

PUBLICIDADE ABUSIVA: UM CASO CONCRETO

WILSON CARLOS RODYCZ

Juiz de Direito

1. Introdução — 2. Reclamação administrativa — 3. Petição inicial — 4. O pedido — 5. O processamento — 6. Contestações — 7. Contestação do Conar — 8. Encaminhamento da decisão — 9. Sobre o Conar — 10. Mérito — 11. A decisão.

1. INTRODUÇÃO

A minha presença nesta Revista, neste momento, tem por objetivo, proposto pelos seus editores, apresentar um caso concreto (Proc. 01191112364, 2.º Juizado da 7.ª Vara Cível de Porto Alegre-RS) de propaganda abusiva que foi submetido a decisão judicial já nos primeiros dias de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078, de 11.9.90, em vigor desde março de 1991.

É o caso da propaganda das “sobremesas Nestlé”.

Por interessar à explanação, farei exibir os videotapes dos comerciais, a propósito dos quais é necessário fazer os seguintes esclarecimentos preliminares.

Basicamente são dois comerciais, o primeiro intitulado “Armazém”, e, o segundo, “Perereca”, sendo que o primeiro possui duas versões, a primeira versão com o enredo original completo, que foi veiculada no início da campanha publicitária, e, a segunda versão, reintitulada “Armazém I”, que passou a ser divulgada depois que a autora reclamou contra o seu conteúdo perante o Conar — Conselho de Auto-regulamentação Publicitária.

A autora da reclamação — e depois da ação — é a Associação de Proteção ao Consumidor, entidade com existência desde 1975, com sede em Porto Alegre.

São sujeitos passivos da reclamação — e depois da ação — a Nestlé Industrial e Comercial Ltda., como anunciante, e a DPZ — Dualibi Petit Zaragoza Propaganda S/A, como agência produtora das peças publicitárias em questão, ambas com sede em São Paulo. Na ação judicial também foi

indicado como réu o Conar, por suposto agir omissivo na apuração administrativa do caso.

2. RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

Esses comerciais foram veiculados no início do mês de março de 1991 nos canais 4 (Manchete) e 12 (Globo) de televisão, de Porto Alegre, sendo que exatamente no dia 11 de março a autora reclamou ao Conar, por via fonográfica, fazendo a mesma alegação que viria a deduzir posteriormente em juízo.

Sustentou então que esses comerciais, segundo o entender do consumidor médio, apresentavam duas condutas criminosas conhecidas como “assalto” e “chantagem”, as quais são tipificadas no Código Penal Brasileiro como crimes de “furto qualificado” e “extorsão”.

O procedimento tramitou perante o Conar, que decidiu, ao final, em sessão de 21.3.91, através da 3.^a Câmara do Conselho de Ética, por maioria de votos, recomendar o arquivamento do feito, em resumo, “por entender que o aspecto lúdico presente em ambos os comerciais seria facilmente identificável pelo público consumidor, ainda que crianças ou adolescentes” (f. 211).

Inobstante essa decisão, a DPZ resolveu não mais exibir o comercial “Armazém” na sua feição original, remontando-o, como “Armazém I”, com o que, disse, acreditava estar atendendo a representação da Associação, ainda que a entendesse injusta (f. 17).

Inconformada, a Associação recorreu ao Judiciário através de Ação Civil Pública, protocolizando a sua petição inicial em 16.4.91, a qual foi distribuída para a 7.^a Vara Cível, da qual então éramos o Juiz Titular.

3. PETIÇÃO INICIAL

Abrindo um parênteses, devo dizer que a abordagem que vou fazer do processo em questão não incorre na proibição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14.4.79, art. 36, III) uma vez que a sentença prolatada já transitou em julgado, não pendendo mais de julgamento, portanto. Além disso, toda a manifestação que se vai fazer tem umunho didático, e será feita com o mais absoluto respeito a todos os profissionais que nele atuaram.

Na inicial, a Associação historiou todos esses fatos e argumentou, em síntese, o seguinte:

A decisão do Conar, proferida apenas por maioria, não fez cumprir dispositivos do seu próprio Código, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária — CARP, que, no art. 37, prescreve que no anúncio dirigido à criança e ao jovem dever-se-á dar especial atenção às suas características psicológicas; respeitar-se-á sua ingenuidade, credulidade, inexpe-

riência e sentimento de lealdade; não se permitirá seja influenciado pelo anúncio a uma posição socialmente condenável; quando da participação de menores em anúncios, evitar-se-á distorções psicológicas nos modelos visando a impedir a promoção de comportamentos socialmente condenáveis.

Todavia, nas duas peças publicitárias mostra-se como conduta elogiável crianças cometendo crimes, que a nova montagem do "Armazém I" não descaracterizou.

Sustentou que é preciso diferenciar as notícias de crimes, dadas pela imprensa, das peças de propaganda: o noticiário contém a reprovação da ação, que implicará em sanção pela prática do crime; nas propagandas questionadas, não; a ação é mostrada como elogiável, como conduta merecedora de imitação.

Invocou o Código de Defesa do Consumidor, especificamente o art. 37, § 2.º, que proíbe a propaganda abusiva, que é toda aquela que, entre outras, incite à violência e se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

4. O PEDIDO

Dizendo-se legitimada ativa para pleitear a suspensão da veiculação dessas propagandas, invocando as normas já referidas, e ainda o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, pediu a concessão de liminar para a imediata suspensão da divulgação dessas fitas e, evidentemente, a procedência final da ação com os consectários legais pertinentes.

5. O PROCESSAMENTO

O pedido foi recebido como ação civil pública com base na legislação invocada e ainda na Lei 7.437/85, que a regula.

A liminar foi deferida sem a oitiva dos réus, tendo sido amigavelmente executada, isto é, ciente da decisão, o representante da agência DPZ em Porto Alegre entregou em Cartório as fitas de videotape questionadas.

Foi tentada uma conciliação das partes em audiência, oportunidade em que as rés aquiesceram em não mais divulgar essas propagandas, mas a autora não concordou, visando a obter a decisão de mérito do litígio.

6. CONTESTAÇÕES

Além de matérias processuais tecnicamente sustentadas, em cujo relato não me deterei porque não foram acolhidas, as rés DPZ e Nestlé sustentaram, primeiramente, o princípio da liberdade de criação que vigora em toda a sua amplitude na área dos anúncios publicitários, quer como produto e ciência de persuasão, quer como obra artística.

A DPZ apresentou-se como uma empresa publicitária de altíssimo conceito e capacidade profissionais no Brasil e no mundo, titular de contratos de publicidade com empresas de renome internacional, já tendo conquistado todos os prêmios nacionais do setor.

A Nestlé também evidenciou ser uma empresa tradicional e conceituada no País e no exterior, prestes a completar 70 anos de atividades no Brasil, e participante de atividades sociais e culturais em prol da comunidade.

Ambas as rés defenderam a prevalência do julgamento do Conar, tendo a DPZ repetido os argumentos da defesa que lá havia apresentado: os comerciais pretendem refletir o ambiente do filme "Os Goonies", de Steven Spielberg, apresentando um ambiente de aventura e fantasia, no meio do qual aparecem as sobremesas Nestlé; para haver clima de aventura era necessário o ambiente com obstáculos aparentemente intransponíveis; daí o respirador e o guarda dorminhoco; a fuga reflete uma cena típica de filme "pastelão" com o vigilante caindo nas bolinhas de gude e as crianças rindo do lado de fora; tudo não passa de uma brincadeira inocente.

No comercial "Perereca" a cena se desenrola num acampamento de férias; os meninos e uma menina entram no alojamento feminino com sua "arma", a gaiola com pererecas, dominam as meninas e se apossam do tesouro, as sobremesas Nestlé. O comercial termina com o arremesso de uma perereca de borracha, ou seja, uma arma inútil.

Ambas as rés sustentaram que as crianças de hoje têm perfeita capacidade para separar a fantasia do real, posto que acostumadas a assistir filmes na TV como "She-Ra", "Changeman" etc., tendo consciência de que tais personagens são de "mentirinha"; não são esses filmes e esses comerciais que levarão as crianças a delinquir...

Os enredos desses comerciais não têm a capacidade de influenciar as crianças de hoje, perfeitamente informadas pelos meios de comunicação, quer sobre vilões, quer sobre criações de fantasia...

Qualquer adolescente, assistindo-os, terá capacidade de distinguir entre a fantasia retratada e a realidade sem ser tentado a agir da mesma forma.

Ambas as rés argumentaram ainda com um artigo de o *Diário do Grande ABC*, de 24.4.91, que taxava a atividade jurisdicional desenvolvida como "censória", trazendo a opinião do articulista que entendia não serem abusivos esses comerciais, primeiro porque a DPZ é uma grande agência e, segundo, porque o Conar é o zeloso órgão controlador da mídia...

Em suma, as rés DPZ e Nestlé sustentaram que esses comerciais têm conteúdo evidentemente ficcional, fantasioso, folhetinesco; a acusação da Associação autora de que são abusivos revela desconhecimento de princípios fundamentais da psicologia infantil; não são impostos conceitos ainda não pertencentes ao repertório mental das crianças, mas utilizados elementos que já compõem o seu universo; o jovem brasileiro de hoje tem percepção mais aguçada e capacidade de julgamento suficientes para discernir sem influência externa.

A DPZ argumentou ainda que diversos filmes infantis contêm cenas de condutas criminosas, mas nem por isso se pensou em classificá-los como incitadores da sua prática, citando, como exemplo, em "O Garoto", de Charles Chaplin, Carlitos ensinando um menino pobre a se sustentar através de pequenos furtos etc.

Dentre outras matérias brilhantemente sustentadas por seus advogados, além de diversos pedidos secundários deduzidos, as rés DPZ e Nestlé pediram a improcedência da ação.

7. CONTESTAÇÃO DO CONAR

O Conar sustentou apenas matérias processuais. Alegou ilegitimidade passiva para a causa, posto que inexistente relação jurídica a lhe alcançar: não é sujeito na atividade publicitária.

Disse ser uma sociedade civil com função de tribunal de ética nas divergências inerentes à indústria da propaganda; o Código de Auto-Regulamentação Publicitária, que faz aplicar, é um conjunto de normas de caráter privado, com sanções de natureza puramente moral; conforme o seu art. 50, as sanções são: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção de anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Por isso concluiu que não pode ser responsabilizado pelo conselho ou recomendação que deu ou deixou de dar.

Quanto ao procedimento administrativo instaurado por provocação da Associação autora, que culminou com decisão de arquivamento, reiterou sua incompetência para eventualmente sustar os anúncios, dada a sua natureza apenas consultiva, desarmada de qualquer meio coercitivo, e, por decorrência, a ausência de responsabilidade pelos mesmos e sua divulgação, que é inteiramente do anunciante e da agência.

Pediu a extinção do processo em relação a si.

8. ENCAMINHAMENTO DA DECISÃO

Esse foi o litígio que se instaurou: de um lado a Associação autora sustentando que os comerciais em questão incorriam na proibição legal, entendendo que as peças publicitárias eram abusivas, por apresentarem cenas que, ao retratarem hipóteses criminosas como situações aceitáveis, estavam incitando à violência e se aproveitando da deficiência de julgamento e experiência da criança; do outro lado, a anunciante Nestlé e a agência DPZ sustentando o princípio da liberdade de criação e que esses comerciais não incorriam na proibição legal porque situações de ficção facil-

mente compreensíveis pelas crianças e adolescentes, que jamais poderiam confundir com a realidade ou com eles serem incitados ao crime.

A decisão desse litígio, como ocorre em qualquer situação jurisdicional, foi difícil, posto que, como acabamos de examinar, ambos os lados apresentavam argumentos igualmente consistentes e perfeitamente acolhíveis. A isso se somou a novidade do tema, inexistindo então precedentes jurisprudenciais em que pudesse me balizar, impondo-se que abrisse caminho na interpretação concreta da norma legal nova.

Neste ponto, desejo cumprir um honroso dever, que é o de registrar o merecido crédito aos eminentes advogados das partes e ao Dr. Promotor de Justiça que com profundidade terçaram os seus argumentos nos autos procurando fazer prevalecer as suas teses e exarando promoções e o parecer, e com isso trazendo luzes ao Julgador, o que fizeram sem jamais afastarem-se dos ditames éticos e dos padrões de urbanidade e dignidade expedientes procrastinatórios permitiu que já em setembro de 1991 a sentença pudesse ter sido publicada. O crédito é para a Dra. Evelena Boening, o Dr. Marco Antonio Bezerra Campos, o Dr. Jair Tait, o Dr. Roberto Parlato, o Dr. Almiro do Couto e Silva e o Dr. Luiz Sérgio Rizzo, a quem manifesto o meu público e respeitoso reconhecimento.

9. SOBRE O CONAR

A aceitação da tese do Conar pareceu-me inarredável, posto que, à toda evidência, era ilegítimo passivo para a causa.

Ainda assim, acolhendo manifestação da autora quando da réplica, e porque fundamento da sua exclusão da lide, entendi impossível deixar de consignar a surpresa advinda da real competência do Conar para espécies como a presente. Todos lembramos que ao tempo em que se ultimavam as discussões sobre o projeto de lei que veio a ser o Código de Defesa do Consumidor, o Conar veio a público, inclusive por meio de peças publicitárias na mídia, sustentar a necessidade de normas legais para o problema pois que ele, sem ocasionar gastos ao erário público, vinha desempenhando a contento essa atividade de controlar a propaganda. Daí a surpresa, pois nos autos ficou evidenciado — e mesmo admitido expressamente — que a sua competência é meramente consultiva.

A problemática da suficiência ou não da autofiscalização publicitária precisa ser melhor discutida no Brasil, sendo sobremaneira apropriada a oportunidade deste Congresso para que o façamos. Enfatizo: a própria propaganda do órgão fiscalizador mostrou-se “enganosa” nos termos em que a Lei 8.078 veio definir.

Na sentença consignei:

“A resposta do Conar (fls. 156 e ss.) consiste unicamente na postulação de sua exclusão da lide por ser parte ilegítima. Somente à vista do seu estatuto é que se fica sabendo da sua irresponsabilidade efetiva por

atos das suas filiadas e da inexistência de poder decisório frente aos atos das mesmas. Conforme admitido, sua atuação não ultrapassa os limites meramente consultivos, de advertir, recomendar e divulgar suas posições em face de infrações ao código de auto-regulamentação publicitária. Por isso estou de acordo com a autora quando diz na réplica de f. 222 e ss. que a imagem pública construída pelo Conar, mediante publicidade, induziu-a a erro, posto que se pensava que o Conar existisse para regular e até punir os produtores de comerciais em desacordo com o seu código. Mas, não. Por isso cabe a exclusão da lide, por manifesta ilegitimidade passiva, porém não cabe o apenamento da autora nas penas de sucumbência, porque inexistiu em absoluto má-fé de sua parte (art. 17 da Li 7.347/85), tendo sido induzida a erro por malícia do próprio Conar que, como apontado, se apresentou a público como competente para atos muito mais abrangentes do que aqueles que seu estatuto efetivamente permite.”

10. MÉRITO

Rogando vênias àqueles que chegaram a conclusões diferentes daquelas a que cheguei, passo a discorrer sobre os fundamentos que me levaram a decidir pela integral procedência da ação.

A decisão de mérito passava pela exegese dos §§ 1.º e 2.º do art. 37 do CDC, que define as chamadas propagandas enganosas e abusivas.

Desse exame tira-se a seguinte conclusão:

É proibida toda publicidade abusiva.

É abusiva, dentre outras, a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Impedia examinar as peças publicitárias questionadas nos limites desses dispositivos legais.

Os comerciais objeto do pedido, segundo a descrição que a Associação fez, consistem no seguinte:

“Armazém — De noite, depois da remoção de uma tampa ao rés do chão, um grupo de crianças entra agachado num armazém. Elas fazem sinal de silêncio com o dedo frente à boca, demonstram medo, se apossam e comem produtos Nestlé que estavam na geladeira. O guarda se acorda, tenta impedir as crianças, mas escorrega em bolinhas de gude e cai no chão. As crianças fogem para a rua com os produtos. Não há qualquer indicação de que tenham pago os produtos. O estabelecimento comercial está caracterizado pela indicação Armazém.

“Perereca — De noite, um grupo de meninos vestidos de capa de chuva, trazendo várias gaiolas com pererecas dentro, amedrontam e coagem um grupo de meninas a entregarem os produtos Nestlé que elas têm na geladeira de casa.”

A conclusão que a autora tirou foi de que os comerciais fazem a apologia de crimes, no primeiro caso de "furto qualificado", e, no segundo, de "extorsão", que, no entendimento popular, são "assalto" e "chantagem".

O ponto controvertido da ação era se os filmes contêm, explícita ou implicitamente, as mensagens identificadas pela autora e condenadas pelas leis.

No artigo legal gizado se lê que "é proibida toda publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança", que é taxada de "abusiva".

Considerei que nos enredos filmados havia mensagens explícitas sadias, por exemplo a de que os produtos anunciados são gostosos e fazem bem à saúde e ao bem estar das crianças e adolescentes como, também, que havia mensagens implícitas, algumas positivas e outras negativas. Entre as positivas, o espírito de aventura, a saúde dos intérpretes etc.

Mas também pus em evidência que havia mensagens negativas, como seja, o sucesso das ações "criminosas" cometidas pelas crianças e apresentadas ao público alvo como uma conduta aceitável e como caminho eficiente para a felicidade, o que caracteriza um autêntico elogio de impunidade.

Referi que a mensagem subjacente nos comerciais se configuraria numa versão infantilizada da tristemente famosa "Lei de Gerson", ou ainda da teoria de que "os fins justificam os meios", pois é isso que representa a apresentação de atividades ilícitas exitosas, sem qualquer reprovação, pelo contrário, apresentadas como modelo possível.

Em arremate, utilizei um argumento do Dr. Promotor de Justiça (de f. 248): "se tais fatos tivessem ocorrido na vida real, certamente que configurariam condutas criminosas definidas no Código Penal."

As teses das contestações, de que as crianças brasileiras da atualidade são capazes de discernir a ficção da realidade, posto que acostumadas a assistir filmes, jogos eletrônicos, ler livros etc., onde permeiam vilões e bárbaros, bem como de que as peças publicitárias se inspiraram no filme "Os Goonies", onde crianças se organizaram para explorar um navio abandonado etc., embora fortes, foram por mim rejeitadas.

Considerei que os argumentos em contrário da Associação autora são igualmente lógicos e ponderáveis. Nos filmes, inclusive em "Os Goonies", o telespectador sabe que se trata de uma peça de ficção e, sobretudo, não está sendo induzido, através de métodos científicos, a adquirir algum produto, como é o caso das peças publicitárias em questão, onde a ficção está entremeada com a realidade, isto é, com o apelo para a compra e o consumo dos produtos Nestlé.

Não se pode desconhecer que a publicidade veiculada pela televisão atinge a toda a sociedade nacional, não apenas ao público alvo admitido, crianças de 2 a 14 anos (f. 142) das classes ABC, mas também as das classes D e E. E mais: nas crianças de menor idade e nas mais miserá-

veis, sem a mesma mundividência das demais, a mensagem entrará como um estímulo puro, sem qualquer triagem ou resistência.

Aquela mensagem negativa, excessivamente explícita nas peças *sub exame*, poderá operar efeitos maléficos no subconsciente dos telespectadores mirins — ou menos críticos — quer de que a conduta é possível, quer de que é admissível, posto que não punida, quer de que é caminho para a obtenção da felicidade, posto que nesse estado se apresentam os atores após apossarem-se das sobremesas.

Por tudo isso considere que a letra do § 2.º do art. 37 da Lei 8.078/90, invocada na inicial, incide na espécie para evitar a consequência nefasta das peças publicitárias em questão, posto que elas retratam situações — mais do que dúbias — manifestamente prejudiciais às crianças.

A comparação com obras ficcionais não é apropriada para a espécie. Em todos esses casos o leitor, ou o espectador, lê livros ou assiste aos filmes por opção concreta, enquanto que assistir à televisão em nosso País, ainda mais nos lares menos esclarecidos, é um ato compulsivo, como discorrem os *experts*, constituindo-se mesmo uma falácia alegar que só quem quisesse assistiria aos comerciais questionados.

Não deixei de levar em conta o voto vencido do Relator da matéria no julgamento do Conar, Sr. Mário Oscar C. de Oliveira, quando ele considerou que os comerciais em questão continham infração ao Código de Auto-regulamentação e deveriam ter sua exibição desaconselhada. Disse o nominado Relator:

“Tenho o mais profundo respeito à liberdade de criação e à implementação da idéia de modernidade, mas creio que entre os extremos de vícios e promoções nobres, há um vasto campo em que a técnica publicitária moderna pode-se desenvolver de forma inteligente e profícua, sendo, concomitantemente atual e preservadora de valores éticos (f. 297).”

Por fim, ainda no que respeita à liberdade de criação dos publicitários, considere que se impunha fosse considerado que há Lei regulando o seu exercício e a sua extensão, como, de resto, todas as demais atividades, intelectuais ou não. No momento em que a atividade das rés ultrapassou esse limite, por provocação regular, cabia ao Poder Público, através do seu Órgão competente, o Poder Judiciário, responder à agressão e proibir que esse agir produzisse mais resultados danosos à coletividade, nos termos e nos limites da Lei, como feito.

11. A DECISÃO

Por tudo isso, julguei procedente a ação consolidando a liminar e determinando a definitiva proibição da veiculação pública dos comerciais “Armazém” e “Perereca”.