

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MARCELE CANTERLE GONÇALVES

PUBLICIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO
O discurso da *liberdade de expressão comercial* como artifício para
afastar a regulamentação da atividade publicitária pelo Estado

FLORIANÓPOLIS

2013

MARCELE CANTERLE GONÇALVES

PUBLICIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

**O discurso da *liberdade de expressão comercial* como artifício para
afastar a regulamentação da atividade publicitária pelo Estado**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

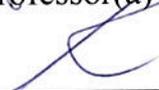
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Publicidade e Liberdade de Expressão: o discurso da "liberdade de expressão comercial" como artifício para afastar a regulamentação da atividade publicitária pelo Estado**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Marcele Canterle Gonçalves**, defendida em **02/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 2 de Julho de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



André Rodrigues de Oliveira
Membro de Banca



Lilian Patrícia Casagrande
Membro de Banca

*Aos meus pais,
Vera Regina e Antonio Carlos.*

Too often we hold fast to the cliches of our forebears. We subject all facts to a prefabricated set of interpretations. We enjoy the comfort of opinion without the discomfort of thought.

John F. Kennedy

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina às ideias, às opiniões e à ideologia que a fundamentam ou que nela são expostas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar se o discurso da *liberdade de expressão comercial*, sustentado pelos integrantes do setor publicitário ao longo dos últimos 35 anos como óbice à imposição de limites ao exercício da atividade publicitária pelo Estado, encontra fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfica. De início, a partir da análise da natureza da publicidade comercial, é possível constatar que esta tem finalidade eminentemente persuasiva, e não informativa. O objetivo da atividade é convencer o consumidor, por meio do emprego de técnicas específicas, a adquirir os produtos e serviços anunciados. Ademais, o uso de técnicas persuasivas muitas vezes implica no recurso a elementos enganosos e abusivos, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios acerca da publicidade, visando proteger a parte mais vulnerável desta relação. A seguir, desenvolve-se um estudo acerca dos fundamentos de proteção da liberdade de expressão e dos dispositivos constitucionais que garantem tal liberdade. A partir da constatação da finalidade eminentemente comercial da publicidade e do seu poder persuasivo, é possível verificar que esta atividade não atende aos fundamentos do funcionamento da democracia, da busca da verdade, do exercício da autonomia de consciência e do ensino da tolerância, tidos como justificadores da proteção constitucional à livre expressão. Por fim, analisam-se os argumentos apresentados em defesa da *liberdade de expressão comercial* como direito protegido constitucionalmente, desconstruindo-os a partir das constatações já realizadas. Conclui-se que a publicidade, apesar de constituir ato comunicativo, não se encontra no rol de atos protegidos pela liberdade de expressão garantida na Constituição de 1988, o que não significa que o direito de fazer publicidade não esteja garantido constitucionalmente. Como ferramenta da atividade econômica, a publicidade é regida pelos dispositivos constitucionais acerca da ordem econômica. Seu exercício encontra proteção no direito constitucional à livre iniciativa, que pressupõe a busca da dignidade humana e da justiça social, bem como o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica, dentre os quais se encontra a proteção do consumidor. Dessa forma, a regulamentação que visa dar efetividade à proteção do consumidor, como princípio constitucional da ordem econômica, é perfeitamente legítima, não consistindo espécie de censura. Assim, fica evidenciado que a *liberdade de expressão comercial* não encontra fundamentação no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Publicidade. Liberdade de expressão. Controle estatal. Ordem econômica. Direito do consumidor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 PUBLICIDADE: ASPECTOS IMPORTANTES	10
1.1 Noções introdutórias.....	10
1.2 Conceito e finalidade.....	11
1.3 Princípios jurídicos da proteção do consumidor frente à publicidade.....	18
1.3.1 Princípio da vinculação da oferta publicitária.....	19
1.3.2 Princípio da identificação da mensagem publicitária.....	20
1.3.3 Princípio da veracidade.....	21
1.3.4 Princípio da não-abusividade.....	24
1.4 Publicidade abusiva.....	26
1.4.1 Publicidade dirigida ao público infantil.....	29
1.5 Sistemas de controle.....	32
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	35
2.1 Fundamentos da liberdade de expressão	35
2.1.1 Liberdade de expressão e democracia	37
2.1.2 Liberdade de expressão e a busca pela verdade e conhecimento.....	40
2.1.3 Liberdade de expressão e autonomia de consciência	41
2.1.4 Liberdade de expressão e ensino da tolerância	43
2.2 Liberdade de expressão na Constituição de 1988	45
3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL.....	50
3.1 O discurso da <i>liberdade de expressão comercial</i>	50
3.2 A <i>liberdade de expressão comercial</i> como <i>slogan</i> publicitário.....	55
3.3 Regime jurídico da publicidade e legitimidade do controle estatal	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

A verificação do aumento do número de publicidades enganosas e abusivas, que apresentam mensagens contrárias a valores postos na Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da defesa do meio ambiente e da proteção da criança e do adolescente, bem como o direito à vida, à saúde e à segurança, levou o Estado a adotar medidas com vistas a regulamentar a atividade publicitária.

O surgimento de propostas destinadas a regular as publicidades de determinados produtos tidos como nocivos ao consumidor – como cigarros, bebidas alcoólicas e medicamentos –, assim como as mensagens comerciais destinadas ao público infantil, por sua vez, gerou revoltas no setor publicitário.

Os integrantes do setor – composto por anunciantes, agências e veículos de comunicação –, passaram a sustentar que as restrições à publicidade impostas pelo Estado vão de encontro ao direito à *liberdade de expressão comercial*, protegido pela Constituição.

Diante deste cenário, questiona-se: a Constituição de 1988 oferece proteção à *liberdade de expressão comercial*? O controle estatal da atividade publicitária constitui espécie de censura, conforme sustentam os interessados na sua veiculação?

Este trabalho tem por escopo estudar a publicidade e a liberdade de expressão constitucional, a fim de oferecer respostas às questões acima lançadas. Para tanto, são desenvolvidos três capítulos.

No primeiro capítulo versa-se acerca do conceito e da finalidade da publicidade comercial, bem como se abordam os princípios jurídicos de proteção do consumidor frente à publicidade, visto que esta constitui parte da relação pré-contratual de consumo. Tendo em vista que as propostas de regulamentação da atividade publicitária referem-se majoritariamente às mensagens de caráter abusivo, destina-se um tópico especificamente para o exame desta espécie de publicidade ilícita. Por fim, analisam-se os diferentes sistemas de controle da atividade.

No segundo capítulo analisam-se os fundamentos de proteção da liberdade de expressão e as previsões acerca desta liberdade na Constituição de 1988. Como a finalidade do trabalho é constatar se a publicidade comercial constitui ato comunicativo protegido pela liberdade de expressão – confirmando, se assim o for, a existência de uma *liberdade de expressão comercial* –, ao final de cada tópico é feita uma relação entre o fundamento analisado e a atividade publicitária, tendo como suporte o estudo desenvolvido no primeiro capítulo.

No terceiro capítulo aborda-se o discurso da *liberdade de expressão comercial* e os argumentos apresentados por aqueles que o sustentam. Em seguida, a partir da análise destes argumentos e do estudo desenvolvido nos capítulos anteriores, são apresentadas as respostas às perguntas lançadas anteriormente. Ao final, desenvolve-se um tópico acerca do regime jurídico da publicidade e da legitimidade do controle estatal.

Após, seguem as considerações finais e as referências bibliográficas.

1 PUBLICIDADE: ASPECTOS IMPORTANTES

1.1 Noções introdutórias

Primeiramente, antes de adentrar no estudo do conceito e da finalidade da publicidade, é preciso destacar que esta atividade ocupa papel essencial na fase pré-contratual da relação de consumo ¹, motivo pelo qual é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Acerca da fase preliminar da relação consumerista, dispõe Sergio Cavalieri Filho:

É nessa fase preliminar do processo de formação da relação de consumo que atuam os fornecedores na tentativa de captar manifestações de vontade do consumidor. Nela, produtos e serviços são apresentados e oferecidos, orçamentos são elaborados. Estratégias de marketing das mais variadas são empregadas com vistas à condução do consumidor à concretização do negócio jurídico e à prática do ato de consumo. ²

Ademais, destaca o referido autor que na fase pré-contratual, apesar de ainda não ter ocorrido o encontro de vontades, ocorrem tratativas, que podem gerar certa vinculação, principalmente quando despertam confiança e legítima expectativa em uma das partes contratantes. ³

Assim, ainda que no momento da veiculação da publicidade o contrato de consumo não tenha sido selado, e, portanto, não tenha ocorrido a aquisição do produto ou serviço por parte do consumidor, em razão da importância que esta atividade apresenta para a concretização dos negócios jurídicos de consumo e da expectativa que gera no público consumidor, seu exercício é disciplinado pela legislação consumerista.

Como o contrato ainda não se realizou, não há como adotar para os casos de publicidade o conceito tradicional de consumidor previsto no *caput* do art. 2º do CDC, segundo o qual “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” ⁴.

Para os casos de publicidade, aplica-se o conceito de consumidor equiparado, previsto no art. 2º, parágrafo único do CDC, que equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, e no art. 29 do mesmo diploma, que estabelece, especificamente para os casos de oferta e de

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 131.

² CAVALIERI FILHO, 2011. p. 99.

³ CAVALIERI FILHO, 2011. p. 130.

⁴ Questões controvertidas acerca do conceito de consumidor não serão abordadas por não constituírem fator relevante para o desenvolvimento da proposta do presente trabalho.

publicidade, que se equiparam a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a estas práticas.

Dessa forma, todo aquele que estiver exposto à mensagem publicitária, ainda que não venha a firmar contrato de consumo, é considerado consumidor e recebe a proteção da legislação consumerista.

Feitas as observações iniciais necessárias à compreensão da publicidade como parte do universo consumerista, passa-se à análise de seu conceito e da sua finalidade.

1.2 Conceito e finalidade

O cenário atual revela um mercado de consumo massivo, no qual a demanda de serviços e produtos não é resultado direto da necessidade do consumidor. Anteriormente à Revolução Industrial e ao conseqüente crescimento do mercado e da produção, o consumo era estável e proporcional⁵, somente produzia-se o que o consumidor realmente necessitava e estava em condições de adquirir, como vestimenta, alimentação e medicamentos.⁶ Hoje não há mais esta estabilidade, a produção industrial ultrapassou a demanda natural de serviços e produtos e os fabricantes se viram obrigados a estimular o consumismo para escoar a produção excedente e manter o mercado em constante movimento.

Como consumismo deve-se entender o “momento em que o consumidor deixa de adquirir bens e serviços apenas para a satisfação de suas necessidades e passa a ser incentivado pelo sistema à aquisição de bens de consumo desnecessários”⁷.

Em meio a esta economia de massa, caracterizada pela necessidade de circulação e multiplicação de bens e serviços, em que se busca o desenvolvimento por meio do estímulo ao consumo⁸, é que se desenvolveu a publicidade moderna. Através da difusão de ofertas e anúncios por meios de comunicação e via tecnológica, o fabricante não só estimula como também padroniza o consumo para atender à produção industrial. Ademais, serve a publicidade ainda como ferramenta concorrencial na medida em que leva o consumidor a optar entre uma ou outra marca de um mesmo produto.

⁵ MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva.** Revista de Direito do Consumidor, ano 20, n. 78, abr./jun., 2011. p. 228.

⁶ SANT’ANNA, Armando apud MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 273.

⁷ MAZON, 2011. p. 229.

⁸ MAZON, 2011. p. 228.

A publicidade surge, desta forma, como ação de *marketing*⁹ que se destina não somente a informar acerca das características do bem ou serviço comercializado, mas também, e principalmente, a despertar desejos e a criar a necessidade de consumir. Conforme assevera Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias, a publicidade apresenta um objetivo econômico bem definido e tem por finalidade “estimular vendas ou criar certo estilo de vida por meio da difusão e enaltecimento das qualidades de um produto ou serviço”.¹⁰ O próprio publicitário Eugênio Malanga conceitua a atividade como “*a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação*”.¹¹

Segundo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, a publicidade cria necessidades, manipulando os consumidores em direção ao produto ou serviço que irá supri-las. De acordo com o autor, são criados desejos supérfluos que, logo em seguida, graças às técnicas publicitárias, são transformados em produtos imprescindíveis.¹² Assim, como aponta Paulo Valério Dal Pai Moraes, “não é o mercado que comanda a produção, mas esta que comanda o mercado”.¹³

Dias comenta que originalmente a publicidade apresentava um caráter eminentemente informativo, tendo como finalidade principal levar ao consumidor o conhecimento da existência de produtos e serviços, bem como do local destinado a sua comercialização. Com a evolução da sociedade de consumo e o aumento da competitividade entre as empresas, no entanto, a publicidade passou a funcionar como um instrumento concorrencial, necessário para a captação de novos clientes, e não mais como mera ferramenta informativa. O caráter informativo da publicidade passou a ser acompanhado de uma intensa função persuasiva.¹⁴

Maria Elizete Vilaça Lopes traduz muito bem o caráter comercial e persuasivo da publicidade:

⁹ Maria Elizete Vilaça Lopes define de forma simplificada o conceito de *marketing* como sendo “o conjunto de atividades e operações que ocorrem desde a criação de um produto (ou serviço) até a sua destruição (término de sua vida útil) pelo consumidor final”. A autora esclarece que as ações de *marketing* voltam-se para quatro objetivos distintos: estudo do mercado, estudo do produto ou serviço, distribuição e comunicação, sendo a publicidade destinadas a este último objetivo, juntamente com as relações públicas e a promoção de vendas. In: LOPES, Maria Elizete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 950/951.

¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22.

¹¹ MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1977. p. 11.

¹² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101-102.

¹³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 272-273.

¹⁴ DIAS, 2010. p. 27.

O objetivo da publicidade não é só informar os consumidores, mas informar com o fito de vender; a publicidade procura, portanto, fazer isso de modo mais persuasivo, sublinhando as vantagens que o fabricante incorporou ao produto. O fabricante ou o fornecedor de serviços procura sempre apresentar o seu produto como sendo o melhor, o mais barato, o mais eficiente, o mais seguro, o mais bonito, o mais moderno. A sua tendência natural não é, obviamente, informar sobre as limitações inerentes ao produto ou, de modo geral, sobre as aplicações para as quais o produto não é adequado. Seria utópico esperar que o fizesse.¹⁵

Assim, a mensagem publicitária fornece informações acerca dos produtos e serviços ofertados, mas sempre de forma sugestiva, com a finalidade específica de vender. Para Gabriel Stiglitz, a atividade publicitária, utilizando-se desta linguagem tendenciosa, deforma a opinião do consumidor, impedindo que este escolha racionalmente o produto ou serviço. Segundo o autor, ocorre uma restrição na espontaneidade da escolha do adquirente: a publicidade relativiza seu poder de decisão e sua liberdade de contratar.¹⁶

Lina Bolkenhagen vai além e afirma que “a enorme quantidade de informações e mensagens publicitárias, bem como o excessivo uso do *merchandising* nos meios de comunicação acarreta o surgimento de consumidores sem autonomia própria”¹⁷. A autora ressalta que o caráter persuasivo dos anúncios publicitários pode não só influenciar, como também acabar com a vontade real e a liberdade de escolha do consumidor.

Para Marcelo Abelha Rodrigues, o consumidor, em razão das técnicas de persuasão empregadas na publicidade, sequer consegue distinguir o necessário do supérfluo. Os anúncios publicitários criam nos destinatários a necessidade de produtos e serviços que, caso não houvesse qualquer tipo de promoção de venda, não julgariam indispensáveis. A publicidade exerce um efeito psicológico no potencial consumidor, impedindo que ele formule um julgamento lúcido acerca do produto ou serviço ofertado.¹⁸ Na mesma linha, Iain Ramsay destaca que as preferências existentes no mercado de consumo não são naturais, mas sim “um produto das possibilidades existentes, influências sociais e padrões de consumo”¹⁹.

O argumento de que todos são livres para optar por aquilo que desejam e necessitam é apontado como simplista e falacioso por Paulo Valério Dal Pai Moraes. O autor

¹⁵ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 952.

¹⁶ STIGLITZ, Gabriel apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

¹⁷ BOLKENHAGEN, Lina. **Merchandising como técnica da publicidade: o seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua vinculação**. Revista de Direito do Consumidor, ano 20, n. 80, out./dez., 2011. p. 369.

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ensaio sobre a publicidade e o seu regime jurídico no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, ano 96, n. 864, out., 2007. p. 24.

¹⁹ RAMSAY, Iain. **O controle da publicidade em um mundo pós-moderno**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1102.

destaca que o consumidor, em razão de sua natureza humana, é vulnerável biológica e psiquicamente aos apelos de *marketing*. A publicidade, através do uso da imaginação e da criatividade, é capaz de provocar reações no interior das células nervosas dos organismos humanos, criando motivações dominantes, responsáveis pela tomada de decisões.²⁰

Bolkenhagen descreve a relação entre o ato de consumo e a motivação criada pelo fenômeno publicitário:

O ato de consumir nasce com a motivação, que induz a uma necessidade, que por sua vez desperta o desejo. Com base no desejo, surgem preferências, e o consumidor tenderá a escolher um produto ou serviço que as atenda. A motivação é a responsável pela intensidade, direção e persistência dos esforços de uma pessoa para alcançar uma meta.²¹

O anúncio publicitário, através de estímulos visuais, de paladar, auditivos, químicos e táteis, se comunica diretamente aos apelos subjacentes do aparelho psíquico humano (apelos sexuais, de segurança, de aceitação social, dentre outros), criando motivações que levam o consumidor a tomar decisões que não correspondem às suas necessidades naturais.²²

Além da vulnerabilidade psíquica e fisiológica acima descrita, há também a vulnerabilidade econômica e social do consumidor, que, segundo Moraes, “decorre diretamente da disparidade de forças existentes entre os consumidores e os agentes econômicos”, tendo em vista que “estes possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização de mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir”.²³

Vulnerável que é, o consumidor, influenciado pelos apelos da mídia publicitária, acredita estar fazendo uma escolha livre e consciente, mas não está.

[...] a atuação publicitária é esperta, preparada para atingir os pontos mais estratégicos da vulnerabilidade do consumidor, sendo capaz de gerar necessidades que acabam por nutrir a roda-viva do consumismo. A existência de uma vontade livre e consciente do consumidor é substituída por uma vontade formada (ou deformada) ao sabor da pretensão dos empresários, num grau técnico de sofisticação capaz de gerar no agente um sentimento ilusório de autonomia e liberdade de escolha, tão forte que não permitirá distinguir entre a escolha livre e a induzida.²⁴

Há quem sustente que a publicidade não tem grande poder de persuasão em razão do destinatário da mensagem já ter conhecimento da parcialidade da informação nela contida.

²⁰ MORAES, 2009. *passim*.

²¹ BOLKENHAGEN, Lina, 2011. p. 369.

²² BOLKENHAGEN, Lina, 2011. p. 370.

²³ MORAES, 2009. p. 175.

²⁴ XAVIER, José Tadeu Neves. **Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais**. Revista de Direito do Consumidor, ano 21, n. 81, jan./mar., 2012. p. 124.

Primeiramente, o simples conhecimento do caráter publicitário da mensagem não inibe o consumidor de ser influenciado. A publicidade comercial é incorporada de uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos emocionais ²⁵, o que faz com que o receptor da mensagem seja persuadido mesmo tendo conhecimento de que o anúncio é veiculado com fins comerciais.

Ademais, dentre as técnicas utilizadas pelos anunciantes para convencer o consumidor, uma das mais comumente empregadas é justamente aquela que faz com que o caráter publicitário da mensagem passe despercebido, de forma que o consumidor entenda não se tratar de uma mensagem comercial, mas sim de uma informação real.

A exemplo disso, tem-se a publicidade divulgada através das novelas, filmes, seriados e programas de auditório. Neles o apresentador muitas vezes presta depoimento acerca de produtos que supostamente utiliza em seu dia a dia, enaltecendo suas qualidades, sem que nem sequer os tenha experimentado. A publicidade, percebida como tal ou não pelo consumidor, influencia-o na sua tomada de decisão. Nas palavras de Guimarães, “a publicidade, principalmente aquela que passa por nós despercebida, exerce no nosso inconsciente um grande poder”. ²⁶

Para Dias, “Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor” ²⁷. Para criar este interesse, várias técnicas são utilizadas no meio publicitário. Dentre as principais técnicas estão a publicidade oculta, o *teaser*, o exagero publicitário, a publicidade de tom excludente, a publicidade testemunhal e a publicidade comparativa.

A publicidade oculta ou clandestina, já mencionada, é aquela em que a função promocional da mensagem não é facilmente identificada pelo consumidor, há a aparência de que a mensagem é objetiva ou que não provém do fornecedor ou fabricante do produto ²⁸, o que faz com que o destinatário da mensagem a interprete como uma informação neutra, desprovida de apelo mercadológico.

O *teaser* é uma espécie de pré-anúncio, nele uma mensagem é veiculada com a finalidade de despertar a curiosidade e a atenção do consumidor para uma nova campanha publicitária que será lançada posteriormente.

²⁵ DIAS, 2010. p. 27.

²⁶ GUIMARÃES, 2007. p. 104.

²⁷ DIAS, 2010. p. 21.

²⁸ DIAS, 2010. p. 204.

O exagero publicitário ou *puffing* “consiste na elevação máxima das qualidades do produto ou do serviço, geralmente pelo uso de advérbios ou de adjetivos em grau superlativo”, “um *exagero desprovido de fundamento objetivo* ou de comprovação fática, técnica ou científica”²⁹.

Na publicidade de tom excludente “o anunciante se apresenta ao público consumidor em posição de superioridade ou exclusividade em relação aos demais produtos ou concorrentes do mercado”³⁰.

Na testemunhal, como o próprio nome já diz, a mensagem é transmitida ao consumidor na forma de depoimento, ou seja, quem transmite a mensagem, normalmente celebridades ou especialistas, expressa suas próprias experiências na utilização do produto ou serviço, levando o consumidor a acreditar que está recebendo opiniões neutras, desvinculadas das transmitidas pelo anunciante.

Por fim, há a publicidade comparativa, em que o anunciante coloca em relevo a supremacia de seus produtos frente aos da concorrência, confrontando as características dos primeiros frente às do segundo³¹.

As técnicas acima referidas, ainda que sejam as mais comumente empregadas pelo meio publicitário, não são as únicas. A cada dia são desenvolvidas novas formas de convencer o consumidor de que o produto ou serviço ofertado é, além de altamente necessário, o melhor dentre todos os produzidos pela concorrência. A menção das referidas técnicas tem por fim demonstrar que a mensagem publicitária, ainda que apresente função informativa, é sempre desenvolvida com finalidade comercial.

O objetivo da publicidade é a comercialização de produtos e serviços mesmo quando o foco aparente da mensagem não seja o enaltecimento das qualidades por estas apresentadas. Atualmente, muitas são as mensagens publicitárias que apenas associam o produto ou serviço ofertado à ideia de felicidade e satisfação pessoal, sem nem sequer mencionar suas características. Nestes casos, o caráter persuasivo da mensagem ganha uma dimensão tal que a função informativa é praticamente inexistente.

Evidenciada a função eminentemente comercial da publicidade, bem como o seu poder de persuasão, passamos à análise dos demais elementos integrantes de seu conceito. Antes, no entanto, é importante destacar que, embora no dia a dia, e até mesmo na legislação,

²⁹ DIAS, 2010. p. 235.

³⁰ DIAS, 2010. p. 237.

³¹ DIAS, 2010. p. 249.

os termos “publicidade” e “propaganda” sejam empregados indistintamente, ambos não se confundem.

A propaganda, diferentemente da publicidade, não possui finalidade comercial, seu objetivo consiste em transmitir uma ideia, promover a adesão a certo sistema ideológico, seja ele de cunho político, religioso, filosófico, moral, econômico ou de qualquer outra natureza. Como manifestação do pensamento livre, a propaganda não possui interesse direto no complexo de relações consumeristas³², e está, portanto, fora do alcance das normas que regulam o direito do consumidor.

Eugênio Malanga, já em 1977, apresentou um exemplo esclarecedor acerca da diferenciação entre publicidade e propaganda:

[...] o governo brasileiro, desejando que o povo beba mais leite, por motivo de saúde, manda afixar cartazes nas ruas e faz, em rádio e televisão, anúncios estimulando o público: “Beba mais leite”. Isto é propaganda, é a divulgação de uma ideia com um objetivo evidente: aumentar o consumo de leite. Por outro lado, os industriais de laticínios, cujo interesse maior é o comercial, poderão reforçar a nova campanha de Propaganda, transformando-a, porém, em Publicidade. Poderiam, pois, acrescentar aos textos, após a palavra “leite”, a sua marca. E teriam, então, “beba leite X”, ou “beba leite Y”. Assim, quando se divulga o produto aliado à marca, faz-se publicidade.³³

Assim, apesar de muitas vezes serem veiculadas por meios idênticos, propaganda e publicidade distinguem-se em razão de suas finalidades. Enquanto a primeira tem por fim a comercialização de produtos e serviços, a segunda apresenta um caráter social e busca a adesão dos receptores da mensagem a uma linha de pensamento. Esta, portanto, por estar dissociada da relação de consumo, não se enquadra no objeto de estudo do presente trabalho.

34

A publicidade, ora em análise, é forma de comunicação social voltada para atividade econômica, produzida com o fito de convencer seus destinatários a adquirir ou utilizar produtos e serviços. Do seu conceito exclui-se toda forma de comunicação alheia à atividade econômica, como a comunicação científica, jornalística e política, bem como “a

³² PASQUALOTTO, Adalberto apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

³³ MALANGA, 1977. p. 11.

³⁴ Importante frisar que atualmente existem publicidades comerciais revestidas com características de propaganda. Como exemplo tem-se ideias de preservação do meio ambiente propagadas com a finalidade específica de vender determinado produto ou serviço. Neste caso, trata-se de publicidade comercial porque o intuito principal da mensagem é levar o consumidor a realizar a aquisição do produto/serviço, e não transmitir a ideia de proteção ambiental. Ademais, a proteção do meio ambiente constitui um dos princípios norteadores da atividade econômica (art. 170, VI, CF), sendo dever do fornecedor cumpri-lo.

simples informação descritiva ou estatística relativa à atividade econômica que não surja com uma intenção de promoção em favor de determinados agentes econômicos”.³⁵

Importante elemento do conceito de publicidade é a difusão. Antonio Herman Benjamin esclarece que “Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é inerente ao fenômeno”.³⁶ Para ser caracterizada como publicidade, a mensagem precisa chegar ao conhecimento do público, não importando o meio empregado. A difusão pode se dar tanto através dos meios de comunicação em massa, como televisão, jornal, rádio, cinema e internet, como por qualquer outro meio apto à divulgação.

Cláudia Lima Marques define publicidade como “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”³⁷. Vidal Serrano Nunes Jr., por sua vez, a descreve como “ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos ou serviços”³⁸.

Conforme se verifica, o objetivo de influenciar o público em favor de produtos e serviços é apontado corretamente pelos doutrinadores como núcleo do conceito de publicidade. A persuasão é inerente à atividade publicitária. Não há publicidade sem objetivo econômico. A publicidade tem por fim basilar convencer e persuadir o consumidor ao ato de compra, e não informá-lo acerca dos produtos e serviços ofertados, e deve ser assim interpretada pelos operadores do direito, principalmente quando a questão levantada é a possibilidade ou não de regulamentação desta atividade pelo Estado.

1.3 Princípios jurídicos da proteção do consumidor frente à publicidade

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) se destina a proteger o consumidor em todas as fases da relação de consumo, inclusive na fase pré-contratual, na qual se insere a publicidade.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 306.

³⁶ BENJAMIN, 2004, p. 306.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 345.

³⁸ NUNES Jr., Vidal Serrano apud NUNES Jr, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. **Limites à publicidade comercial e a proteção dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 18, n. 70, jan./mar., 2010. p. 249.

O referido Código, apesar de não ter listado expressamente os princípios consumeristas aplicáveis à publicidade, apresenta dispositivos que buscam a proteção do público consumidor frente aos possíveis efeitos nocivos desta atividade, possibilitando à doutrina, a partir da interpretação do texto legal, elencar os princípios que devam nortear a atividade publicitária a fim de que o consumidor, como vulnerável que é, não seja prejudicado.

São princípios jurídicos de proteção do consumidor frente à publicidade, dentre outros, o da vinculação da oferta publicitária, o da identificação do caráter publicitário da mensagem, o da veracidade e o princípio da não abusividade. Estes, por se mostrarem de maior relevância ao presente estudo, serão abordados nos subitens a seguir.

Ressalta-se, outrossim, que os princípios a seguir analisados são expressões diretas da boa-fé objetiva que deve reger todas as fases da relação consumerista. O princípio geral da boa-fé objetiva, consagrado pelo art. 4º, III do CDC, impõe deveres anexos à obrigação principal que devem ser cumpridos tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor, de forma a harmonizar e equilibrar a relação de consumo por eles firmada. O referido princípio é fonte do dever de lealdade, confiança e transparência e deve ser sempre observado quando da interpretação da mensagem publicitária.

1.3.1 Princípio da vinculação da oferta publicitária

Nem toda publicidade contém em si uma oferta, assim como nem toda oferta é realizada pela via publicitária. No entanto, de acordo com o disposto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sempre que a mensagem publicitária apresentar informações suficientemente precisas sobre o produto ou o serviço oferecido será equiparada à oferta e vinculará o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar. Em tais casos, pelo princípio da vinculação da oferta publicitária, os termos contidos no anúncio deverão ser obrigatoriamente cumpridos pelo anunciante e integrarão o contrato que vier a ser celebrado.

Nesta senda, convém colacionar o entendimento de Daniela Corrêa Jacques:

Como forma de proteger o consumidor na sociedade atual, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a vinculação da oferta feita por meio da publicidade, avançando no entendimento tradicional que concebia a publicidade apenas como um convite para contratar, estabelecendo a responsabilidade de qualquer fornecedor que se utilizar de determinada publicidade.³⁹

³⁹ JACQUES, Daniela Corrêa. **A Proteção Da Confiança No Direito Do Consumidor**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 353-354.

Ainda acerca do assunto, dispõe Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

Não se deve confundir [...] publicidade com informação. A informação é, muitas vezes, objeto da comunicação publicitária, mas nem sempre nela está presente de forma clara, precisa e exaustiva. A publicidade pode visar apenas à diversão e ao imaginário do consumidor, sem transmitir qualquer oferta ou informação. Apenas no caso de se consistir em oferta, isto é, a partir da divulgação de “informação suficientemente precisa” sobre, por exemplo, o preço e as características do produto, a publicidade tornar-se-á vinculante ao fornecedor, apresentando verdadeira natureza de declaração unilateral de vontade.⁴⁰

Dias elenca dois requisitos para que a oferta publicitária tenha efeito vinculante: que seja exposta ao público consumidor e que seja suficientemente precisa. Para alcançar o primeiro requisito basta que seja transmitida por qualquer meio de comunicação. No tocante ao segundo requisito, esclarece que não é necessário que a oferta apresente precisão absoluta, nem que contenha todos os elementos do futuro contrato. Segundo a autora, a publicidade com caráter de oferta veiculará o fornecedor e integrará os termos do contrato ainda que faça referência a apenas uma característica do produto ou serviço anunciado.⁴¹

Assim, as características dos produtos e serviços mencionadas no anúncio publicitário deverão corresponder à realidade, sob pena do consumidor, com base no art. 35 do CDC, pleitear, alternativamente e à sua escolha, o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta apresentada, a troca do produto ou serviço por outro equivalente ou a rescisão do contrato realizado, neste caso com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, bem como perdas e danos.

Ao veicular ofertas suficientemente precisas sobre produtos e serviços, a publicidade cria no público consumidor legítimas expectativas que devem ser protegidas pelo direito.⁴² O princípio da vinculação da oferta publicitária vem justamente para proteger tais expectativas na medida em que obriga o anunciante a cumprir todos os termos contidos na oferta publicitária.

1.3.2 Princípio da identificação da mensagem publicitária

O art. 36, *caput*, do CDC determina que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Da leitura do referido dispositivo tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona o princípio da identificação da mensagem publicitária.

⁴⁰ DIAS, 2010. p. 64.

⁴¹ DIAS, 2010. p. 77-78.

⁴² DIAS, 2010. p. 78.

Segundo este princípio, o anúncio deve transparecer seu caráter publicitário, de forma que o consumidor possa, no momento de sua veiculação, sem qualquer esforço ou exigência de capacidade técnica, compreender que está diante de uma mensagem com fins comerciais.⁴³ A identificação do caráter publicitário pelo consumidor deve ser rápida e fácil, sob pena de a publicidade ser configurada como ilícita.

O princípio da identificação da publicidade torna ilegal a publicidade oculta ou clandestina, que, conforme já especificado no item 1.1, disfarça sua natureza comercial, e também a publicidade subliminar, entendida como aquela “inserida dentro de uma imagem [...] por duração tão curta que seria imperceptível ao estado de consciência”, mas que atua “de forma poderosa diretamente no subconsciente, influenciando o comportamento do homem”⁴⁴. O relato mais conhecido sobre esta espécie de publicidade, sem casos registrados no Brasil, é de uma experiência feita nos Estados Unidos em 1957, em que foi constatado o aumento no consumo de Coca-Cola e pipoca após a inserção de mensagem de estímulo em fita de exibição no cinema⁴⁵.

Para Dias, “o mencionado princípio tem como *ratio* nuclear evitar que o consumidor seja exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que deles possa se defender”⁴⁶. Por não ter conhecimento do caráter publicitário da mensagem, o consumidor a recebe como uma informação neutra, desprovida de interesse comercial, o que o deixa ainda mais vulnerável e submetido aos seus efeitos persuasivos.

A percepção da natureza publicitária não impede que o receptor da mensagem seja influenciado, mas ao menos garante a ele a possibilidade de ponderar o grau de veracidade da informação nela contida. Segundo Guimarães, deve o consumidor saber “que aquelas informações que lhe estão sendo passadas contêm uma enorme parcialidade de opinião, já que feitas pela pessoa que pretende vender o bem ou serviço”⁴⁷.

Ademais, o princípio da identificação da mensagem publicitária decorre do próprio dever de transparência e lealdade nas relações consumeristas, já que o ocultamento do caráter comercial da mensagem pode induzir o consumidor em erro.⁴⁸

1.3.3 Princípio da veracidade

⁴³ DIAS, 2010. p. 65.

⁴⁴ GUIMARÃES, 2007. p. 117.

⁴⁵ GUIMARÃES, 2007. p. 117.

⁴⁶ DIAS, 2010. p. 67.

⁴⁷ GUIMARÃES, 2007. p. 113.

⁴⁸ DIAS, 2010. p. 67.

Conforme assevera Antonio Herman Benjamin, “Não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços”. O CDC estabelece ser direito básico do consumidor receber “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III), e atribui ao fornecedor o dever de prestar tais informações de forma correta, clara, precisa e ostensiva quando da apresentação e oferta dos produtos e serviços (art. 31), mas não impõe que tal seja feito pela via publicitária.

No entanto, sempre que optar por transmitir informações sobre seus produtos e serviços através da publicidade, o anunciante deve se ater ao dever legal de veracidade, de forma a evitar que o consumidor seja enganado.

O dever de veracidade da mensagem publicitária decorre do art. 37, *caput* e § 1º do CDC, que estabelece ser proibida a publicidade enganosa, entendida como aquela que, por apresentar-se inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo – inclusive por omissão –, seja capaz de induzir o consumidor em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Cumprido ressaltar que o que define a publicidade como enganosa não é a falsidade das informações nela contidas, mas sim a sua potencialidade de induzir o consumidor em erro. Assim, conforme denota Dias, “se houver indução em erro dos consumidores acerca de qualquer dado do produto anunciado, mesmo que tal indução não resulte de uma falsa informação, haverá violação ao princípio da veracidade”⁴⁹.

Para que a publicidade seja caracterizada como enganosa basta que apresente capacidade de indução em erro, não sendo necessário que o consumidor seja de fato enganado. Benjamin ressalta que a enganabilidade da publicidade é aferida *in abstracto*, e não *in concreto*, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer comprovação de prejuízo individual por parte do consumidor. O autor aponta o efetivo dano do consumidor como um mero *plus*, com implicações próprias na área cível e penal, que nada se confundem com o dever de indenizar o dano difuso que decorre da capacidade de indução em erro.⁵⁰ Destaca que “O que importa não são os *efeitos reais* da publicidade, mas, ao contrário, sua *capacidade de afetar* decisões de compra”⁵¹.

⁴⁹ DIAS, 2010. p. 74.

⁵⁰ BENJAMIN, 2004. p. 330-331.

⁵¹ BENJAMIN, 2004. p. 331.

Ademais, não será enganosa somente a publicidade que induzir todos ou uma quantia expressiva de consumidores em erro, para que a enganabilidade seja constatada basta que haja capacidade de indução em erro de uma parcela deles, ainda que pequena. Benjamin ressalta que na avaliação do potencial de induzimento devem ser considerados não só os consumidores bem informados ou atentos, mas também aqueles ignorantes, desinformados ou crédulos⁵².

Assinala o autor que “A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir em erro manifeste-se apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis”⁵³, como crianças, idosos, doentes e aqueles de pouca instrução. Tais consumidores, em razão de hipervulnerabilidade, seja ela física, psíquica, econômica ou meramente circunstancial, mostram-se mais suscetíveis aos efeitos nocivos da publicidade e não podem ser desconsiderados para fins de caracterização da enganabilidade.

Cabe observar ainda que a constatação da enganabilidade da publicidade independe da análise da boa ou má-fé do anunciante. Dessa forma, sempre que o anúncio tiver potencial de dano, mesmo que esta não tenha sido a intenção do anunciante, será caracterizado como enganoso e, por conseguinte, ilegal.

A publicidade enganosa, conforme se denota do texto legal (art. 37, § 1º, CDC), pode se apresentar na forma comissiva ou omissiva. Na publicidade enganosa por comissão o anunciante afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, enquanto que na publicidade enganosa por omissão o anunciante deixa de mencionar dados relevantes ao ponto de enganar o consumidor.

Evidente que o anunciante não tem o dever de apresentar todas as características do produto no anúncio publicitário. De acordo com o art. 37, §3º do CDC, somente a ocultação de informações essenciais leva à caracterização da publicidade como enganosa por omissão. Como essencial devemos entender todo o dado que, caso conhecido pelo consumidor, possa conduzir este a não realizar o ato de compra ou, ao menos, contratar de forma diferente. Para Benjamin, “o fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor”⁵⁴.

Segundo Dias, “Eventuais alegações a respeito de características do produto ou serviço devem apresentar a respectiva fundamentação”⁵⁵. Sendo assim, o fornecedor, ao fazer publicidade de seus produtos e serviços, deve manter em seu poder dados fáticos, técnicos e

⁵² BENJAMIN, 2004. p. 332.

⁵³ BENJAMIN, 2004. p. 332.

⁵⁴ BENJAMIN, 2004. p. 336.

⁵⁵ DIAS, 2010. p. 74.

científicos que comprovem as informações transmitidas no anúncio publicitário, sob pena de ser este classificado como enganoso. Trata-se do dever conferido ao anunciante de manter a prova da veracidade das informações veiculadas, consagrado pelo art. 36, parágrafo único, do CDC.

Uma questão que gera divergências na doutrina é se o exagero publicitário, também conhecido como *puffing*, se submete ou não ao princípio da veracidade. Entende-se, assim como Antonio Herman Benjamin e Paulo Jorge Scartezzinni Guimarães, que se a referida técnica é empregada constantemente no meio publicitário é porque há fundamento mercadológico para tanto. Se o anunciante recorre ao exagero publicitário é porque tem convicção de que este recurso influenciará pelo menos uma parcela dos consumidores a realizarem o ato de compra. Sendo assim, o exagero publicitário, desde que apresentado de forma objetiva, deve ser submetido ao princípio da veracidade. Assim exemplifica Guimarães:

Nestes termos, por exemplo, se o personagem do anúncio disser que determinado alimento é o mais gostoso que já comeu, ou que certo carro é para o apresentador o mais lindo a circular pelas ruas da cidade, não haverá ilicitude.

Todavia, afirmações como, por exemplo, “A nº 1”, “O carro nota 10” – que de forma indireta significam que o bem ou serviço é o melhor-, ou “a cerveja mais consumida do mercado” deverão ser verdadeiras, apoiadas em pesquisas anteriormente feitas com uma parcela considerável da população. Atente-se que tais expressões deixam no consumidor uma ideia de que há certos critérios ou padrões que foram analisados por um grupo de pessoas especializadas, como se tivesse ocorrido um torneio, permitindo aos vitoriosos utilizar-se de tais *slogans*.⁵⁶

Por fim, importante destacar que na análise da mensagem publicitária deve-se considerar não só o que foi literalmente exposto, mas também o contexto geral da mensagem e o sentido passado por esta ao consumidor, é o que Benjamin denomina de análise da “impressão total” da mensagem veiculada.⁵⁷ Ademais, caso o anúncio contenha mais de uma interpretação, basta que somente uma delas apresente-se como enganosa para que a publicidade seja caracterizada como ilegal.

1.3.4 Princípio da não-abusividade

O art. 37, *caput*, do CDC recepciona não só o princípio da veracidade, já analisado, como também o da não-abusividade da mensagem publicitária. O texto legal, no entanto, apesar de evidenciar a ilicitude da publicidade abusiva, não apresentou um conceito para esta como o fez para a publicidade enganosa, limitando-se a dispor, no § 2º do artigo mencionado, um rol exemplificativo de espécies de publicidades tidas como abusivas:

⁵⁶ GUIMARÃES, 2007. p. 129.

⁵⁷ BENJAMIN, 2004. p. 333.

Art. 37 [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Cabe à doutrina, portanto, a partir da análise do dispositivo legal retro transcrito e das formas de publicidade abusiva nele elencadas, elaborar uma definição para esta espécie de publicidade ilícita.

Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias, em estudo sobre a matéria, define a publicidade abusiva como:

toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico de nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e ao idoso (art. 230, CF), da tutela à saúde (art. 196, CF) e ao meio ambiente (art. 225, CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária.⁵⁸

A autora observa que o “*standard* ético-moral à luz de certa publicidade poderá variar de acordo com os padrões socioculturais de cada sociedade, oscilando de País para País, de Estado para Estado, dependendo das diversidades culturais”⁵⁹.

Desta forma, é abusiva toda publicidade que vai de encontro a princípios e valores que constituem a base legal, social e moral de uma determinada sociedade. O conceito, conforme se vê, é amplo e flexível, variando de acordo com o tempo e o espaço em que é analisado.

O princípio da não-abusividade busca, portanto, inibir práticas publicitárias que, ainda que não atinjam diretamente o consumidor, agridam a moral e os valores da sociedade em que ele se insere, prejudicando-o da mesma forma ou, dependendo do caso, de forma ainda mais grave.

Antonio Herman Benjamin destaca que, ao proibir a publicidade abusiva, o direito busca a proteção do consumidor em sua dupla face existencial, ou seja, o protege não só como partícipe do mercado, mas também como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais.⁶⁰

O próximo item será destinado a uma análise mais pormenorizada da publicidade abusiva, visto que a regulamentação desta espécie de publicidade ilícita, tendo em vista seu conteúdo vasto e flexível, tem sido alvo maior de críticas por aqueles que sustentam o direito dos anunciantes à *liberdade de expressão comercial*.

⁵⁸ DIAS, 2010. p. 161.

⁵⁹ DIAS, 2010. p. 166.

⁶⁰ BENJAMIN, 2004. p. 340.

1.4 Publicidade abusiva

Atualmente, não raro se vê mensagens publicitárias com apelos discriminatórios, que incitam a violência, que exploram o medo ou a superstição dos consumidores, que desrespeitam valores ambientais, que se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança ou do idoso, por exemplo, ou que sejam capazes de induzir o receptor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança. Mensagens como estas representam o abuso do direito dos empresários e fornecedores de anunciarem seus produtos ou serviços.

Conforme Dias, “a noção de abusividade perpassa hoje todos os ramos do Direito e, colocada de modo genérico, resta diretamente ligada à ideia de desatenção ou desrespeito explícito aos valores que informam o sistema normativo no qual o(s) indivíduo(s) se insere(m)”⁶¹.

No ordenamento brasileiro, o abuso de direito é expressamente previsto no art. 187 do Código Civil, o qual dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Paulo Valério Dal Pai Moraes, por sua vez, define abuso como sendo “o exercício irregular de um direito reconhecido, ou seja, é usar o direito em medida excessiva, vindo a evidenciar uma infração ao direito de outrem”.⁶²

No caso da publicidade, o abuso ocorre quando o anunciante, no intuito de captar novos clientes e conquistar o mercado, descuida de princípios e valores que constituem a base valorativa do ordenamento jurídico da sociedade, e, dessa forma, atinge negativamente o consumidor. Assim como na publicidade enganosa, a abusiva representa a quebra do dever de boa-fé objetiva por parte do anunciante.

O abuso se configura independentemente da comprovação do dolo ou culpa do anunciante, ou seja, verificada a abusividade, ainda que esta não tenha sido provocada intencionalmente por este, estará constatado o ilícito.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), cuja aplicação é vistoriada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

⁶¹ DIAS, 2010. p.158.

⁶² MORAES, 2009. p. 293.

(CONAR), contém diversos dispositivos que proíbem anúncios que vão de encontro aos valores maiores da sociedade consagrados na Constituição de 1988, de forma a evitar a publicidade abusiva.

Impõe o referido código, por exemplo, que “Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar” (art. 19) e que “Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade” (art. 20).

O CBARP também estabelece que a publicidade não deverá conter mensagens que possam induzir o consumidor a atividades criminosas ou ilegais (art. 21), que o anúncio publicitário deve se ater aos padrões de decência prevalecentes na sociedade em que é veiculado (art. 22), que o anunciante não deve abusar da confiança do consumidor, explorar sua falta de experiência ou de conhecimento ou se beneficiar de sua credulidade (art. 23) e que a atividade publicitária não deve apoiar-se no medo ou na superstição (arts. 24 e 25), nem conduzir à violência (art. 26).

Por fim, o CBARP repudia publicidades que manifestem descaso com a proteção e segurança do consumidor, sobretudo quando nelas figurem jovens e crianças ou quando a estes sejam endereçadas, orientando para a veiculação de informações e cuidados especiais sempre que o produto ou serviço anunciado assim exigir (art. 33).

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Autorregulamentação Publicitária listem casos de publicidade abusiva, não se pode estabelecer um rol fechado desta forma de publicidade ilícita, visto que a constatação da abusividade sempre dependerá da análise do caso concreto e de suas especificidades.

Dias afirma que a análise da publicidade abusiva exige manejo jurídico mais sensível do que a análise da enganosa. Enquanto os critérios para a apreciação do potencial lesivo na publicidade enganosa caminham para a objetividade, a análise da abusividade, por incluir diversos conceitos jurídicos indeterminados a serem preenchidos pelo julgador, requer deste um exame valorativo, com maior grau de discricionariedade e subjetividade.⁶³

Na publicidade abusiva o aplicador do direito, normalmente, ao invés de voltar sua atenção para os dados dos produtos e serviços divulgados na mensagem, se atém aos valores manejados pela peça publicitária.

⁶³ DIAS, 2010. p. 163.

Quanto à análise valorativa a ser feita pelo julgador quando do exame da publicidade abusiva, destaca a referida autora que:

[...] essa valoração deverá levar em conta o interesse juridicamente protegido pela norma, que é sempre o interesse social, i.e., coletivo, não se justificando a vedação legal a partir de um grupo isolado de consumidores ou a partir de subjetivismos e posições pessoais de um ou outro. O dano moral difuso deve ser avaliado à luz dos valores e dos usos e costumes que a sociedade, como um todo, está afeita a receber, fundamentando-se o julgador responsabilmente em parâmetros mínimos que deem sustentação à sua análise valorativa.⁶⁴

Dessa forma, para que a publicidade abusiva se configure é necessário que os valores por ela propagados não correspondam aos valores eleitos pelo ordenamento jurídico como informadores da sociedade em que se vive, não bastando a mera contradição aos valores de alguns membros desta sociedade.

Importante não confundir os valores pertencentes a alguns membros com os valores da sociedade como um todo acerca de grupos específicos, como as crianças e os idosos. A publicidade que tirar vantagem da deficiência de julgamento e experiência do público infantil, por exemplo, apesar de se destinar a este grupo específico, configura-se como abusiva por ferir os valores da sociedade cujo ordenamento busca a proteção e o desenvolvimento saudável de suas crianças (art. 227, CF).

O potencial lesivo na publicidade abusiva deve ser avaliado à luz da coletividade. Segundo Dias, “o que se busca como ponto de partida não são valores universais, mas o respeito e universalização de valores reconhecidos como vigentes por uma determinada sociedade”⁶⁵.

Nesta intrincada tarefa, o intérprete poderá valer-se de algumas ferramentas que o auxiliarão na identificação do potencial lesivo da mensagem, como o meio de comunicação utilizado e o público por ele atingido, bem como o horário escolhido para a divulgação da mensagem. Uma mensagem publicitária que apresente apelo sexual, mesmo que tenha sido classificada como abusiva em transmissão televisiva, pode, por exemplo, ter sua veiculação permitida em revista direcionada ao público adulto. A abusividade, neste caso, decorre da exposição da mensagem para público inadequado, e não do seu conteúdo em si, evitando-se o impedimento com a simples alteração do meio de comunicação empregado.

Cumprindo observar que, no caso da publicidade considerada abusiva por ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, §2º, parte final, CDC), a análise das características do produto ou do

⁶⁴ DIAS, 2010. p. 163

⁶⁵ DIAS, 2010. p. 166.

serviço ofertado também se apresenta como de grande relevância para a constatação do potencial abusivo da mensagem.

Isto porque, a depender da natureza do produto ou do serviço, de sua periculosidade (inerente ou não), do veículo de comunicação escolhido para transmitir a mensagem, das informações e advertências veiculadas, bem como de outros elementos do caso concreto, se poderá melhor avaliar o impacto causado pela mensagem e, por conseguinte, o potencial de indução desses consumidores a adotarem comportamento perigoso ou prejudicial à sua saúde.⁶⁶

Destacadas as características da publicidade abusiva, bem como os cuidados que se deve ter quando da análise do seu potencial lesivo, abordar-se-á, no subitem a seguir, a publicidade direcionada às crianças, visto que o público infantil, em razão de sua condição peculiar de hipervulnerabilidade, tem sido frequente alvo de abusos no meio publicitário.

1.4.1 Publicidade dirigida ao público infantil

A vulnerabilidade é uma característica inerente ao conceito de consumidor. Todo consumidor é vulnerável, seja técnica, jurídica ou economicamente. Há grupos de consumidores, no entanto, como os idosos, as crianças, os enfermos e os portadores de necessidades especiais, que apresentam uma vulnerabilidade mais acentuada, sendo denominados de hipervulneráveis. Tais consumidores, por estarem mais suscetíveis aos efeitos negativos da publicidade, requerem uma maior atenção do intérprete e aplicador da legislação consumerista.

Dentre os grupos de consumidores hipervulneráveis, as crianças são o alvo maior das mensagens publicitárias. Anúncios destinados ao público infantil são correntemente veiculados pelos principais meios de comunicação. São publicidades de brinquedos, roupas, calçados e alimentos destinadas a um público que ainda se encontra em fase inicial de desenvolvimento humano e que não compreende suficientemente a natureza comercial e persuasiva da mensagem a ele direcionada.

Cumprido observar que a criança, apesar de não compor diretamente a relação de consumo, é considerada consumidora por equiparação na medida em que é exposta às práticas publicitárias (art. 29, CDC).

O Código de Defesa do Consumidor, considerando a condição peculiar do público infantil, caracterizou como abusiva toda a publicidade que se aproveitar da deficiência de experiência e julgamento da criança para incentivar a venda de produtos e serviços (art. 37, §2º).

⁶⁶ DIAS, 2010. p. 169.

A norma consumerista, ao proteger a criança dos efeitos nocivos da publicidade, está em perfeita harmonia com os valores e princípios postos em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, coloca a defesa dos direitos das crianças e dos jovens como dever comum à família, à sociedade e ao Estado. Assim dispõe o referido dispositivo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

A Lei n. 8.069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, assegura a *proteção integral* dos direitos das crianças e adolescentes (art. 1º), devendo-se entender como criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos e como adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (art. 2º).

Na medida em que busca a proteção de princípios e valores postos no ordenamento, a lei consumerista protege o interesse da coletividade e impede que o fornecedor abuse de seu direito de anunciar produtos e serviços.

A análise da abusividade, conforme mencionado anteriormente, deverá levar em conta as características do caso concreto, o que impede que se estabeleça um rol taxativo de hipóteses em que a publicidade será abusiva por não respeitar a hipervulnerabilidade do público infantil.

O art. 37 do Código de Autorregulamentação Publicitária, no entanto, apresenta diversas normas éticas a serem respeitadas pelos anunciantes quando da veiculação de mensagens publicitárias destinadas a crianças e jovens. O referido dispositivo reconhece que deve ser dada atenção especial às características psicológicas do público infantil, sendo presumida sua menor capacidade de discernimento.

Dentre as observações colocadas no art. 37 do CBARP, está a de que nenhum anúncio deverá dirigir apelo imperativo de consumo diretamente à criança, que a publicidade deverá respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade deste público-alvo, devendo sua veiculação apresentar cuidados especiais em relação à segurança e boas maneiras, não podendo desmerecer valores sociais positivos, tais como amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente.

O referido dispositivo adverte que a publicidade não deve impor a noção de que o consumo de determinado produto proporcionará a superioridade da criança que o usufrui em

relação às demais, nem encorajar qualquer tipo de discriminação, em particular em relação àqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto. A publicidade não deverá, ainda, encorajar comportamentos socialmente reprováveis, nem provocar o constrangimento de pais e responsáveis com o intuito de impingir o consumo.

O conhecido anúncio publicitário do *Tênis da Xuxa* é um exemplo de publicidade abusiva direcionada ao público infantil. Neste anúncio, reprovado pelo CONAR e pelos órgãos de defesa do consumidor por encorajar comportamento socialmente indesejado e por provocar o constrangimento dos pais e responsáveis, a apresentadora incentivava as crianças a destruírem seus tênis usados para, após, pedirem aos seus pais o novo *Tênis da Xuxa* anunciado.⁶⁷

O recurso a elementos irrealis e fantasiosos ganha maior relevância quando a publicidade é direcionada a crianças, tendo em vista a ingenuidade e a elevada capacidade de imaginação característica desta fase da vida do ser humano. Um anúncio de boneca do estilo *Barbie* ou *Susi*, por exemplo, que apresente a boneca se movimentando e falando de forma independente, sem o auxílio da figura humana, acende na criança uma expectativa diferente da gerada no público adulto. Neste caso estaríamos diante de uma publicidade ilícita, visto que a criança, em razão do estado de desenvolvimento em que se encontra, cria a expectativa legítima de que o referido brinquedo, ao lhe ser entregue, apresentará todas as características que lhe foram atribuídas no anúncio publicitário, o que não se verificará no caso concreto.

Sobre o assunto, dispõe Tatiana Jezini:

No caso da criança, a magia criada pela utilização de cores, músicas, sons e luzes faz com que ela imagine que determinado brinquedo vai funcionar exatamente como visto na propaganda⁶⁸ ou, então, que somente o uso daquele sapato será capaz de torna-la uma bailarina ou, no mínimo, de ajuda-la a dançar melhor.⁶⁹

Há autores, como Isabella Henriques, e inclusive organizações, como o Instituto ALANA⁷⁰, que defendem a proibição total da publicidade direcionada às crianças, em razão destas não serem capazes de identificar o caráter comercial da mensagem a elas direcionada nem de se proteger de seus efeitos negativos. Há inclusive um projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 5921/2001) visando à proibição de publicidades que se destinem à venda de produtos infantis.

Sobre os efeitos da publicidade no público infantil, dispõe Isabella Henriques:

⁶⁷ GUIMARÃES, 2007. p. 147.

⁶⁸ O termo “propaganda”, para uma correta compreensão do trecho citado, deve ser aqui interpretado como sinônimo de publicidade comercial.

⁶⁹ JEZINI, Tatiana. **Influência da publicidade sobre as crianças**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 32.

⁷⁰ Maiores informações na página <<http://alana.org.br/>>.

Por se aproveitar do desenvolvimento incompleto das crianças, da sua natural credulidade e falta de posicionamento crítico para impor produtos e serviços, a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil restringem, significativamente, a possibilidade de escolha dessas pessoas, substituindo seus desejos espontâneos por apelos de mercado.⁷¹

Outros, como Dias, defendem uma melhor regulamentação desta espécie de publicidade no Brasil, sem que haja o seu banimento pelo Estado, de forma que o público infantil seja protegido sem afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa na atividade econômica. Segundo este entendimento, a publicidade, mesmo que voltada para o público infantil, é legal na medida em que respeita a vulnerabilidade característica do público a que é direcionada e transmite valores condizentes com os elencados pelo ordenamento pátrio.

Certo é que os princípios e valores postos em nosso ordenamento devem ser respeitados. A criança deve ser protegida da publicidade que vá de encontro ao seu direito a um desenvolvimento saudável, não devendo ser exposta aos apelos mercadológicos, muito menos a mensagens que se aproveitam de sua credulidade, ingenuidade e inexperiência para impingir a necessidade do consumo desnecessário, e as limitações postas às publicidades dirigidas às crianças até o presente momento caminham neste sentido.

1.5 Sistemas de controle

A publicidade, assim como toda atividade humana, não está isenta de controle.⁷² Conforme já mencionado, o anunciante não tem o dever legal de anunciar produtos e serviços, mas se opta por fazê-lo deve cumprir regras e respeitar princípios.

O sistema de controle da publicidade pode se dar de três formas distintas: exclusivamente pela esfera estatal, exclusivamente pela esfera privada ou de forma mista.

No sistema exclusivamente estatal, somente o Estado pode ditar normas de controle da publicidade, não havendo espaço para a autodisciplina. No sistema exclusivamente privado, pelo contrário, há somente a autorregulamentação, ou seja, os próprios profissionais da área publicitária regulam suas atividades, sem qualquer ingerência do Estado.

O Brasil adotou o sistema misto, que inclui, simultaneamente, o controle público e o autorregulamentar. O primeiro é efetivado no país pela Administração Pública, pelo

⁷¹ HENRIQUES, Isabella. **Publicidade dirigida às crianças: a constitucionalidade da proibição**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 34.

⁷² BENJAMIN, 2004. p. 301.

Ministério Público e pelo Judiciário, com o auxílio de órgãos de natureza privada com interesse no controle da publicidade, como as associações de consumidores; já o segundo é desempenhado, de forma geral, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

Sérgio Rodrigo Martinez define o CONAR como “um órgão com natureza jurídica de direito privado, constituído em uma sociedade civil sem fins lucrativos, com duração ilimitada, voltada para a aplicação de suas normas auto-regulamentadoras”⁷³.

O referido órgão, segundo o disposto em seu Estatuto Social, tem como objetivo zelar pela comunicação comercial, fazendo observar as normas estabelecidas no CBARP; funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria publicitária ou questões a ela relativas; oferecer assessoria técnica sobre ética na publicidade aos seus associados, aos consumidores e às autoridades públicas; divulgar os princípios e normas do CBARP, visando esclarecer a opinião pública acerca de sua atuação regulamentadora da atividade comercial; bem como auxiliar os veículos de comunicação e os anunciantes a chegarem em acordo quando necessário, salvaguardando os interesses legítimos destes e dos consumidores.

Os integrantes do meio, tais como Gilberto Leifert e Alex Periscinoto, conforme esperado, defendem que o sistema autorregulamentar é suficiente para garantir a ética na publicidade e a proteção do consumidor. Na defesa desta posição, costumam alegar que o mercado, interessado na concorrência leal e na moralidade na atividade publicitária, tem razões de sobra para evitar e corrigir os desvios acaso surgidos, e que, mesmo que tais incentivos mercadológicas mostrem-se insuficientes, os consumidores sempre poderão recorrer ao judiciário caso se sintam prejudicados.⁷⁴

Benjamin, no entanto, lista objeções relevantes à adoção do sistema exclusivamente privado. De acordo com o autor, as disposições autorregulamentares, ao contrário das normas jurídicas, são desprovidas de generalidade e, portanto, operam tão somente no plano normativo interno, vinculando tão somente aqueles que a aderem de forma voluntária. O referido sistema, além disso, em oposição ao estatal, que se funda na autoridade, apresenta-se como mera derivação contratual, o que lhe confere força vinculante inferior à existente no sistema público. Por fim, afirma Benjamin que o sistema autorregulamentar, apesar de regular a publicidade, evitando por vezes que esta atinja o consumidor de forma

⁷³ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1069.

⁷⁴ BENJAMIN, 2004. p. 302.

negativa, não o faz com o propósito específico de defender a parte mais vulnerável da relação de consumo, mas sim com o intuito de proteger o mercado da concorrência desleal e da imoralidade.⁷⁵

Conforme Marília Mazon, o sistema de controle exclusivamente privado mostrou-se “insuficiente para atender as necessidades de proteção do consumidor, exigidas por uma sociedade de consumo em massa, pois são suas normas privadas dotadas de uma eficácia limitada sem caráter legal, suas sanções são privadas e sem poder coercitivo”⁷⁶, inexistindo segurança jurídica.

Entende-se, assim como os autores acima referidos, que o sistema misto é o mais indicado para conter a publicidade ilícita. O sistema autorregulamentar apresenta méritos incontestáveis, mas não a ponto de dispensar a atuação do Estado na defesa do consumidor e dos demais direitos postos no ordenamento jurídico. Nas palavras de Maria Elizabete Vilaça Lopes, “o sistema misto de controle da publicidade, através da autodisciplina e da lei, é, com efeito, o modelo ideal”⁷⁷.

Dessa forma, “a auto-regulamentação passa a ser um instrumento a mais, não afastando — porque compatível com ela — a regulamentação estatal”⁷⁸.

Destacados os principais aspectos acerca do conceito e da finalidade da publicidade, bem como os princípios jurídicos e formas de sistemas destinados à sua regulação, passa-se ao estudo da liberdade de expressão constitucional, utilizada como argumento em defesa da não regulamentação da atividade publicitária pelo Estado.

⁷⁵ BENJAMIN, 2004. p. 302/303.

⁷⁶ MAZON, 2011. p. 222.

⁷⁷ LOPES, 2010. p. 953.

⁷⁸ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 08/06/2013. p. 39.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 Fundamentos da liberdade de expressão

Martins Neto define a liberdade, em sentido jurídico, como “uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso”⁷⁹. De acordo com este entendimento, a liberdade é deduzida negativamente, vigorando sempre que não houver norma jurídica ordenando ou proibindo determinado comportamento.

O autor destaca, no entanto, que nas democracias constitucionais, algumas liberdades, por serem consideradas de grande valia, são garantidas na própria Constituição, de forma a impedir que o legislador ordinário, diante da omissão do constituinte, as restrinja. No Brasil, são garantidas as liberdades constitucionais de locomoção, religião, expressão, reunião, associação, profissão, iniciativa econômica, dentre outras.⁸⁰

As liberdades, pois, podem ser legais e constitucionais e se exprimem sempre por meio de uma autorização normativa de agir, negativa ou positiva. No caso das primeiras (liberdades legais), para agir conforme melhor aprouver no espaço em branco deixado pela ausência de normas proibitivas e mandamentais impondo conduta diversa no nível da lei. No caso das segundas (liberdades constitucionais), para agir (ou deixar de agir) conforme e nos limites das permissões constitucionais especiais. Em qualquer caso, o conteúdo das liberdades é direito assegurado a uma dada margem de ação.⁸¹

Especificamente em relação à liberdade constitucional de expressão, Martins Neto ressalta que, por maior abrangência que se queira lhe atribuir, em nenhum sistema legal tal liberdade é concebida em termos tais que signifiquem conferir proteção e imunidade a toda e qualquer comunicação.⁸² Segundo o autor, “o simples fato de uma Constituição não ter, de modo explícito, declarado determinadas comunicações como não protegidas não significa automaticamente que elas não possam ser banidas pelo legislador”⁸³.

De acordo com o autor, “a liberdade de expressão não legitima todo e qualquer ato comunicativo”⁸⁴. A calúnia, a difamação ou até mesmo o falso grito de fogo num teatro lotado com a finalidade de gerar o pânico coletivo, por exemplo, apesar de serem atos

⁷⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 25.

⁸⁰ MARTINS NETO, 2008. p. 26-27.

⁸¹ MARTINS NETO, 2008. p. 27.

⁸² MARTINS NETO, 2008. p. 29.

⁸³ MARTINS NETO, 2008. p. 35.

⁸⁴ MARTINS NETO, 2008. p. 30.

comunicativos, não são protegidos pela liberdade de expressão. Logo, a simples caracterização de um ato como comunicativo não implica, necessariamente, na sua inclusão no rol de atos protegidos por esta liberdade constitucional.

A garantia constitucional da liberdade de expressão, por si só, não impede o legislador ordinário de reprimir validamente determinadas comunicações.⁸⁵ Segundo afirma Martins Neto, a liberdade de expressão protege somente os atos comunicativos que possuem valor expressivo.⁸⁶ Tem valor expressivo, por sua vez, todo ato comunicativo que se concilie de alguma forma com os fundamentos que levaram o constituinte a proteger a livre expressão.

87

O valor jurídico de uma comunicação não se define por fatores como o tema do discurso, o ponto de vista, a correção política, a concordância alheia, a elegância, a infalibilidade científica, a inteligência, o interesse da autoridade. O que se exige é, apenas, a compatibilidade da mensagem com os fundamentos de proteção da palavra: inclusão da democracia, participação no saber, realização da autonomia e promoção da tolerância. Quando essa conexão não falta, está satisfeita a condição de incidência da liberdade de expressão, independentemente de quão polêmico, chocante, ignaro ou inconveniente pareça o conteúdo da comunicação, ou a forma pela qual é exposta.⁸⁸

Dessa forma, o que define um ato comunicativo como expressivo, e, por conseguinte, digno da proteção conferida pela liberdade de expressão, não é o seu conteúdo, mas sim a sua compatibilidade com os fundamentos que levaram a referida liberdade a ser garantida constitucionalmente.

Conforme destaca Martins Neto, “Embora as constituições nem sempre indiquem, é intuitivo que, se a liberdade de expressão é um direito protegido, é porque existem razões em função das quais se supõe e aceita que a circulação da palavra é valiosa”⁸⁹.

Segundo o autor, “As principais razões de proteção da liberdade de expressão são a promoção do funcionamento da democracia, da busca da verdade e do conhecimento, da autonomia de consciência e do ensino da tolerância.”⁹⁰ Sendo estes os motivos justificadores da proteção da livre expressão, somente os atos comunicativos que de alguma forma contribuem para a realização destes objetivos estão amparados por esta modalidade de liberdade constitucional.

⁸⁵ MARTINS NETO, 2008. p. 45.

⁸⁶ MARTINS NETO, 2008. p. 47-48.

⁸⁷ MARTINS NETO, 2008. p. 76.

⁸⁸ MARTINS NETO, 2008. p. 83.

⁸⁹ MARTINS NETO, 2008. p. 46.

⁹⁰ MARTINS NETO, 2008. p. 71.

Nos subitens a seguir, analisar-se-á separadamente cada um dos fundamentos da liberdade de expressão, a fim de se constatar se a publicidade comercial se enquadra ou não no rol de atos comunicativos protegidos pela livre expressão constitucional.

2.1.1 Liberdade de expressão e democracia

De acordo com Martins Neto, “uma das mais evidentes razões de proteção da liberdade de expressão consiste em promover o funcionamento do modelo democrático de governo”⁹¹. Para o autor, a liberdade de expressão não constitui mero elemento circunstancial da democracia, mas sim sua própria essência.⁹²

O regime de governo democrático, adotado no art. 1º da Constituição de 1988, se funda no princípio da soberania popular, motivo pelo qual também recebe a denominação de autogoverno coletivo. Conforme descrito no diploma constitucional, no regime democrático “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único).

Acerca dos princípios que fundamentam a democracia, afirma José Afonso da Silva:

A democracia, em verdade, repousa sobre *dois princípios fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual *o povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra do *todo poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio secundário ou derivado: o *da representação*.⁹³

Sendo o povo o titular originário do poder, sua participação efetiva e operante na coisa pública torna-se um dos pressupostos do governo democrático.

A participação do povo nos atos decisórios do governo, por sua vez, pressupõe a garantia da livre expressão a todos os seus membros. Segundo o disposto na Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a liberdade de expressão constitui “um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”⁹⁴.

⁹¹ MARTINS NETO, 2008. p. 49.

⁹² MARTINS NETO, 2008. p. 50.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131.

⁹⁴ DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/11_Declaracao_principios_liberdade_expressao.pdf>. Acesso em 14/06/2013. p. 01.

Conforme assevera Robert A. Dahal, “a liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política”⁹⁵.

Como poderão eles tornar conhecidos seus pontos de vista e persuadir seus camaradas e seus representantes a adotá-los, a não ser expressando-se livremente sobre todas as questões relacionadas à conduta do governo? Se tiverem de levar em conta as idéias de outros, será preciso escutar o que esses outros tenham a dizer. A livre expressão não significa apenas ter direito de ser ouvido, mas ter também direito de ouvir o que os outros têm para dizer.

[...]

Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem – e aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão. Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia.⁹⁶

Ademais, consoante Martins Neto:

Na lógica do sistema [democrático], a liberdade de expressão cumpre funções cruciais: permitir que os eleitores façam escolhas informadas nas eleições a partir da ampla discussão entre candidatos; que as pessoas possam influenciar as escolhas das políticas governamentais; que as autoridades públicas sejam submetidas a críticas que podem levar à sua substituição, que o abuso do poder e os atos de corrupção sejam denunciados ou prevenidos pelo receio de sua revelação; que aspirações contraditórias na comunidade sejam identificadas e os respectivos interesses acomodados em favor da estabilidade social; que indivíduos e minorias, à medida que podem abertamente dissentir, aliviem frustrações e não precisem recorrer à violência como alternativa para alcançar o poder, combater ações de governo ou obter atenção para pretensões reformistas; que melhores deliberações sejam tomadas com a audiência de todos os lados do debate.⁹⁷

Assim, a liberdade de expressão torna-se essencial para o funcionamento da democracia na medida em que garante ao cidadão a possibilidade de participar da vida política e influenciar no planejamento das decisões governamentais, bem como de discutir abertamente as ações de governo e, se for o caso, combater as que vão de encontro aos valores democráticos.

De acordo com Edilsom Farias, “um regime político no qual os cidadãos são impedidos de manifestarem publicamente as suas opiniões sobre os atos dos responsáveis pelo resguardo da coisa pública ou sobre o desempenho de instituições públicas não passa de um embuste ou arremedo da democracia”⁹⁸.

⁹⁵ DAHAL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/radsad.pdf>>. Acesso em 14/06/2013. p. 110.

⁹⁶ DAHAL, 2001. p. 110.

⁹⁷ MARTINS NETO, 2008. p. 49.

⁹⁸ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

Para Júlio Cesar Casarin Barroso Silva, “o livre intercâmbio de razões e argumentos possui um valor excepcional para o autogoverno coletivo”⁹⁹.

É através da manifestação livre de suas opiniões e ideias que os cidadãos contribuem para o processo democrático. Destaca-se aqui a observação feita por José Afonso da Silva de que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”¹⁰⁰. Segundo o autor, a democracia constitui o instrumento de realização da igualdade e da liberdade no plano prático.¹⁰¹

De acordo com José Afonso, a democracia no Estado Democrático de Direito é “participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo” e “pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade”.¹⁰²

Conforme se vê, não basta que seja garantida a liberdade de expressar certas ideias tidas como aceitas, é preciso garantir inclusive a livre expressão e circulação de opiniões contrárias às posturas adotadas pelo governo. De acordo com Julio Cesar Silva, “Se o Estado exclui contribuições comunicativas com base num senso específico do que é bom ou valioso, entra em contradição com o projeto de autodeterminação coletiva”¹⁰³.

Segundo Fabiana Nogueira Neves, “A polêmica faz parte do processo democrático. A expressão das opiniões, a defesa das posturas individuais e coletivas por vozes motivadas por razões diversas entre si, também”¹⁰⁴.

Por fim, destaca Martins Neto que, “Em associação com a democracia, a liberdade de expressão só tende a proteger as manifestação orientadas a interagir no processo político”¹⁰⁵. Ademais, acrescenta o autor que, “se este fosse o único fundamento da liberdade de expressão, só o discurso que ao menos remotamente interessasse ao funcionamento da democracia deveria por coerência gozar da especial proteção constitucional”.¹⁰⁶

⁹⁹ SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-124122/pt-br.php>>. Acesso em: 1º/06/2013. p. 115.

¹⁰⁰ SILVA, J. A., 2009. p. 126.

¹⁰¹ SILVA, J. A., 2009. p. 131-132.

¹⁰² SILVA, J. A., 2009. p. 119-120.

¹⁰³ SILVA, J.C.C.B., 2009. p. 127.

¹⁰⁴ NEVES, 2009. p. 12.

¹⁰⁵ MARTINS NETO, 2008. p. 52.

¹⁰⁶ MARTINS NETO, 2008. p. 52.

Assim, a partir da análise do conceito e da finalidade da publicidade comercial desenvolvida no capítulo anterior e do exame dos motivos que levam a democracia a ser incluída como uma das razões de proteção da liberdade de expressão, é possível afirmar que o fundamento do funcionamento do modelo democrático não serve como justificativa para a livre manifestação da atividade publicitária. Esta, como instrumento de persuasão e convencimento, vinculado a finalidades lucrativas e submetido a interesses privados, não constitui forma de exercício da soberania popular e de efetivação do autogoverno democrático.

A atividade publicitária, que tem como função primordial fomentar o consumo e alcançar o lucro, não constitui meio pelo qual a população possa ter acesso a informações de caráter político ou influenciar os atos e decisões governamentais. Se a mensagem veiculada exercer função política ou ideológica, de fato, contribuirá para o funcionamento da democracia, mas neste caso não se estará tratando de publicidade comercial, mas sim de propaganda, que, conforme explicitado anteriormente, não é objeto do presente trabalho.

2.1.2 Liberdade de expressão e a busca pela verdade e conhecimento

O segundo fundamento da liberdade de expressão apontado por Martins Neto é a busca da verdade e do conhecimento. De acordo com o autor, “o fundamento da busca da verdade dá cobertura a um amplo leque de assuntos ou matérias (história, negócios, literatura, ciência, etc), não se limitando a justificar os debates de caráter estritamente político, isto é, que implicam a participação das pessoas no processo democrático de governo”¹⁰⁷.

No preâmbulo da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão consta que “o direito à liberdade de expressão é essencial para o avanço do conhecimento”. Somente através do livre embate de ideias é que será possível alcançar a verdade e, desta forma, aperfeiçoar o conhecimento.

Segundo Santos, “Não existe melhor meio de se chegar à verdade e aprimorar o conhecimento do que pelo embate de idéias. Proibir uma idéia de circular é particularmente odioso, pois suprime o direito de toda a humanidade de conhecer aquela opinião, aperfeiçoá-la ou refutá-la”¹⁰⁸.

Conforme destaca Martins Neto, “A proteção da liberdade de expressão em razão do valor da verdade não perde sentido em virtude do reconhecimento da falibilidade do saber”

¹⁰⁷ MARTINS NETO, 2008. p. 54-55.

¹⁰⁸ SANTOS, 2011. p. 15.

¹⁰⁹. Adverte o referido autor que “por mais que verdades sejam polêmicas, provisórias e relativas, o que conta é a potencialidade do avanço do conhecimento, do seu aperfeiçoamento e aprofundamento contínuos” ¹¹⁰.

Assim, toda ideia tem legitimidade para circular. Se for verdadeira, não há motivos para não admiti-la; se falsa, sua circulação permite o reforço da verdade pelo embate de ideias. ¹¹¹

Ademais, conclui Santos, a partir de tese desenvolvida por Stuart Mill, que “A segurança da veracidade de uma idéia que se tem hoje como verdadeira advém justamente da possibilidade de ser refutada e de ter até hoje vencido as teses contrárias” ¹¹².

Especificamente quanto à publicidade comercial, objeto do presente estudo, é preciso destacar que este ato comunicativo não tem como fim divulgar ideias ou representar a opinião daqueles que a fazem veicular sobre uma determinada matéria, muito menos comunicar a verdade sobre determinado assunto. Representa uma forma de convencer consumidores a adquirirem determinados produtos ou serviços fornecidos por aquele que anuncia, o que descarta a possibilidade de justificar a sua livre divulgação pelo fundamento do alcance da verdade e do conhecimento.

Conforme já evidenciado no capítulo anterior, várias são as técnicas empregadas pelo setor publicitário com a finalidade de instigar o consumidor a realizar atos de consumo. Várias delas buscam justamente desviar a atenção deste das falhas apresentadas pelo produto anunciado ou dos riscos que este pode oferecer, manipulando a sua percepção acerca da realidade. A função persuasiva, que leva muitas vezes à distorção das informações prestadas, compõe o próprio conceito de publicidade, motivo pelo qual a busca da verdade não pode ser apontada como uma de suas contribuições.

2.1.3 Liberdade de expressão e autonomia de consciência

A autonomia de consciência dos ser humano, ou seja, a liberdade que este tem de pensar e concluir por si próprio constitui também um dos fundamentos de proteção da liberdade de expressão. ¹¹³

Por direito à autonomia de consciência, ou simplesmente liberdade de consciência, designa-se um âmbito de deliberação intelectual sob domínio exclusivo do

¹⁰⁹ MARTINS NETO, 2008. p. 56.

¹¹⁰ MARTINS NETO, 2008. p. 56.

¹¹¹ SANTOS, 2011. p. 16.

¹¹² SANTOS, 2011. p. 16.

¹¹³ MARTINS NETO, 2008. *passim*.

indivíduo, em cujo interior estão crenças, opiniões, interpretações, sentimentos e preferências que, mesmo soando como infundadas segundo o juízo dos outros, são reconhecidas como legítimas enquanto próprias de um homem e na medida em que correspondentes a mais significativa de suas vocações.¹¹⁴

De acordo com Martins Neto, a liberdade de expressão, na medida em que proporciona a autonomia de consciência, constitui um imperativo da própria condição humana, visto que o que distingue o homem no mundo das criaturas vivas é justamente a sua capacidade de razão.¹¹⁵

A idéia é a de que, sobre a própria mente, o indivíduo deve exercer soberania absoluta, razão pela qual os regimes que pretendem impor ou proibir aos cidadãos uma confissão religiosa ou convicções seculares estão em contradição com a aptidão de autoconsciência que é atributo e destino natural do homem como ser de razão.¹¹⁶

Assim, ao se garantir a autonomia de consciência se está protegendo a própria dignidade da pessoa humana, destacada na Constituição de 1988 como princípio fundamental.

Se dignidade é uma locução de definição imprecisa, eis aqui um dos seus significados concretos: impor o respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo.¹¹⁷

Ademais, cumpre ressaltar que a autonomia de consciência pressupõe não só o direito do ser humano de pensar e manter suas opiniões e conclusões para si, mas também o direito de externa-las.

Neste sentido, dispõe Martins Neto:

Onde é reconhecido, o direito à autonomia de consciência, ou liberdade de consciência, implica mais do que a supérflua permissão de secretas cogitações. Ele exprime o reconhecimento de que as crenças, opiniões, sentimentos, interpretações ou gostos resultantes do processo de pensamento sejam sábios ou não aos olhos de terceiros, são uma propriedade legítima do indivíduo. Em um duplo sentido: não só o indivíduo é digno de pensamento próprio, como os seus pensamentos são dignos de apropriação, ou seja, lícitos de possuir.¹¹⁸

E conclui o autor que, sendo o indivíduo dono de seus pensamentos, deve ter a prerrogativa de dispor do que é seu, “o que inclui a faculdade de expressar-se no âmbito de relações comunicativas, em especial, de comunicar a outros aquilo que legitimamente crê, entende, sente, percebe ou prefere”¹¹⁹.

Dessa forma, a liberdade de expressão é protegida para possibilitar que o ser humano exercite a sua autonomia de consciência, que implica não só no exercício de suas

¹¹⁴ MARTINS NETO, 2008. p. 59.

¹¹⁵ MARTINS NETO, 2008. p. 59.

¹¹⁶ MARTINS NETO, 2008. p. 59.

¹¹⁷ MARTINS NETO, 2008. p. 73.

¹¹⁸ MARTINS NETO, 2008. p. 61.

¹¹⁹ MARTINS NETO, 2008. p. 61.

faculdades racionais como também na exteriorização das crenças, opiniões, interpretações, sentimentos e preferências dela resultantes. Negar ao indivíduo o exercício da liberdade de consciência resultaria no descumprimento do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento da autonomia do ser humano.

Sobre o assunto, assevera Santos:

Ser dotado de autodeterminação significa que cada ser humano é responsável por si, que é dono de sua própria consciência e convicção. Sua razão deve ser protegida e respeitada mesmo que a expressão de seus pensamentos seja sem sentido ao juízo de terceiros, pois pensar por si significa uma das mais importantes vocações do ser humano como tal.¹²⁰

Por fim, conclui o autor:

Como se verificou, um ser humano certamente será menos humano se não lhe for dado o direito de exprimir seus sentimentos e emoções. Por mais irrelevantes ou odiosas que sejam, é seu direito tê-los, e faz parte de sua humanidade poder expressá-los, porque a ninguém é dado o direito de dizer como uma pessoa deve pensar.¹²¹

Trazer o fundamento do exercício da autonomia de consciência como justificativa para a livre divulgação da publicidade comercial implicaria, portanto, no reconhecimento deste ato comunicativo como resultado do exercício da razão e da consciência do ser humano, o que não é plausível.

A publicidade não constitui forma de expressão da autonomia de consciência de indivíduos, mas sim ação de *marketing* desenvolvida por empresas destinada a despertar desejos e a criar necessidades de consumo, o que impossibilita que se defenda a sua livre veiculação sob o fundamento da proteção à liberdade de consciência.

Ao invés de possibilitar ao ser humano o exercício pleno das suas faculdades racionais, a atividade publicitária manipula as preferências deste, por meio da aplicação de técnicas persuasivas com recursos de natureza psicológica, de forma a impingir neste a necessidade do consumo de produtos que, muitas vezes, não satisfazem as suas necessidades reais.

2.1.4 Liberdade de expressão e ensino da tolerância

O ensino da tolerância, apontado por Martins Neto como o quarto e último fundamento de proteção da liberdade de expressão, advém da aplicação dos demais fundamentos apresentados, ou seja, da existência de uma sociedade democrática, da

¹²⁰ SANTOS, 2011. p. 12-13.

¹²¹ SANTOS, 2011. p. 13.

possibilidade do embate de opiniões na busca pela verdade e do respeito à liberdade de consciência dos indivíduos.

Se uma democracia pressupõe o respeito à pluralidade de ideias, se a busca da verdade e do conhecimento advém justamente do embate de diferentes opiniões e se o respeito à autonomia de consciência exige que se dê oportunidade aos indivíduos de exporem as ideias e crenças resultantes de seu processo de pensamento, independentemente de quão sábias ou não possam parecer aos olhos de terceiros, pode-se afirmar que a livre expressão pressupõe o exercício da tolerância.

Neste sentido, assevera Martins Neto:

A tolerância, portanto, não é só útil; é a única opção consentânea com o regime democrático, que valoriza o debate em vez da imposição; com a doutrina de que a verdade requer o antagonismo para ser aprimorada; e com o preceito da inviolabilidade da liberdade de consciência. Educar para a tolerância é, assim, uma razão de proteção da liberdade de expressão implicada pelas demais, democracia, conhecimento e autonomia.¹²²

Tolera-se a palavra porque numa democracia, que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, nenhuma ideia, seja política, moral ou religiosa, deve ser repelida ou desprezada. A opinião pertencente a alguns, ou até mesmo a um único integrante do povo, merece o mesmo respeito que a opinião tida como aceita pela maioria.

Reconhecer a necessidade de se tolerar ideias e opiniões que divergem das nossas próprias não significa que devemos tolerar toda espécie de comunicação. Um exemplo é justamente a publicidade comercial, objeto deste estudo. Nesta, não há a transmissão de opiniões ou ideias, mas de mensagens de cunho persuasivo vinculadas a interesses privados e econômicos, o que impede que recursos a elementos enganosos e abusivos, como mensagens de caráter discriminatório ou contrárias ao meio ambiente, por exemplo, sejam simplesmente toleradas.

Toda noção veiculada na publicidade fica atrelada ao objetivo do aumento da venda de produtos e serviços. Não há expressão de opiniões políticas, não há busca pelo alcance da verdade real, não há exercício de autonomia de consciência, o que descarta a possibilidade de se exigir que tais mensagens sejam simplesmente toleradas em razão da proteção constitucional à liberdade de expressão.

¹²² MARTINS NETO, 2008. p. 69.

2.2 Liberdade de expressão na Constituição de 1988

A liberdade de expressão está consagrada em diversos dispositivos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Trata-se, em síntese, do direito de todos os brasileiros manifestarem seus pensamentos, ideias e opiniões sem que sejam estas objeto de censura ou repressão.

A configuração constitucional da liberdade de expressão começa com a formulação de que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV). Segundo Edilson Farias, “É plausível inferir que a Norma Fundamental procurou, com a redação desta cláusula geral, oferecer desde logo ampla proteção jurídica aos cidadãos de modo que estes pudessem compartilhar livremente suas ideias com os outros”¹²³. Ademais, afirma o autor que se encontram indistintamente amparadas por este dispositivo “as múltiplas manifestações do pensamento, ideias ou opiniões, levadas a efeito nos diversos campos da vida humana”¹²⁴.

Farias destaca que a norma constitucional supracitada protege tanto a liberdade de pensar em si (como capacidade interior do indivíduo) como a liberdade de exteriorizar os pensamentos elaborados, visto que “o oferecimento de embaraços ou impedimentos à auto-expressão do pensamento finda por tolher a própria faculdade de as pessoas pensarem”¹²⁵.

Ademais, ressalta que a Constituição ampara não só a liberdade *positiva* de expressão do pensamento, mas também a liberdade *negativa*, ou seja, o direito de não manifesta-lo.¹²⁶ Logo, ninguém é obrigado a falar se quiser resguardar seu pensamento em segredo, mantendo-o em sua esfera íntima.¹²⁷

O autor identifica a liberdade prevista no inciso IV do artigo 5º como liberdade genérica de expressão do pensamento, da qual fazem parte as liberdades de expressão de consciência e crença religiosa (inciso VI), de expressão filosófica e política (inciso VIII) e de expressão artística e científica (inciso IX).

A primeira das liberdades citadas como implicação do direito geral de livre expressão do pensamento encontra-se disposta no art. 5º, inciso VI, da Constituição, que diz ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

¹²³ FARIAS, 2004. p. 152.

¹²⁴ FARIAS, 2004. p. 153.

¹²⁵ FARIAS, 2004. p. 154.

¹²⁶ FARIAS, 2004. p. 154.

¹²⁷ SILVA, J. A., 2009. p. 244.

Para Farias, a liberdade de consciência e crença compreende:

[...] a liberdade de crer ou de não crer (a liberdade de religião e a liberdade ideológica), a liberdade de manifestação pública das crenças ou convicções pessoais (a liberdade de culto) e o direito de se comportar de acordo com suas crenças religiosas e convicções pessoais (direito de objeção de consciência).¹²⁸

Destaca-se que não só é permitida aos cidadãos a livre escolha da religião, como também lhes é garantido o direito de não aderir a nenhuma crença religiosa, como é o caso dos ateus e agnósticos.¹²⁹

A segunda liberdade derivada do direito geral à livre expressão do pensamento encontra-se positivada no art. 5º, inciso VIII, do diploma constitucional, o qual estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Através deste dispositivo protege-se, além da liberdade de crença religiosa identificada no inciso VI, a liberdade de expressão filosófica e política. Assim, garante-se “a todos os cidadãos a faculdade de manifestar disinibidamente as suas opiniões filosóficas e políticas, sem que por isso possam vir a ser molestados”¹³⁰.

Conforme enfatiza Farias e de acordo com o estudo da democracia como fundamento da liberdade de expressão desenvolvido no item 2.1, a liberdade de expressão política é imprescindível para o funcionamento de um autêntico regime democrático, na medida em que “é pré-requisito para a formação de uma opinião pública independente e pluralista ou para o estabelecimento de um debate público franco e vigoroso”¹³¹.

A terceira liberdade citada como derivação da liberdade de expressão, por sua vez, está inserida no art. 5º, inciso IX, que constitui ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. De acordo com este dispositivo, “os cidadãos estão amparados constitucionalmente para desenvolverem as suas potencialidades intelectuais nos campos artísticos e científicos”¹³².

Para Santos, “Neste inciso nada mais fez o constituinte do que enfatizar a proteção dada à manifestação de pensamento, garantindo que nenhuma forma de expressão dependa de censura ou licença”¹³³.

¹²⁸ FARIAS, 2004. p. 156-157.

¹²⁹ SANTOS, 2011. p. 39.

¹³⁰ FARIAS, 2004. p. 156-158.

¹³¹ FARIAS, 2004. p. 158.

¹³² FARIAS, 2004. p. 159.

¹³³ SANTOS, 2011. p. 39.

Dessa forma, protege-se o pensamento na medida em que se protegem todas as suas formas de manifestação, sejam elas de caráter artístico, científico ou simplesmente comunicativo.

Apresentados os principais dispositivos constitucionais que visam proteger a liberdade de expressão, convém demonstrar o entendimento de Farias acerca da distinção desta liberdade ante a liberdade de comunicação.

Para o autor, enquanto a liberdade de expressão abrange as expressões de pensamento, opinião, consciência, ideia, crença e juízo de valor, a liberdade de comunicação representa o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existentes na vida social.¹³⁴ Esta compreende “a liberdade positiva de comunicar fatos por meios institucionalizados, do direito de acesso às fontes de informação, do direito de acesso aos meios de comunicação de massa e do direito de ser informado”¹³⁵.

Acerca da dificuldade de se proceder a separação entre opinião e fato, dispõe o referido autor:

Com efeito, é verdade que tais elementos são conexos e que, na prática, podem apresentar-se interligados ou misturados. E [...] do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, havendo tal interligação, tem-se o fenômeno da concorrência de direitos, ou seja, de que um titular de direito fundamental, em uma ação de comunicar fatos, emite também juízos de valor, opiniões ou críticas sobre os fatos comunicados.¹³⁶

É preciso reconhecer, portanto, que o discurso valorativo e o discurso informativo muitas vezes se confundem, tornando a separação entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação dificultosa. Conforme Santos, “Não se pode estabelecer uma fronteira segura entre expressão de idéias, opiniões críticas e fatos”¹³⁷.

Novamente acerca da liberdade de expressão na Constituição, é preciso destacar o disposto no art. 220, segundo o qual “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

O referido artigo, apesar de estar inserido no capítulo do texto constitucional destinado à comunicação social, faz menção à liberdade de expressão do pensamento, e não somente à liberdade de comunicação. Isto ocorre porque, conforme mencionado, expressão e comunicação às vezes se confundem.

¹³⁴ FARIAS, 2004. p. 53.

¹³⁵ FARIAS, 2004. p. 54.

¹³⁶ FARIAS, 2004. p. 56-57.

¹³⁷ SANTOS, 2011. p. 26.

Garante-se, desta forma, a possibilidade de expressão de opiniões e da veiculação de informações através dos veículos de comunicação em massa, como televisão, rádio, revista, jornal, dentre outros, sem a ameaça da censura e da repressão, bem como o direito de receber informações e ter acesso à sua fonte.

Destaca-se, no entanto, que o referido dispositivo não implica na possibilidade de se transmitir todo e qualquer conteúdo a qualquer momento. A própria Constituição estabelece a possibilidade de regulamentar o direito de comunicação, como no caso, por exemplo, dos espetáculos públicos, em que determina caber ao poder público informar, a partir da natureza do espetáculo, as faixas etárias a que não se recomenda, bem como os locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, §3º). Tais limites advêm da própria interpretação sistêmica do texto constitucional.

Quanto ao conteúdo publicitário, torna-se importante destacar que a sua abordagem nos parágrafos 3º e 4º do art. 220 não implica, necessariamente, na sua inclusão no rol de atos comunicativos protegidos pelo direito de livre expressão.

De fato, o constituinte optou por incluir neste artigo disposições acerca da publicidade. No parágrafo 3º, inciso II, do art. 220, dispõe ser competência de lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Já no parágrafo 4º estabelece que “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

A localização da previsão no texto constitucional, no entanto, não pode servir como argumento suficiente para enquadrar uma manifestação comercial como manifestação de pensamentos, opiniões e juízos de valor. A publicidade foi ali inserida porque constitui ato comunicativo divulgado de forma massiva, o que não implica, necessariamente, na sua inclusão no rol de atos protegidos pela liberdade de expressão. Comunicações de caráter jornalístico e cultural também são tratadas no capítulo destinado à comunicação social, o que justifica a menção à proteção do pensamento, criação, expressão e informação.

Elementos como a natureza e a finalidade da mensagem precisam ser considerados quando da sua inclusão no rol de atos protegidos pela liberdade de expressão constitucional. Além disso, a análise do atendimento aos pressupostos de proteção desta liberdade, estudados no item anterior, também se mostra de grande valia.

Na publicidade, o caráter da mensagem é eminentemente persuasivo e a sua natureza é comercial. Ademais, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, apesar de ser ato comunicativo, não atende aos fundamentos de proteção da liberdade de expressão.

Quanto ao direito ao acesso à informação, já restou evidenciado que a publicidade não tem caráter informativo. A informação por ela transmitida, assim como as manifestações artísticas nela contidas, constitui meio para se alcançar outro fim: a estimulação do consumo.

Feitas as considerações necessárias acerca da liberdade de expressão e seus fundamentos, passa-se à análise do discurso da *liberdade de expressão comercial* e da sua proteção ou não no ordenamento jurídico brasileiro.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL

3.1 O discurso da *liberdade de expressão comercial*

O direito à *liberdade de expressão comercial* é sustentado por anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação como fundamento para impedir que o governo regulamente a atividade publicitária.

Em suas manifestações à imprensa e ao público, os profissionais defendem que a publicidade é uma das formas de comunicação que serve para informar o consumidor, possibilitando a ele fazer suas escolhas conscientemente; que, sem ela, não haveria liberdade de escolha porque o consumidor não teria outra forma de conhecer as diferenças entre produtos e serviços e, por fim, que qualquer forma de cerceamento de sua atividade constitui censura à livre manifestação do pensamento e ao direito de informação do consumidor.¹³⁸

O discurso da *liberdade de expressão comercial* surgiu no Brasil no final da década de 70, como reação ao projeto de lei elaborado pelo deputado Gerson Camata, do Espírito Santo¹³⁹, que estabelecia diversas regras para a veiculação de propagandas e publicidades comerciais pelas entidades executantes dos serviços de radiodifusão. Segundo Fabiana Nogueira Neves, o referido projeto de lei “originou o primeiro movimento organizado de reação da sociedade civil contra a intervenção da instância pública nesse setor da atividade de comunicação”¹⁴⁰.

O assunto foi discutido pelos profissionais da área no III Congresso Brasileiro de Publicidade, realizado entre os dias 17 e 20 de abril de 1978 na cidade de São Paulo, que tinha como tema central a defesa da propaganda contra a instituição da censura governamental.¹⁴¹ Neste congresso os agentes do meio publicitário, na tentativa de evitar o cerceamento da atividade pelo Estado, optaram por definir suas próprias normas de regulamentação em relação à publicidade feita no país, seguindo o modelo já adotado naquele momento pela Inglaterra.

¹³⁸ NEVES, Fabiana Nogueira. **Liberdade de expressão comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário**. Trabalho apresentado no GP Publicidade e Propaganda do IX Encontro dos Grupos/Núcleos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, ocorrido em Curitiba/PR, de 4 a 7 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-0668-1.pdf>>. Acesso em 01/06/2013. p. 07.

¹³⁹ PL 2961/1976. Dispõe sobre a propaganda e a publicidade nas entidades executantes dos serviços de radiodifusão e determina outras providências. Inteiro teor: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06OUT1976.pdf#page=16>>. Acesso em 28/06/2013.

¹⁴⁰ NEVES, 2009. p. 01.

¹⁴¹ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, I, II e III edição, versão compilada, 2008, São Paulo. Disponível em: < http://www.abapnacional.com.br/imagens/publicacoes/123_congressos.pdf>. Acesso em: 05/06/2013.

Desta iniciativa foi aprovado, em 1978, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária - CBARP, e, posteriormente, em 1980, fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, organização não governamental encarregada de fiscalizar a aplicação das normas autorregulamentares. Segundo descrição retirada do site oficial do CONAR¹⁴², o referido Código foi criado com “a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor”.

O objetivo era convencer as autoridades de que a publicidade brasileira era madura o bastante para se autorregulamentar e que esta era a melhor estratégia para garantir, simultaneamente, o controle ético da publicidade e a *liberdade de expressão comercial*.

Conforme assevera Neves, o uso do termo *liberdade de expressão comercial* mantinha referência ao direito de liberdade de expressão garantido pelo artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Adverte a autora que:

Apesar de questionável, a referência tinha, por fim, uma causa nobre: buscava-se, à época, impedir a censura e o consequente retrocesso da democracia brasileira aos controles impostos pela ditadura, situação inimaginável justamente no auge das lutas pela conquista da liberdade de imprensa, expressão e fim da censura.¹⁴³

Após o fim da ditadura militar, no entanto, a defesa da *liberdade de expressão comercial* foi adquirindo novos contornos, “dessa vez muito mais centrada em defender os interesses das empresas (incluem-se aqui anunciantes, veículos e agências de publicidade) do que propriamente agir em defesa da liberdade”¹⁴⁴.

Com a Constituição de 1988 os direitos dos cidadãos voltaram à pauta de prioridades e surgiram diversas propostas de restrições às publicidades de cigarros, bebidas alcoólicas, produtos infantis, medicamentos, tratamentos de saúde e agrotóxicos.

Ademais, em 1990, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, “um passo decisivo na proteção dos direitos dos consumidores diante dos frequentes abusos das empresas”¹⁴⁵.

Preocupados com o impacto que as restrições na atividade publicitária poderiam gerar no setor, os integrantes deste se posicionaram contra a aprovação tanto das medidas restritivas quando do Código de Defesa do Consumidor. O argumento apresentado era de que tais medidas, se efetivadas, inviabilizariam o exercício da atividade publicitária no país.

¹⁴² Endereço eletrônico: www.conar.org.br

¹⁴³ NEVES, 2009. p. 02.

¹⁴⁴ NEVES, 2009. p. 02.

¹⁴⁵ NEVES, 2009. p. 06.

Em que pese a pressão realizada pelo setor publicitário, o Código de Defesa do Consumidor, assim como parte das restrições, restou aprovado e em nada prejudicou o exercício da atividade e o faturamento do setor.

Ao contrário, sua implantação combateu o desrespeito e reduziu os casos de abuso à confiança do cidadão que ganhou mais um mecanismo de luta pelo seu direito de ser atendido por produtos e empresas honestas, princípios muito semelhantes aos defendidos pelo estatuto do CONAR.¹⁴⁶

O discurso da *liberdade de expressão comercial*, no entanto, ressurgiu na pauta das discussões do mercado a cada iniciativa do governo no sentido de regulamentar o exercício da comunicação publicitária de determinados produtos.

Em 2008, o aumento das iniciativas governamentais para regulamentar o exercício da publicidade, principalmente das destinadas à comercialização de bebidas alcoólicas, levaram à realização do IV Congresso Brasileiro de Publicidade, exatos 30 anos após sua última edição.

Segundo Dalton Pastore, presidente da Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP e organizador do evento, o congresso, que reuniu mais de 1400 integrantes do setor, constituiu um “verdadeiro pacto de resistência contra os inimigos da liberdade e da democracia”¹⁴⁷.

Conforme Pastore expôs no discurso de abertura do congresso, o objetivo, com a realização do evento, era salvaguardar a atividade publicitária, libertando-a “das tutelas presunçosas, do paternalismo arrogante, dos filtros ideológicos e da hipocrisia de seus críticos”¹⁴⁸.

Durante os três dias do evento, a *liberdade de expressão comercial* foi correntemente sustentada nos discursos dos palestrantes, sempre acompanhada da defesa do direito à informação e à livre escolha do consumidor. O evento contou, inclusive, com uma comissão de liberdade de expressão comercial, encarregada de estudar o assunto.

Conforme se denota do discurso de João Roberto Marinho, vice-presidente das Organizações Globo, a *liberdade de expressão comercial* é sustentada pelos integrantes do meio como direito fundamental, sendo associada à liberdade de expressão defendida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e à contida na Constituição de 1988.

149

¹⁴⁶ NEVES, 2009. p. 06-07.

¹⁴⁷ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008, São Paulo. Disponível em: <http://www.abapnacional.com.br/images/publicacoes/iv_congresso.pdf>. Acesso em 06/06/2013. p. 09.

¹⁴⁸ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 41.

¹⁴⁹ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 96-103.

Marinho, ao finalizar seu discurso, no qual defende a *liberdade de expressão comercial*, associou esta ao exercício da democracia, assim dispondo:

[...] não existe democracia sem a liberdade plena de expressão; é o exercício dessa liberdade que nos faz amadurecer como cidadãos e são cidadãos amadurecidos e bem-informados que tornam possível um país culturalmente rigoroso, economicamente forte e socialmente mais justo. Todos nós, que temos consciência disso, devemos lutar em todos os fóruns para que as distorções que hoje ocorrem deixem de existir.¹⁵⁰

Conforme se vê, a liberdade de expressão comercial é defendida como se não houvesse qualquer distinção entre a liberdade de expor uma opinião ou pensamento e a de anunciar um produto ou serviço.

As restrições à publicidade, inclusive as previstas no art. 220, § 4º da CRFB¹⁵¹, são recebidas como ameaças à *liberdade de expressão comercial* e ao direito do consumidor de ser informado e de decidir livremente acerca dos produtos e serviços que pretende adquirir. Ademais, é sustentado que, se o produto anunciado é lícito, não há porque restringir o exercício da publicidade que a ele se refere.

Luiz Lara, presidente da ABAP, em artigo publicado na Folha de São Paulo de 05 de janeiro de 2011, intitulado *Propaganda, Liberdade e Desenvolvimento*, apresentou como argumento em defesa a *liberdade de expressão comercial* “que não há julgamento mais rigoroso do que aquele exercido com liberdade pelo consumidor”¹⁵².

Gilberto Leifert, presidente do CONAR e membro da comissão de liberdade de expressão comercial no IV Congresso de Publicidade, em sua manifestação no evento, sustentou que os cidadãos responsáveis e os consumidores conscientes dependem de dados a respeito de produtos e serviços lícitos e da livre circulação desta informação.¹⁵³ O palestrante coloca a questão como se a publicidade fosse o meio por excelência para transmitir tais informações.

Em manifestação perante a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, três anos antes¹⁵⁴, Leifert, na posição de presidente do CONAR, afirmou que o parecer da organização é de que “são flagrantemente inconstitucionais todos os projetos de lei que tenham o objetivo de proibir a propaganda comercial”. Asseverou ainda que “não há, na

¹⁵⁰ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 103.

¹⁵¹ O referido artigo determina que as publicidades voltadas para a comercialização de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias deverão ser objeto de restrições legais.

¹⁵² LARA, Luiz. **Propaganda, liberdade e desenvolvimento**. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 06/06/2013.

¹⁵³ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 340.

¹⁵⁴ Manifestação ocorrida em audiência pública sobre o Projeto de Lei nº 5.921/01, que previa a inclusão de novo dispositivo no Código de Defesa do Consumidor, a fim de proibir toda publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis.

Carta Magna, abrigo à censura, restrições legais ao direito à informação e banimento da expressão comercial de produtos lícitos” e que “para formar cidadãos responsáveis e consumidores conscientes devemos garantir informação sobre produtos e serviços à sociedade”¹⁵⁵.

Ainda acerca do IV Congresso de Publicidade, cumpre mencionar que a atuação do CONAR, juntamente com a legislação ora existente, foi declarada como suficiente para garantir a ética na publicidade e a proteção do consumidor, sendo dispensáveis maiores restrições na publicidade por parte do Estado. Segundo afirmou Ancelmo Góis em seu discurso, “o estado deveria recuar um pouco e deixar avançar modelos de autorregulamentação tão vitoriosos como o Conar”, de modo a “diminuir um pouco esse poder de interferência na vida de todos”¹⁵⁶.

Na carta de encerramento do evento, formulada no decorrer deste e aprovada por seus integrantes, restou firmado, dentre outras questões, que “O IV Congresso denuncia e repudia todas as iniciativas de censura à liberdade de expressão comercial, inclusive as bem-intencionadas” e que “defende a livre-iniciativa, a liberdade de escolha do consumidor e a liberdade de expressão comercial”. Ademais, afirma-se, ao final da carta, que “A publicidade livre e responsável sustenta a liberdade de imprensa, assegura a diversidade das fontes de informação para a sociedade e a difusão de cultura e entretenimento para toda a população”.

157

O argumento da difusão de cultura é sustentado também por Washington Olivetto, publicitário e dono da Agência WMcCann. Olivetto, ao citar publicidades que ficaram na memória dos brasileiros durante muitos anos – como a publicidade da *Valisère - primeiro sustiã* –, diz que a atividade pode, além “de vender produtos e construir marcas, atingir uma ambição mais nobre: entrar para a cultura popular do país”.

O mesmo autor, ao falar sobre a atuação do Conar no controle das publicidades, aponta o referido órgão como o “guardião da liberdade de expressão, fundamental para a democracia e o desenvolvimento econômico do Brasil”.¹⁵⁸

Conforme se denota das informações apresentadas, a *liberdade de expressão comercial* é defendida veementemente pelos integrantes do setor publicitário como direito

¹⁵⁵ CONAR. **Presidente do conar participa de seminário na Câmara de Deputados**. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 06/06/2013.

¹⁵⁶ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 341.

¹⁵⁷ IN: Anais do Congresso Brasileiro de Publicidade, IV edição, 2008. p. 161.

¹⁵⁸ OLIVETTO, Washington. **Publicidade também é cultura**. IN: CONAR. Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do Conar. Obra fornecida gratuitamente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, mediante solicitação enviada ao e-mail <conar@conar.org.br>.

fundamental abarcado pela Constituição de 1988, imprescindível para o exercício do direito de informação pelos consumidores. Ademais, as propostas de regulamentação da atividade, inclusive quando destinadas a dar cumprimento ao art. 220, §3º do diploma constitucional, são recebidas como ameaças à livre manifestação do pensamento contida na Constituição e taxadas como espécie de censura.

Toda esta argumentação é sustentada sob a ótica da publicidade como forma de comunicação que se destina a informar o consumidor acerca das características dos produtos e serviços apresentados, de modo que este possa exercer livremente o ato de escolha e compra do bem ofertado.

A questão que se coloca é se o direito brasileiro de fato protege a liberdade de expressão sob o aspecto comercial e se a atividade publicitária constitui uma das formas de exercício da liberdade de expressão garantida constitucionalmente. Ademais, questiona-se o argumento de que a publicidade constitui ferramenta informativa essencial ao exercício da liberdade de informação pelo consumidor.

O discurso da *liberdade de expressão comercial* se baseia em argumentos sólidos e juridicamente defensáveis ou constitui simples ferramenta empregada pelo mercado publicitário na defesa de interesses econômicos?

3.2 A liberdade de expressão comercial como slogan publicitário

O discurso da *liberdade de expressão comercial* como direito garantido constitucionalmente, essencial para o exercício do direito de informação, não encontra sustentação no direito pátrio.

Primeiramente, é preciso destacar, conforme analisado no primeiro capítulo deste trabalho, que apesar de apresentar informações acerca dos produtos e serviços anunciados, a publicidade comercial não apresenta função eminentemente informativa. A informação, assim como a manifestação artística nela contida, é o meio utilizado para alcançar o objetivo de divulgação e venda dos bens ofertados, não compondo a finalidade primordial da mensagem. Seu fim é essencialmente econômico.

Neste sentido, é o entendimento de Vidal Serrano Nunes Jr. e Daniela Batalha Trettel:

Instrumento a serviço da economia de mercado, não há como negar a prevalência do caráter econômico da publicidade comercial, embora outros possam ser apontados, como o artístico e o informativo. Sendo a função da publicidade comercial seduzir o consumidor, pode fazê-lo das mais variadas formas, seja utilizando das manifestações artísticas – e é inegável que os publicitários são profissionais criativos

e competentes no que fazem – seja mostrando a qualidade do produto ou serviço anunciado, informando o consumidor. O caráter artístico ou informativo da publicidade comercial são meios utilizados para o convencimento do consumidor, que não retiram sua finalidade primordial, a econômica, sem a qual sequer existiria.¹⁵⁹

Dessa forma, o argumento de que a mensagem publicitária é essencial para o exercício do direito de informação dos consumidores não encontra guarida. De fato, a publicidade por vezes apresenta informações acerca dos bens e serviços que anuncia, mas não por isso constitui o meio por excelência para a transmissão destas informações. Boa parte das mensagens publicitárias, inclusive, sequer apresentam dados do produto, sendo compostas tão somente de apelos emocionais e apresentação de estilos de vida atrativos associados à marca do anunciante. Ademais, conforme evidenciado anteriormente, o caráter persuasivo da mensagem implica, muitas vezes, na distorção das informações prestadas, de forma a induzir o consumidor em erro.

Quanto à alegação de que a comunicação exercida através da publicidade é protegida pela liberdade de expressão, importante esclarecer que, apesar de constituir ato comunicativo, sua natureza eminentemente comercial e sua função persuasiva afastam a proteção fornecida por esta liberdade constitucional.

Conforme sustentam Nunes Jr. e Trettel, “Qualquer elemento de liberdade de expressão que se pretenda destacar nas publicidades comerciais é suprimido pela finalidade máxima desse mecanismo de difusão de produtos e serviços: estimular o consumidor ao ato de compra”¹⁶⁰.

Por mais que o art. 5º, IX da Constituição diga ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, restou evidenciado no segundo capítulo que nem todo ato comunicativo é amparado pela liberdade de expressão prevista constitucionalmente. Quanto à referência ao caráter artístico da mensagem publicitária, conforme explicado, este constitui apenas um dos recursos utilizados para convencer o consumidor a realizar o ato de compra. Qualquer manifestação artística nela contida fica vinculada à sua finalidade comercial.

Quanto ao art. 220 da CRFB, que também dispõe acerca de liberdade de expressão e estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, destaca-se que, apesar da leitura inicial do dispositivo conduzir para o entendimento de que a publicidade, como criação e fonte de

¹⁵⁹ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 247.

¹⁶⁰ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 249.

informação, é por ela abarcada, o estudo dos fundamentos da norma que confere proteção à liberdade de expressão, juntamente como a análise do conceito e da finalidade da atividade publicitária, desenvolvidos, respectivamente, no segundo e no primeiro capítulo deste trabalho, permitem concluir de forma diversa.

Conforme lembra Carlos Alberto Bittar, “a interpretação deve perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da Carta, ou seja, em consonância com sua índole e a natureza de seus comandos”¹⁶¹.

Ademais, convém colacionar ensinamento de Marília Manzon:

A então garantia do cidadão de liberdade de opinião, manifestação desta ou discurso comercial pode ser questionado no caso da publicidade, pois ela não é apenas informação jornalística, nem tampouco discurso exclusivamente intelectual, artístico e científico, seu eventual conteúdo é instrumento e não fim, é meio pelo qual se busca alcançar o único resultado que interessa ao fornecedor-anunciante: escoamento da produção em massa, através da circulação de informação de seus produtos ou serviços, com a finalidade de consumo e objetivo econômico de lucro.

¹⁶²

O exercício da publicidade não se coaduna com os fundamentos de proteção da liberdade de expressão constitucional. Apesar dos defensores da *liberdade de expressão comercial* sustentarem ser tal atividade imprescindível para o exercício da democracia, não há fundamentação jurídica para tanto.

A mensagem publicitária é, de fato, importante para o país, mas no que concerne à ordem econômica, e não ao exercício da democracia. O modelo democrático pressupõe a participação efetiva do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, e é para resguardar esta participação que a democracia entra como um dos fundamentos da liberdade de expressão. A publicidade, como mensagem de caráter econômico, e não de caráter político ou ideológico, não constitui ato comunicativo destinado a contribuir com o processo democrático.

Segundo Antonio Herman Benjamin, “A princípio, não há incompatibilidade entre o controle da publicidade — e até mesmo seu banimento em situações excepcionais — e as garantias constitucionais inerentes ao Estado Social Democrático”¹⁶³.

Reitera-se que a análise aqui feita recai tão somente sobre a publicidade comercial, destinada à venda de produtos e serviços, não abarcando a propaganda, entendida como aquela mensagem que “tem claro escopo político, ideológico, filosófico, ético ou

¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2007. p. 31.

¹⁶² MAZON, Marília, 2011. p. 234.

¹⁶³ BENJAMIN, 1994. p. 42.

religioso”¹⁶⁴. Esta inclui, por exemplo, as propagandas partidárias ou eleitorais, que, de fato, contribuem para a efetivação do modelo democrático de governo.

Quanto ao fundamento da busca da verdade e do conhecimento, entende-se que este também não sustenta a proteção do ato comunicativo publicitário. A publicidade busca divulgar e vender produtos, e para tanto, utiliza-se de várias técnicas persuasivas, o que impede a sua inclusão no rol de atos comunicativos que se destinam a alcançar a verdade e o conhecimento.

Defender a não regulamentação da publicidade sob o argumento de que esta transmite a verdade acerca dos produtos anunciados é uma contradição. Um dos principais fundamentos da regulamentação é, justamente, garantir que as informações divulgadas coincidam com a realidade, não apresentando distorções de forma a enganar o consumidor.

Sobre a importância da publicidade para o exercício da autonomia de consciência, entendida esta como a faculdade do indivíduo de pensar e concluir por si próprio, tem-se como insustentável. Ora, o objetivo é persuadir o consumidor, influenciar nas suas escolhas e estimular o ato de compra, o que torna incoerente a afirmação de que a publicidade contribui para o desenvolvimento de opiniões e pensamentos próprios do indivíduo.

Aliás, conforme mencionado no primeiro capítulo deste trabalho¹⁶⁵, autores como Gabriel Stiglitz, Lina Bolkenhagen, Marcelo Abelha Rodrigues e Paulo Valério Dal Pai Moraes destacam que o excesso de *merchandising* provoca restrições à espontaneidade de escolha do consumidor, relativizando seu poder de decisão e sua liberdade de contratar. Bolkenhagen destaca inclusive que o uso excessivo de técnicas publicitárias acaba por gerar consumidores sem autonomia própria.

Conforme destaca Benjamin, a publicidade, como ciência da persuasão, “busca auxílio em outras ciências, disciplinas, teorias e modelos, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, as ciências do comportamento, a estatística, a teoria das probabilidades, os modelos experimentais e os de simulação por computador”¹⁶⁶, tudo com o intuito de driblar os instintos de defesa do consumidor.

Ademais, assevera o autor que:

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

¹⁶⁴ BENJAMIN, 1994. p. 09.

¹⁶⁵ Cf. Item 1.2.

¹⁶⁶ BENJAMIN, 1994. p. 16.

aparência honesta, ou, então, depoimentos de personalidades conhecidas e respeitadas no grupo social.¹⁶⁷

A publicidade difere da informação *stricto sensu*, entendida como aquela inserida em livros, no cinema, nas notícias em geral. Esta, de fato, possibilita que o autor reflita e desenvolva opiniões próprias. Isto ocorre porque, em tais casos, a transmissão da informação é o fim que se busca, e não o meio utilizado para influenciar o público a realizar um determinado ato comercial. Conforme lembra Benjamin, três dados básicos separam a publicidade da informação em sentido estrito, são eles:

[...] 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*. Esta, como dado objetivo, tem um fim imediatamente desinteressado, enquanto que a informação publicitária, quando existente, apresenta um objetivo lucrativo, fazendo solicitação de clientela.¹⁶⁸

Quanto ao fundamento do ensino à tolerância, também não procede a associação feita entre publicidade e liberdade de expressão. A expressão de opinião feita por um indivíduo que se diz não gostar de pessoas negras, por exemplo, tem potencial aptidão para estimular o desenvolvimento da tolerância, na medida em que fomenta a discussão em torno das questões étnicas e raciais e promove o embate de ideias; tal não ocorre com uma mensagem publicitária que, simplesmente, se restringe a apresentar comportamentos discriminatórios como corretos.

No primeiro caso, ainda que a manifestação vá de encontro a valores e ideias de consenso majoritário, há a expressão de uma opinião própria e legítima, que é protegida pela liberdade de expressão constitucional e, portanto, deve ser tolerada por aqueles que dela discordem. No caso da publicidade, é preciso entender que o seu caráter persuasivo, já evidenciado, implica na instigação do comportamento discriminatório, e não na expressão do pensamento daqueles que a fazem veicular, não havendo que se falar em estímulo ao ato de tolerância, principalmente quando o comportamento incentivado vai de encontro a valores constitucionais.

Conforme se denota da argumentação até aqui apresentada, nenhum dos fundamentos da liberdade de expressão, quais sejam a promoção do funcionamento da democracia, a busca da verdade e do conhecimento, o exercício da autonomia de consciência e o ensino da tolerância, funcionam como fundamentos para o exercício do direito de fazer

¹⁶⁷ BENJAMIN, 1994. p. 15.

¹⁶⁸ BENJAMIN, 1994. p. 12.

publicidade, não havendo que se referir à publicidade como manifestação genuína da liberdade de expressão prevista na Constituição.

A publicidade é, de fato, ato comunicativo, mas não se encontra no rol de comunicações abrangidas pela liberdade de expressão. Sua função primordial é “influir, decisivamente, na formação do consentimento do consumidor”¹⁶⁹, e não informar a este acerca dos produtos e serviços anunciados para que faça escolhas conscientemente.

Tais informações podem e devem ser transmitidas por outros meios, como, por exemplo, a rotulagem. Nesta, o fornecedor tem a obrigação de prestar todas as informações indispensáveis para que o consumidor tenha o conhecimento necessário sobre produto que adquire. Ademais, futuras regulamentações não impedirão que informações sejam transmitidas através de publicidade, desde que comprometidas com a realidade.

Não havendo fundamentação jurídica que sustente a publicidade como direito fundamental à livre expressão, não há que se falar em censura à livre manifestação do pensamento e ao direito de informação do consumidor em razão da regulamentação da atividade.

Para Gustavo Ferreira Santos, os empresários agem como os donos do discurso da liberdade de expressão, sustentando que o poder do Estado de regular a mídia sempre resultaria em censura, unicamente com o objetivo de atingir interesses mercadológicos.¹⁷⁰

De acordo com Benjamin, “sem qualquer fundamento constitucional a tese de que controlar a publicidade é instaurar a censura, mais ainda quando esteja ela causando ou prestes a causar danos, materiais ou morais, aos consumidores e aos valores primários da sociedade”¹⁷¹.

Ademais, como ensina o autor, conferir à publicidade comercial a mesma proteção atribuída à manifestação política, jurídica ou filantrópica implicaria em trazer o consumo de bens – objetivo final de qualquer publicidade – e o próprio mercado ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos. Lembra Benjamin que “Mesmo nos Estados Unidos, onde surgiu a ideia do discurso comercial como manifestação da liberdade de opinião, o Direito Constitucional traça diferenças claras e profundas entre os dois tipos de discurso”¹⁷².

Nesta senda, é o entendimento de João Lopes Guimarães Jr. e Ilana Pinsky:

Ainda que se reconheça a importância da publicidade, não pode a expressão publicitária gozar do mesmo *status* das manifestações ideológicas, artísticas,

¹⁶⁹ BENJAMIN, 1994. p. 05.

¹⁷⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Da Liberdade de Expressão ao direito à comunicação**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 4. n. 10. Jan-Mar/2010. p. 201.

¹⁷¹ BENJAMIN, 1994. p. 46.

¹⁷² BENJAMIN, 1994. p. 46.

literárias, políticas ou religiosas, pois os valores que justificam a defesa intransigente destas, absolutamente, não estão presentes na publicidade cuja finalidade seja meramente venal.¹⁷³

Conforme destaca Igor Rodrigues Britto, a ideia de um direito fundamental de liberdade de expressão comercial tem servido para dificultar a discussão e aprovação de qualquer medida judicial ou proposição legislativa que pretenda criar regras de controle sobre a publicidade de produtos e serviços, independentemente da nobreza dessas iniciativas.¹⁷⁴

Ademais, ressalta o autor que a “liberdade de informação, expressão e comunicação, no contexto constitucional de 1988, não se relaciona com liberdade de fazer publicidade comercial, que nunca sofreu censura, em momento algum da história das conquistas de direitos no Brasil”. Para ele, garantir ao discurso publicitário o fundamento da liberdade de expressão constitucional é uma aparente banalização dos direitos humanos, visto que por trás do discurso publicitário não há nada ideológico, cultural, religioso ou intelectual, apenas a vontade de lucrar.¹⁷⁵

O fato de a publicidade não estar protegida pela liberdade de expressão, não significa que o seu exercício não esteja garantido constitucionalmente. Conforme será exposto no próximo tópico, a publicidade, como ferramenta da atividade econômica que é, está protegida pela Constituição de 1988 no título concernente à ordem econômica, e não como direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

Nesta senda, leciona Antonio Herman Benjamin:

Reconhecer o direito de publicidade não implica elevá-lo ao mesmo patamar constitucional da garantia da liberdade de opinião conferida aos cidadãos e, no nosso modo de ver, só a eles, como pessoas físicas. Não significa, tampouco, com corolário, impedir a imposição de certos limites e até exclusões setorializadas a tal exercício, quando o interesse público assim o exigir.¹⁷⁶

Compartilha-se do entendimento apresentado por Vidal Serrano Nunes Jr. e Daniela Batalha Trettel de que “a publicidade comercial é tutelada constitucionalmente, mas não no âmbito dos direitos fundamentais ligados à livre manifestação do pensamento, não existindo tutela constitucional à ‘liberdade de expressão comercial’”¹⁷⁷.

Sendo assim, é possível concluir que o discurso da *liberdade de expressão comercial*, sustentado veementemente pelo setor publicitário no decorrer dos últimos 35 anos, não encontra fundamentação jurídica. Os argumentos que sustentam a referida tese restaram

¹⁷³ GUIMARÃES Jr., João Lopes; PINSKY, Ilana. **Liberdade de expressão e a publicidade de bebidas alcoólicas**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 37

¹⁷⁴ BRITTO, Igor Rodrigues. **Liberdade de expressão comercial só se for nos Estados Unidos**. Revista Jurídica Consulex. Ano XV. Nº 349. 1º de agosto de 2011. p. 28.

¹⁷⁵ BRITTO, 2011. p. 30.

¹⁷⁶ BENJAMIN, 1994. p. 45.

¹⁷⁷ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 254.

desconstruídos no decorrer da argumentação aqui apresentada, o que permite inferir que a *liberdade de expressão comercial* constitui mais um *slogan* desenvolvido pelo setor para o alcance de objetivos econômicos.

Por fim, convém mencionar que, ainda que a Constituição conferisse à publicidade o *status* de manifestação protegida pela livre expressão, não significaria que a atividade publicitária estaria livre de qualquer controle. A liberdade de expressão, conforme se identificou no capítulo anterior, não é direito absoluto, contendo limitações implícitas em seu próprio conceito. A interpretação da Constituição deve ser sistêmica, de modo que a aplicação de um de seus dispositivos não implique no desrespeito às suas demais disposições.

3.3 Regime jurídico da publicidade e legitimidade do controle estatal

Conforme asseveram Nunes Jr. e Trettel, “a ambientação correta da publicidade dentre os bens tutelados pela Constituição não é no rol de liberdades/direitos fundamentais, mas sim no título que diz respeito à ordem econômica, que é a ordem constitucional da economia”¹⁷⁸.

A publicidade, conforme evidenciado no decorrer deste estudo, tem como finalidade primordial persuadir os indivíduos a realizar atos de consumo, de forma a gerar rentabilidade àqueles que a fazem veicular. Em razão disto, constitui parte integrante da atividade econômica, sendo regida pelas normas e princípios relativos à ordem econômica dispostos na Constituição.

A Constituição dispõe acerca da ordem econômica e financeira do país no título VII. Neste, elege o modo de produção capitalista, garantindo o direito à livre iniciativa, mas o condicionando à busca da dignidade humana e da justiça social, bem como à efetivação dos princípios gerais da ordem econômica listados nos incisos do artigo 170.

Sendo assim, a livre iniciativa não é direito absoluto, seu exercício fica subordinado ao cumprimento dos ditames constitucionais, sob pena de restar caracterizado o abuso de direito. O abuso ocorre, conforme descrito anteriormente, quando o titular do direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Acerca do tema, dispõem Vidal Serrano Nunes Jr. e Daniela Batalha Trettel:

[...] a proteção constitucional da livre iniciativa não foi moldada sem fronteiras. O exercício da atividade econômica – da qual a publicidade comercial é parte

¹⁷⁸ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 250.

integrante – pode, assim, ser entendido como uma “liberdade-função”, pois subordinado à finalidade de propiciar a todos existência digna e justiça social, e ao respeito aos princípios listados no art. 170 da CF.¹⁷⁹

Dentre os princípios eleitos pelo diploma constitucional para reger a atividade econômica do país está a defesa do consumidor (art. 170, V).

A publicidade, portanto, como ferramenta da atividade econômica utilizada para fomentar o mercado de consumo, deve colaborar para a efetivação da dignidade humana e da justiça social, bem como respeitar o direito do consumidor, princípio fundamental norteador da ordem econômica do país, estabelecido na Constituição de 1988 e regulado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Sobre o assunto, ensina Antonio Herman Benjamin:

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

A base da existência de um direito de publicidade não reside, pois, nas garantias individuais do cidadão; é decorrência do próprio regime estatuído para a ordem econômica, dele recebendo o mesmo amparo e limites. Daí que, como manifestação empresarial, a publicidade aceita os mesmos controles legais que subjugam outras atividades da empresa. Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa.¹⁸⁰

O controle da atividade publicitária pelo Estado visa tão somente garantir que a atividade econômica desenvolvida pelo anunciante seja exercida conforme os ditames constitucionais. Assim como a livre iniciativa enquanto direito constitucional precisa ser respeitada, há outros direitos postos na Constituição, inclusive fundamentais, que necessitam ser resguardados.

Neste sentido, Nunes Jr. e Trettel:

A mesma Constituição que protege a ordem econômica – e, portanto, admite mecanismos como *marketing* e publicidade comercial – também tutela outros direitos, dentre eles direitos fundamentais. Assim, embora atividade lícita, a publicidade comercial pode sofrer limitações em respeito a outros direitos constitucionalmente tutelados.¹⁸¹

O controle da publicidade encontra limite no direito à livre iniciativa. Isto significa que a regulamentação da atividade não pode ser tal que impeça o exercício deste direito constitucional pelas empresas.

Ocorre que, conforme demonstrado, o exercício da livre iniciativa está subordinado a certos limites. Um dos limites impostos ao seu exercício é justamente a defesa do consumidor, por isso que a regulamentação da atividade que tenha por escopo proteger os

¹⁷⁹ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 250.

¹⁸⁰ BENJAMIN, 1994. p. 45-46.

¹⁸¹ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 255.

direitos da parte mais vulnerável da relação consumerista não pode ser taxada de inconstitucional.

Conforme dispõe Dias, “é preciso compatibilizar de forma justa e equilibrada o exercício da livre iniciativa pelo fornecedor com a defesa do consumidor contra publicidades enganosas e abusivas”¹⁸².

O direito de se fazer publicidade não pode ser suprimido pelo legislador, até porque o exercício desta atividade tem se mostrado de grande relevância para o desenvolvimento da economia no país. Conforme destaca Benjamin, “a publicidade é, sem dúvida, um dos mais importantes fenômenos deste século”, “uma verdadeira indústria, movimentando fabulosas quantias e expectativas”¹⁸³.

Ocorre que este fenômeno não se limita a movimentar a economia, constituindo também uma ferramenta de controle social. Sobre o poder social exercido pela publicidade, assinala Benjamin:

Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor — sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário — lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna. Não é à toa que é ela percebida como verdadeiro instrumento de controle social.¹⁸⁴

Acrescenta o autor:

A publicidade não é uma mera "gestora" do dado cultural, mas o altera constantemente, modificando, assim, as próprias bases das relações sociais; constrói, substitui e fortalece estereótipos e matizes culturais. Regula-se a publicidade porque se reconhece a sua dimensão cultural e estrutural, que leva o consumidor, inserido em um mercado dominado por uma indústria cultural, a ter dificuldades de pensar criticamente.¹⁸⁵

É justamente em razão de sua importância econômica e da influência que exerce na sociedade que a atividade merece a atenção dos juristas e legisladores.

Sobre o assunto, dispõe José Tadeu Neves Xavier:

[...] ao mesmo tempo em que o Estado-Direito reconhece a importância da publicidade, cabe a este, também, estabelecer a limitação da atuação publicitária, para que ela se efetive de forma construtiva e a serviço dos consumidores, parte mais vulnerável da relação de consumo. Este controle estatal, como não poderia deixar de ser, está longe de acarretar a proibição total da publicidade, pois tal postura representaria nítido retrocesso, na contramão da evolução da Sociedade de Consumo atual, cada vez mais globalizada.¹⁸⁶

Ademais, acrescenta Raquel Heck Mariano da Rocha:

¹⁸² DIAS, 2010. p. 64.

¹⁸³ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 47.

¹⁸⁴ BENJAMIN, 1994. p. 07.

¹⁸⁵ BENJAMIN, 1994. p. 33.

¹⁸⁶ XAVIER, 2012. p. 120.

Não se trata de proibir a publicidade. Qualquer sugestão de bani-la seria tão indesejável quanto inviável. O problema da disciplina jurídica da publicidade, portanto, não é o da sua eliminação, mas o do seu controle com o fim de evitar que as mensagens publicitárias sejam instrumentos de distorção da escolha dos consumidores e resultem lesivas aos valores fundamentais dos quais depende a melhoria da qualidade de vida.¹⁸⁷

Da mesma forma em que pode beneficiar o mercado de consumo, a atividade publicitária, conforme demonstrado no primeiro capítulo, pode ser lesiva ao consumidor e, desta forma, tornar-se uma atividade desagregadora do bom funcionamento do mercado.

Publicidades com apelos discriminatórios, incitadoras de violência, que exploram o medo ou a superstição dos seus destinatários, que desrespeitam valores ambientais ou que se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança ou do idoso, por exemplo, não são prejudiciais somente aos consumidores, mas também à sociedade e, inclusive, à ordem econômica do país.

De fato, se considerado de forma isolada, pode-se afirmar que o recurso à enganosidade e à abusividade aumenta o lucro dos fornecedores e anunciantes. Tal constatação não representa, no entanto, que tais ilícitos publicitários tragam benefícios para a economia do país. O benefício, neste caso, é aparente.

Para Benjamin, “Não chega a ser novidade a tese de que os desvios da publicidade afetam não apenas o bem estar do consumidor, mas agridem, diretamente, o próprio mercado”¹⁸⁸

Se o mercado se desenvolve em detrimento da saúde e segurança dos consumidores, descumprindo princípios que constituem a base valorativa do ordenamento jurídico, não há benefícios à ordem econômica.

Se é certo que uma verdadeira economia de mercado pressupõe um consumidor bem informado — parceiro ativo do fornecedor —, também não é menos certo que os abusos publicitários limitam, quando não destroçam, este papel fundamental de árbitro no mercado reservado ao consumidor.¹⁸⁹

O consumidor, como peça essencial da relação do consumo, não pode ter seus direitos desconsiderados pelo mercado. A publicidade deve ser empregada em benefício de todos os sujeitos que compõem a relação de consumo, sem desmerecer uma ou outra parte. Neste sentido, é o entendimento formulado por Benjamin:

Deve ser ela instrumento de fortalecimento do mercado concorrencial e da melhoria das relações consumidor-fornecedor. Deve ser ferramenta de aperfeiçoamento da

¹⁸⁷ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil**. Direito & Justiça, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12545/8411>>. Acesso em: 12/06/2013. p. 201.

¹⁸⁸ BENJAMIN, 1994. p. 26.

¹⁸⁹ BENJAMIN, 1994. p. 15.

posição do consumidor no mercado, respeitando suas fragilidades e sensibilidades. Deve ser denominador de cooperação e não de dominação. Sempre que a publicidade se afastar desses parâmetros, é chegada a hora da intervenção estatal legislativa, administrativa e judicial — operar. Pelo bem do consumidor, mas também pela sanidade do mercado e do próprio fenômeno publicitário. Muitas vezes a publicidade necessita de proteção contra ela mesma. E é o Direito aquele que lhe pode dar resposta mais segura e duradoura.¹⁹⁰

A compreensão da condição de vulnerabilidade do consumidor é essencial para um correto entendimento da necessidade de se regular a publicidade. Os recursos ilícitos empregados no meio publicitário visam justamente aproveitar-se das fragilidades do consumidor para alcançar fins econômicos¹⁹¹, desviando dos objetivos postos pela Constituição como norteadores da atividade.

Ademais, a veiculação de publicidades de caráter abusivo gera o descumprimento de princípios fundamentais postos na Constituição, prejudicando a coletividade. Os direitos à vida, à segurança, à dignidade da pessoa humana, à saúde e à educação, por exemplo, são a base da sociedade e constitui dever do Estado defendê-los.

O controle da publicidade comercial encontra legitimidade, desta forma, na proteção do consumidor e na defesa dos valores da coletividade postos no ordenamento. O diploma constitucional, ao invés de impedir que o ato comunicativo publicitário seja regulado, conforme sustentado pelos integrantes do setor, legitima a atuação do Estado na medida em que condiciona o exercício da atividade econômica à solidificação de uma sociedade comprometida com a dignidade humana e a justiça social.

De acordo com Gilberto Dupas, a regulamentação da atividade pode ser feita sem que o seu papel fundamental na lógica do sistema econômico seja afetado. Como exemplo, o autor cita a experiência ocorrida na cidade de São Paulo, na qual a prefeitura determinou a retirada de *outdoors* publicitários por questão de saúde, em razão da poluição visual que provocavam. Afirma que a referida medida não reduziu o consumo dos produtos que constavam nos anúncios e que “indústria da propaganda é suficientemente inteligente e competente para encontrar outras soluções”. Segundo Dupas, “Deixada à solta, ela [a publicidade] tende a ocupar vorazmente todo o espaço público, entrar em rendimento decrescente e saturar o consumidor”.¹⁹²

¹⁹⁰ BENJAMIN, 1994. p. 47-48

¹⁹¹ Um exemplo disso é a existência de uma maior carga persuasiva nas mensagens de produtos destinados a consumidores leigos. Dificilmente se constata a existência de recursos publicitários na venda de produtos técnicos voltados a consumidores que atuam em determinada áreas de especialização, como profissionais da área médica e da computação.

¹⁹² DUPAS, Gilberto. **Propaganda e liberdade**. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 08/06/2013.

O próprio setor publicitário reconhece, através da edição de normas autorregulamentares, que a atividade que desenvolve precisa ser contida para que não sejam causados danos à sociedade; apenas não admite que este controle possa ser realizado pelo Estado.

Ademais, a regulamentação não fica limitada às publicidades que tratem dos produtos listados no art. 220, § 4º, da Constituição, quais sejam o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias.

O disposto no referido artigo só vem confirmar o entendimento de que a regulamentação da atividade pelo Estado é perfeitamente cabível. Ao elencar certos tipos de produtos, a Constituição não limitou a atuação estatal, só fez garantir que a publicidade de tais artigos, em razão de seu potencial efeito nocivo, fosse controlada.

Nesta senda, é o entendimento de Nunes Jr. e Trettel:

Neste contexto, e considerando que a Constituição Federal exige interpretação sistêmica, o disposto no art. 220, § 4º, da CF deve ser entendido como mais um indicativo da necessidade de estabelecimento de limites à publicidade de determinados produtos citados – tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias – para a defesa da saúde da pessoa e da família, e do meio ambiente. Considerar o disposto no referido parágrafo como taxativo é ignorar e afrontar os demais direitos tutelados pela Constituição, o que não pode ser admitido em sede de um Estado que se pressupõe de Direito.¹⁹³

A restrição da regulamentação aos produtos listados no § 4º do art. 220 daria ensejo à veiculação de mensagens ilícitas acerca de outros produtos.

Sendo assim, a publicidade, como ferramenta da ordem econômica, não só pode como deve ser regulamentada, a fim de que o consumidor, a sociedade e o próprio mercado resem protegidos. A intervenção do Estado, neste caso, não é ato de censura, pelo contrário, sua ação visa tão somente evitar que os direitos das partes que integram a relação consumerista e os direitos da coletividade sejam violados.

Conforme destaca Dias:

Publicidade e defesa do consumidor não devem ser vistos, portanto, como entes conflitantes. A publicidade é protegida na medida em que o Direito purifica o mercado dos excessos e, purificando-o, fortalece, por via transversa, o próprio papel do *marketing* e da publicidade na moderna sociedade.¹⁹⁴

A interferência estatal é benvinda na medida em que representa o “resultado da evolução do Direito, no sentido de conciliar o capitalismo com a promoção do bem-estar social”¹⁹⁵.

¹⁹³ NUNES Jr.; TRETTEL, 2010. p. 252.

¹⁹⁴ DIAS, 2010. p. 29.

¹⁹⁵ GUIMARÃES Jr.; PINSKY, 2011. p. 37.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como proposta a análise da publicidade comercial e da possibilidade de enquadrá-la ou não no rol de atos comunicativos protegidos pela liberdade de expressão, tendo em vista a oposição dos integrantes do setor publicitário ao estabelecimento pelo Estado, de restrições à atividade sob o argumento de que estaria havendo uma violação ao direito à *liberdade de expressão comercial*.

O exame da natureza e da finalidade da publicidade desenvolvido no primeiro capítulo possibilitou a compreensão de que esta atividade, que integra a fase preliminar do contrato de consumo, tem como função primordial persuadir seus receptores a adquirir produtos e serviços. Ao contrário da primeira impressão que comumente se tem, o caráter informativo ou artístico não constitui o objetivo final da mensagem publicitária, mas tão somente a forma encontrada para se alcançar um objetivo maior: estimular o consumo e, assim, gerar lucro para aqueles que a fazem veicular.

Conforme destacado no início do trabalho, a publicidade não tem servido apenas para divulgar produtos, mas também para criar necessidades. Por meio do uso de técnicas persuasivas, desenvolvidas com o apoio de outras áreas do conhecimento – como a psicologia e a sociologia –, os anunciantes conseguem induzir o consumidor a determinadas escolhas, relativizando o seu poder de decisão e liberdade de contratar. A função persuasiva é desenvolvida de tal forma que o consumidor passa a acreditar que sua decisão decorre de uma escolha consciente e livre de influências externas, quando na verdade assim não o é. A persuasão, assim como o objetivo econômico, é inerente ao conceito de publicidade.

As técnicas empregadas pelo setor publicitário na divulgação de produtos e serviços tendem muitas vezes a confundir e a enganar o consumidor, mascarando a intenção comercial da mensagem e omitindo dados essenciais do produto, que, caso divulgados, diminuiriam consideravelmente a sua aquisição pelos consumidores. Ademais, recorre-se a mensagens de caráter abusivo, com apelos discriminatórios, incentivos à degradação ambiental, que se aproveitam da vulnerabilidade específica de certos grupos – como as crianças e os idosos –, tudo com o intuito de conquistar o público e aumentar o número de vendas.

Visando coibir o recurso a mensagens ilícitas, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios norteadores da atividade. Determinou-se, desta forma, que o caráter comercial da mensagem precisa estar evidenciado, de forma que o consumidor possa fácil e imediatamente reconhecê-la como tal; que toda a oferta veiculada por este meio, se

suficientemente precisa, deve ser cumprida pelo anunciante; e que o emprego de técnicas enganosas e abusivas não deve ser tolerado.

Reconhecida a necessidade de se regular a atividade publicitária, surge o questionamento acerca de quem poderá fazê-lo. No Brasil, o sistema adotado é o misto, onde a autorregulamentação e o controle estatal coexistem.

Assim, ao mesmo tempo em que o setor publicitário estabelece regras para o desenvolvimento de sua atividade, aplicando-as a todos aqueles que previamente e voluntariamente aderiram ao controle privado, o Estado, visando proteger o consumidor e os demais valores estabelecidos no ordenamento, cria normas reguladoras da atividade publicitária.

O controle exercido pelo Estado, no entanto, é recebido com receio pelos anunciantes, agências e veículos de comunicação, que afirmam estar a publicidade dentre os atos comunicativos protegidos pela liberdade de expressão constitucional e, portanto, imune a qualquer restrição ou censura estatal.

Com o discurso da *liberdade de expressão comercial* como direito constitucionalmente assegurado, sustentam que a publicidade constitui forma de comunicação de caráter informativo, que possibilita ao consumidor conhecer os produtos e serviços anunciados e realizar escolhas de forma consciente.

Entretanto, por meio da análise dos fundamentos que justificam e legitimam a proteção constitucional da livre expressão, tem-se que a publicidade não atende a nenhum deles. Por estar estritamente ligada a objetivos econômicos, não se pode caracterizar a publicidade como forma de livre expressão do pensamento, fundamental para o processo democrático, para a busca da verdade e do conhecimento ou para a autonomia da consciência do ser humano, não havendo porque tolerá-la, isentando-a do controle estatal independentemente de ferir ou não outros valores do ordenamento.

Ademais, o fundamento do fornecimento de informações ao consumidor é combatido na medida em que se constata a natureza persuasiva caracterizadora da atividade e se verifica que a informação nela contida está diretamente vinculada ao alcance de objetivos econômicos.

A publicidade é importante para o desenvolvimento da economia do país e a liberdade de desenvolvê-la e divulgá-la deve ser reconhecida, o que não implica, necessariamente, no seu reconhecimento como ato comunicativo merecedor do *status* de expressão do pensamento, muito menos na impossibilidade de impor determinadas restrições à sua veiculação.

O estudo da natureza da atividade permite enquadrá-la como ferramenta da atividade econômica e, portanto, submetida aos dispositivos acerca da ordem econômica, constantes nos artigos 170 e seguintes da Constituição de 1988.

A Constituição, ao mesmo tempo em que elege o modo de produção capitalista e reconhece o direito dos empresários à livre iniciativa, submete o exercício deste à busca da dignidade humana e da justiça social, bem como à efetivação de determinados princípios, dentre eles, a proteção do consumidor.

Dessa forma, a publicidade, como atividade que compõe o exercício da livre iniciativa, fica submetida ao cumprimento destes ditames constitucionais, sob pena de ser caracterizada como ilegal, legitimando, se assim o for, o controle estatal.

Assim, o controle que tenha como fundamento a proteção do consumidor, parte mais vulnerável da relação consumerista, é garantido pelo próprio texto constitucional, deslegitimando o discurso de que a regulamentação estatal da atividade vai de encontro à Constituição.

A Constituição de 1988 não oferece amparo à *liberdade de expressão comercial* e, portanto, não legitima a ampla liberdade de veiculação de mensagens publicitárias. O Estado pode e deve estipular parâmetros para o exercício da atividade, a fim de evitar as abusividades e garantir a defesa do consumidor.

Demonstrado a não inclusão da publicidade no rol de atos comunicativos protegidos pela liberdade de expressão, bem como a constitucionalidade da regulamentação estatal da atividade, desde que pautada no respeito à livre iniciativa e nos limites a ela inerentes, não há que se falar em censura. A não limitação de uma atividade com tamanho poder de persuasão daria azo ao cometimento de inúmeras ilegalidades, mostrando-se imprescindível, portanto, a atuação estatal como meio hábil a elidir tais abusos e garantir, de forma plena e efetiva, a proteção constitucional conferida aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS DO CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE, I, II e III edição, versão compilada, 2008, São Paulo. Disponível em: <http://www.abapnacional.com.br/images/publicacoes/123_congressos.pdf>. Acesso em: 05/06/2013.

ANAIS DO CONGRESSO BRASILEIRO DE PUBLICIDADE. IV edição, 2008, São Paulo. Disponível em: <http://www.abapnacional.com.br/images/publicacoes/iv_congresso.pdf>. Acesso em 06/06/2013.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 08/06/2013.

BOLKENHAGEN, Lina. **Merchandising como técnica da publicidade: o seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua vinculação**. Revista de Direito do Consumidor, ano 20, v. 80, out./dez, 2011. p. 337-403.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Juliana Santos. **O CONAR e a regulação da publicidade brasileira**. Disponível em: <http://www.casperlibero.edu.br/rep_arquivos/2010/12/10/1292000568.pdf>. Acesso em: 06/06/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/04/2013.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 10/04/2013.

BRITTO, Igor Rodrigues. **Liberdade de expressão comercial só se for nos Estados Unidos**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 28-30.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CONAR. **Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do Conar**. Obra fornecida gratuitamente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, mediante solicitação enviada ao e-mail <conar@conar.org.br>.

_____. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 09/04/2013.

_____. **Presidente do Conar participa de seminário na Câmara de Deputados.** Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 06/06/2013.

DAHAL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/radsad.pdf>>. Acesso em 14/06/2013.

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/11_Declaracao_principios_liberdade_expresso.pdf>. Acesso em 14/06/2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOMINGUES, Caio A. **Publicidade enganosa e abusiva.** Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1019-1026.

DUPAS, Gilberto. **Propaganda e liberdade.** Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 08/06/2013.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. **A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, ano 21, v. 81, jan./mar., 2012. p. 91-115.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES JR., João Lopes; PINSKY, Ilana. **Liberdade de expressão e a publicidade de bebidas alcoólicas.** Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 36-37.

HENRIQUES, Isabella. **Publicidade abusiva dirigida à criança.** Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Publicidade dirigida às crianças: a constitucionalidade da proibição.** Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 33-35.

JACQUES, Daniela Corrêa. **A Proteção da confiança no direito do consumidor.** Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 331/362.

JEZINI, Tatiana. **Influência da publicidade sobre as crianças.** Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 32.

LARA, Luiz. **ABAP e a luta pela liberdade de expressão**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 31.

_____. **Propaganda, liberdade e desenvolvimento**. Disponível em: <www.conar.org.br>. Acesso em: 06/06/2013.

LOPAS, Sibelle; COUTINHO, Renata. **Espelho do tempo: a publicidade e a criança na mídia**. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/sipecom/anais/artigos/culturaidentidade/LOPAS%20e%20COUTINHO.pdf>>. Acesso em: 20/06/2013.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 949-982.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil**. Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1067-1096.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MAZON, Marília. **O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, ano 20, n. 78, abr./jun., 2011. p. 225-267.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NEVES, Fabiana Nogueira. **Liberdade de expressão comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário**. Trabalho apresentado no GP Publicidade e Propaganda do IX Encontro dos Grupos/Núcleos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, ocorrido em Curitiba/PR, de 4 a 7 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-0668-1.pdf>>. Acesso em 01/06/2013.

NUNES, Rizzatto. **Publicidade e consumo: liberdade de expressão, ética e direito do consumidor**. Revista Jurídica Consulex, ano XV, nº 349, 01/08/2011. p. 24-27.

NUNES Jr., Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. **Limites à publicidade comercial e a proteção dos direitos fundamentais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 18, n. 70, jan./mar., 2010. p. 239-256.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Publicidade de tabaco e liberdade de expressão.** Revista de Direito do Consumidor, ano 21, n. 82, abr./jun., 2012. p. 11-59.

PROJETO DE LEI N. 2961/1976. Dispõe sobre a propaganda e a publicidade nas entidades executantes dos serviços de radiodifusão e determina outras providências. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06OUT1976.pdf#page=16>>. Acesso em 28/06/2013.

RAMSAY, Iain. **O controle da publicidade em um mundo pós-moderno.** Responsabilidade Civil, v. 4 – Indenizabilidade e direito do consumidor / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1097-1111.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil.** Direito & Justiça, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12545/8411>>. Acesso em: 12/06/2013. p. 201.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ensaio sobre a publicidade e o seu regime jurídico no direito brasileiro.** Revista dos Tribunais, ano 96, v. 864, out., 2007. p. 20-44.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Da liberdade de expressão ao direito à comunicação.** Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 4. n. 10. Jan./mar., 2010.

SANTOS, Victor Lucas dos. **Liberdade de expressão e tutelas inibitórias.** Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra.** Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-124122/pt-br.php>>. Acesso em: 1º/06/2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. **Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais.** Revista de Direito do Consumidor, ano 21, v. 81, jan./mar., 2012. p. 117-142.