da propaganda a exigências mais severas.

4. Quanto aos anúncios que alegam *uma posição excepcional* indicativa para exprimir que é superior a todos os seus concorrentes, utilizando, via de regra, o *superlativo*, saiu da doutrina e da prática alemã ("*Alleinstellungswerbung*") sendo contudo, conhecido em todos os países. Deve-se observar que neste caso de anúncio superlativo o que interessa verificar é em que medida é falacioso, constituindo um anúncio enganoso.

No Direito alemão o anúncio superlativo é encarado, como já afirmamos, mais severamente, não sendo, na maior parte dos casos, visto como um exagero inofensivo, mas pelo contrário como uma alegação publicitária que deve ser levada a sério. A Jurisprudência impõe ao autor do anúncio o encargo de provar que ele ocupa realmente a posição que anuncia.

Na Itália, ao contrário, a publicidade superlativa é admitida e considerada como um exagero inofensivo, quer o seu conteúdo seja verdadeiro ou falso. A ilicitude só foi conhecida em um pequeno número de casos. Dessa posição se aproxima o Direito holandês. Na França e na Bélgica a publicidade superlativa é tolerada na medida em que se trate de anúncio de caráter geral, notadamente os referentes a mercadorias; são, pelo contrário, consideradas como desleais as alegações mais precisas, como únicos especialistas ou únicos fabricantes.

5. Esta incursão pelo Direito Comparado europeu nos dá bem uma mostra da situação relativa aos vários tipos de publicidade examinados.

Pode-se dizer que por vários prismas e de maneira geral, a situação brasileira se aproxima da italiana, sobretudo em termos de tolerância com relação a certos tipos de anúncios, haja vista o grande número de anúncios superlativos e as comparações genéricas.

Perante o amplo espaço deixado pela legislação, era natural que abusos fossem cometidos, sobretudo, em prejuízo do consumidor, cuja proteção, conforme já vimos, tornou-se a maior preocupação nessa área.

Para minimizar os abusos, além da invocação dos ditames da disciplina da concorrência desleal e da proteção da propriedade industrial, regulou-se as empresas de publicidade e a profissão dos seus agentes (Lei 4.860, de 18.6.65, regulamentada pelo Dec. 57.690, de 1.º.2.66), tendo ainda surgido uma ordenação extra-estatalista, de iniciativa das empresas publicitárias, a qual curiosamente, seria reconhecida pela própria legislação estatal, conforme veremos a seguir.

Com efeito, o III Congresso Brasileiro de Propaganda aprovou em 1978, o que denominou de Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária,⁴ cuja razão de ser era “A ausência total de regulamentação, que permite práticas desordenadas em prejuízo da sadia competição entre anunciantes e agredindo os justos direitos do consumidor e o outro extremo, que é o de se delegar totalmente a função regulamentar aos governantes, cujas estruturas executivas e legais nem sempre demonstram entender a função, o valor e as sutilezas da publicidade comercial”.

Os objetivos expressos então para o Código, eram os de: a) estabelecer as regras éticas para a indústria publicitária; b) permitir uma ação efetiva para antecipar a controvérsia; c) estabelecer esquema de solução de queixas e disputas fora do apelo ao Poder Público; d) garantir solução pronta, veloz e objetiva das queixas, das reclamações e das disputas; o que foi reiterado no art. 8.º do Código, com a seguinte redação: “O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Este Código que nasceu do impulso e da iniciativa dos próprios profissionais interessados se destinava a servir de norma corporativa interna, acabou sendo, como afirmamos, encampado pelo próprio Estado, que determinou na Lei 4.680, de 18.6.65, sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda, mais precisamente no art. 17, a observância das disposições do Código de Ética, dispondo esse art. 17: “A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”.

Ainda na análise geral do Código de Ética vale mencionar as colocações preambulares que nele estão transcritas, compreendendo os seus sete artigos iniciais, que constituem um verdadeiro programa de publicidade leal e honesta, vejamos:

“Art. 1.º. Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.

“Art. 2.º. Todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir.

“Art. 3.º. Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.

“Art. 4.º. Todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência geralmente aceitos no mundo dos negócios.

“Art. 5.º. Nenhum anúncio deve denegrir a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular.

“Art. 6.º. Toda publicidade deve estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais.

“Art. 7.º. De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por agências e profissionais sediados no país — salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida”.

Na seqüência deste exame genérico da legislação referida à publicidade, fica patente que a Lei 4.860/65 já citada e seu regulamento o Dec. 57.690, de 1.º.2.66, especificam alguns pontos de interesse, como o conceito de propaganda, a qual é entendida como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado” (cf. art. 2.º, Dec. 57.690/66) ditando ainda o regime de proibições e deveres no exercício dessa atividade, conforme se verifica pelo exame do art. 17 do Dec. 57.690, citado, que dispõe:

“A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o art. 17 da Lei 4.680, de 18.6.45.

“I — Não é permitido:

“a) publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes;

“b) divulgar informações confidenciais relativas a negócio ou planos de Clientes-Anunciantes;

“c) reproduzir temas publicitários, axiomas, marcas, músicas, ilustrações, enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores;

“d) difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos;

“e) atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes;

“f) contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal;

“g) utilizar pressão econômica, com o ânimo de influenciar os Veículos de Divulgação a alterarem tratamento, decisões e condições especiais para a propaganda.

“II — É dever:

“a) fazer divulgar somente acontecimentos verídicos de qualidade ou testemunhos comprovados;

“b) atestar, apenas, procedências exatas e anunciar ou fazer anunciar preços e condições de pagamento verdadeiros;

“c) elaborar a matéria de propaganda sem qualquer alteração, gráfica ou literária, dos pormenores do produto, serviço ou mercadoria;

“d) negar comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas, direta ou indiretamente com o Cliente;

“e) comprovar as despesas efetuadas;

“f) envidar esforços para conseguir em benefício do Cliente, as melhores condições de eficiência e economia para a sua propaganda;

“g) representar, perante a autoridade competente contra os atos infringentes das disposições deste Regulamento”.

6. Os elementos colhidos na análise feita habilitam a passar para o exame específico da questão relativa à publicidade comparativa.

Sob tal aspecto já vimos como a legislação dá ênfase à veracidade, proibindo falsas informações, mas de certa forma também impondo o dever de dizer a verdade sobre as particularidades dos produtos, e inclusive que sejam passíveis de comprovação.

Lembraria em favor do afirmado, o disposto na Seção 5, do Código de Ética aqui já mencionado, cujo art. 27 é bastante significativo a respeito, valendo transcrevê-lo e a seus parágrafos:

“Art. 27. O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

“§ 1.º. Descrições: no anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos, devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações quando solicitadas.

“§ 2.º. Alegações: o anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco a: a) natureza do produto (natural ou artificial); b) procedência (nacional ou estrangeira); c) composição; d) finalidade.

“§ 3.º. Valor, preço, condições: o anúncio deverá ser claro quanto a: a) valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços; alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior; b) entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo; c) condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto; d) condições e limitações da garantia oferecida.

“§ 4.º. Uso da palavra “grátis”: a) o uso da palavra grátis ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente; b) nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido.

“§ 5.º. Uso das expressões vendedoras: o uso de expressões como “direto do fabricante”, “preço de atacado”, “sem entrada” e outras de igual teor não devem levar o Consumidor a engano e só serão admitidas quando o Anunciante ou a Agência puderem comprovar a alegação.

“§ 6.º. Nomenclatura, linguagem, “clima”: a) o anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expres-

sões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o “clima” pretendido. Todayia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e idéias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o Poeta já qualificou como “Língua errada do povo/Língua certa do povo/ Porque ele é que fala gostoso o Português no Brasil”; b) na publicidade veiculada pelo rádio e pela televisão, devem os Anunciantes, Agências e Veículos zelar pela boa pronúncia da língua portuguesa, evitando agravar os vícios de prosódia que tanto já estão contribuindo para desfigurar o legado que recebemos de nossos antepassados; c) todo anúncio deve ser criado em função do contexto sócio-cultural brasileiro, limitando-se o mais possível a utilização ou transposição de contextos culturais estrangeiros; d) o anúncio não utilizará o calão; e) nas descrições técnicas do produto, o anúncio adotará a nomenclatura oficial do setor respectivo e, sempre que possível, seguirá os preceitos e as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial — INMETRO.

“§ 7.º. Pesquisas e estatísticas: a) o anúncio não se referirá a pesquisas ou estatística que não tenha fonte identificável e responsável; b) o uso de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência.

“§ 8.º. Informação científica: o anúncio só utilizará informação científica pertinente e defensável, expressa de forma clara até para leigos.

“§ 9.º. Testemunhais: a) o anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar; b) o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável; c) quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como “licença publicitária” que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal; d) o uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o Consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada; e) o uso de sócias depende de autorização da pessoa retratada ou imitada e não deverá induzir a confusão”.

Certamente que o princípio da veracidade visa a manter corretamente informado o consumidor, daí inclusive a exigência de objetividade e de possibilidade de comprovação. Por isso, na Seção 7 do Código de Ética, sobre a Propaganda Comparativa, põe-se em evidência estes aspectos, tanto que o art. 32 dispõe: “Tendo em vista as modernas tendências mundiais — e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772, de 21.12.71) — a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor; c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d) em se tratando de bens de consumo, a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas dife-

rentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f) não se caracterize concorrência desleal, denigramento à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou prestígio de terceiros; h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.

NOTAS

1. Cf. na literatura estrangeira: *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*, obra coletiva, Milão, 1976; Denise Baumann, *Droit de la Consommation*, Paris, 1975; Ugo Ruffolo, *La Tutela Individuale e Collettiva del Consumatore*, Milão, 1979; Ugo Carnevali, *La Responsabilità del Produttore*, Milão, 1979; Angel Rojo y Fernandez Rio, *La Responsabilidad Civil del Fabricante*, Bolonha, 1974; Guido Alpa, *Responsabilità Dell'Impresa e Tutela del Consumatore*, Milão, 1975; Carlo Santagata, *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*, Nápoles, 1975; no Brasil, cf. J. M. Othon Sidou, *Proteção ao Consumidor*, Rio, 1977; Waldirio Bulgarelli, “Os interesses difusos e a proteção do consumidor”, RDM 46/87, 1982; “A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de *lege ferenda*”, RDM 49/41, 1983; e “A teoria jurídica da empresa”, Ed. RT, S. Paulo, 1985.
2. Cf. *La Répression de la Concurrence Déloyale*, t. I, Paris, 1967.
3. De acordo com a revisão de Estocolmo, de 1967.
4. Sobre a auto regulamentação publicitária, cf. J. A. Gomes Segade, “Sistemas de autorregulación publicitaria”, in *Rev. Derecho Industrial*, n. 17, mayo-agosto, 1984.