

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

CLAUDIA LIMA MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFBA

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Maria Cláudia da S. Antunes de Souza; Mariana Ribeiro Santiago; Cláudia Lima Marques – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-654-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I”, durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 13 e 15 de junho de 2018, em Salvador/Bahia, sobre o tema “Direito, cidade sustentável e diversidade cultural”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da ética, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham nos ideais de consumo justo e de consumo sustentável, no fenômeno do consumismo enquanto cultura, nas práticas abusivas observadas em determinados seguimentos do mercado, na proteção dos dados pessoais do consumidor, no impacto da publicidade sobre o consumo e sua autorregulação, nos aspectos da responsabilidade civil etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

Everton Das Neves Gonçalves (UFSC)

Maria Claudia da Silva Antunes De Souza (UNIVALI)

Mariana Ribeiro Santiago (UNIMAR)

Claudia Lima Marques (UFRGS)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: O PAPEL DO CONAR

ADVERTISING SELF-REGULATION AND THE CONSUMER`S RIGHTS PROTECTION: CONAR`S ROLE

Gabriel Jacobs De Oliveira ¹

Resumo

A presente pesquisa consiste em comprovar por meio de pesquisa bibliográfica e documental que é possível o mercado publicitário ser autorregulamentado através do órgão judicante do CONAR, sendo uma das consequências deste resultado a proteção efetiva do consumidor, que acaba sendo exposto aos apelos dos anunciantes. Neste contexto, afigura-se que o poder judiciário dificilmente seria acionado para coibir a publicidade que excedesse limites em situações banais, como no caso de anúncios em redes sociais, as quais são submetidas à apreciação do órgão julgador de conflitos éticos, até porque sua provocação pode ser efetuada mediante por um e-mail.

Palavras-chave: Autorregulamentação, Eficiência, Conselho nacional de autorregulamentação publicitária, Conar, Consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

Based on a deductive investigation process, this research aims to proof throughout bibliographic and documental records that it is possible that the Brazilian advertisement market can efficiently self-regulate and protect customers due to CONAR`s ethics court performance. In this sense, the state courts are hardly provoked to act on advertisements that exceeds limits in daily situations like the ones announced in social media that are often presented to CONAR`s ethics court because of its easy and cheap reporting channel that can be triggered thru simple e-mails.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Advertisement, Self-regulation, Efficiency, National counsel of advertisement self-regulation, Conar, Consumer

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: gabrieljoliveira@outlook.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva responder se o mercado publicitário tem a capacidade de se autorregulamentar através do órgão judicante de conflitos éticos mantido pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária, que recebe mensalmente grande quantidade de denúncias, as quais são submetidas a um colegiado para apreciação e posterior deliberação, bem como estabelecer em que medida a prestação do serviço judicante é efetiva.

Para alcançar o objetivo, esta análise é composta por pesquisa bibliográfica, estudo de casos julgados pelo CONAR e pela avaliação do conteúdo dos anúncios submetidos a sua apreciação, como forma de ponderar sobre a qualidade e a sensatez dos julgamentos.

O trabalho de análise é iniciado pela exploração do que está disposto na ordem econômica constitucional e suas nuances axiológicas, que exaltam o princípio da livre iniciativa e da concorrência, sem deixar de lado a plena proteção aos direitos dos consumidores.

Ato contínuo, o presente estudo avalia a intervenção do Estado no domínio econômico e sugere a possibilidade de autorregulamentação dos mercados, em especial o publicitário.

Com isto, passa-se a esmiuçar a autorregulamentação do mercado publicitário e do órgão judicante incumbido da tarefa de proteger o mercado e seus consumidores, a partir do comento e da avaliação de casos julgados pelo CONAR no mês de setembro de 2017, subdivididos em 5 categorias, quais sejam: (i) anúncios direcionados a crianças e adolescentes; (ii) anúncios que supostamente falharam em se identificar como tal; (iii) anúncios que supostamente violaram a respeitabilidade; (iv) anúncios relacionados à responsabilidade social; e (v) anúncios que supostamente falseiam a verdade.

Por fim, as perguntas são integralmente respondidas no momento em que as considerações finais são traçadas.

2 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O compromisso firmado pelo Estado Brasileiro com seus cidadãos através da Carta Magna é o de instituir um Estado Democrático, cujos valores supremos compreendem, dentre tantos, a garantia de proteção ao exercício das liberdades individuais e sociais.

Neste sentido, desde o preâmbulo, mas principalmente nos Artigos 1º, 3º, 5º, 7º e 170 da Constituinte, estão dispostos institutos que remetem ao modo de produção capitalista (TAVARES, 2013, p. 33), sem, no entanto, estabelecer-se uma preponderância entre as

liberdades individuais (livre iniciativa e concorrência) e os direitos sociais (direitos humanos fundamentais), instigando a busca por um Brasil no qual o empreendedorismo seja incentivado e no qual o trabalho seja humanizado e valorizado.

Isto se dá em razão do modelo de estado do bem estar social adotado pelo Brasil, no qual as noções de liberdade e de igualdade não devem ser compreendidas como antinômicas, como nos estados puramente liberais (BONAVIDES, 2007, p. 33).

Assim, resta consagrada na Constituição da República de 1988 a reafirmação de direitos fundamentais do cidadão, deixados de lado durante o período ditatorial brasileiro (SOARES, 2008, p. 4) e assim, conseqüentemente, revela-se a preocupação do legislador constituinte em buscar o equilíbrio entre a promoção da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, positivando-os como fundamentos da ordem econômica nacional.

Com efeito, a Ordem Econômica está vinculada aos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa ao meio ambiente, da redução das desigualdades sociais, da busca pelo pleno emprego, do favorecimento às pequenas empresas, da livre concorrência e iniciativa e da proteção aos direitos do consumidor, sendo que os últimos dois são os essencialmente conectados à presente pesquisa e, portanto, os que serão esmiuçados nos tópicos subsequentes.

2.1 OS PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

Em papel de destaque, por estar arrolada como fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, Inciso IV da CRF/1988), além de compor o rol principiológico da ordem econômica, a livre iniciativa deve ser compreendida, para fins deste estudo, como a garantia e a liberdade conferida ao particular para que se aventure na exploração livre de atividades econômicas (PEREIRA, Carneiro, 2015, p. 33-40) que não sejam contrárias à legislação ou que não sejam de exploração privativa do estado (monopólio estatal), podendo, ainda, em alguns casos, a depender da natureza do mercado explorado, sofrer limitações e (ou) regulações mais incisivas, como no caso das instituições financeiras.

Importante mencionar que não se trata apenas da prerrogativa do ente privado lançar-se ao mercado mas, também, o direito de nele permanecer, senão vejamos:

A livre iniciativa pode ser compreendida em consenso com o direito à liberdade, consubstanciado no artigo 5º, e ambos como forte base da liberdade de lançar-se ao mercado e exercer atividade econômica, considerando ainda o sentido, não só do ingresso ao mercado, mas a

permanência nele, deste modo, estaria por sua natureza, interligado as atividades relevantes economicamente, com a finalidade de assegurar igualdade de condições da iniciativa privada perante a concorrência, quando assegurado seu ingresso ao mercado, ou perante o Estado, na sua forma negativa de não intervenção estatal amparada legislativamente. (PEREIRA, 2015 p. 38).

Adverte-se, ainda, que a livre iniciativa, como fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio da ordem econômica constitucional, não pode ser compreendida meramente como uma afirmação leviana de que capitalismo é revelado como modelo produtivo adotado pela legislador constituinte. Isto se dá em razão da amplitude principiológica do referido instituto, que engloba não somente a liberdade “titulada pela empresa, mas também pelo trabalho”, não sendo, inclusive, privativa dos particulares, até porque a Carta Magna faz menções à iniciativa estatal.²

Complementarmente, a Constituição da República de 1988 aloca o princípio da livre concorrência no mesmo momento que aborda a livre iniciativa.

Apesar de simbiótico à livre iniciativa, a livre concorrência possui significação distinta, de vez que está muito mais relacionada à prevalência da concorrência em detrimento da colaboração mercantil (GRAU, 1993, p. 123).

Com efeito, a livre concorrência — que também reafirma o liberalismo mercantil — tem como finalidade a:

garantia de eficiência de um legítimo sistema de mercado, por meio da tutela de abertura jurídica de ingresso aos particulares para competirem em atividades lícitas sob condições de igualdade, além de limitar e regular a intervenção do Estado necessária para tanto, com a finalidade de alcance ao desenvolvimento nacional atrelado ao social. (PEREIRA, 2015 p. 39)

Em suma, a livre concorrência diz respeito não somente ao direito inerente ao empreendedor de poder ingressar e explorar livremente determinada atividade econômica (livre iniciativa), mas especificamente a prerrogativa de poder disputar livremente por clientela (PEREIRA, Carneiro, 2015, p. 44).

Como consequência do que está previsto no Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, deve-se esperar um mercado concorrencial, caracterizado

² Extraído do voto do Ministro Eros Roberto Grau em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direita de Inconstitucionalidade aos 3 dias de novembro de 2005, no qual as partes envolvidas discutiam a competência privativa, exclusiva ou concorrente entre os entes federados para legislar sobre Direito Econômico. A ação foi julgada improcedente, reconhecendo a possibilidade de o Estado de São Paulo legislar sobre a meia entrada para estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino paulistas do primeiro, segundo e terceiro graus.

pelo grande numero de vendedores, agindo de modo autônomo, oferecendo produtos, em mercado bem organizado. No mercado competitivo, os produtos oferecidos por uma dada empresa são recebidos pelo comprador como se fossem substitutos perfeitos ou equivalentes dos produtos da firma concorrente. (JÚNIOR, 2000, p. 263).

Com efeito, o consumidor pesquisará e comprará pelo melhor preço, geralmente pouco se importando com a procedência dos produtos, sendo normalmente apenas influenciado pela marcas e propagandas (*ibid.*, p. 263-264).

Assim, pode-se dizer que as interações sociais balizadas sob as noções de livre iniciativa e livre concorrência têm como consequência a preservação dos direitos de consumo de seus cidadãos³, uma vez que fomentam o desenvolvimento de produtos de melhor qualidade pelo melhor preço (BASTOS, 2004, p. 145-146).

Neste mesmo sentido, André Ramos Tavares vai um pouco além. Afirma que a observação ao princípio da livre concorrência não colabora apenas de forma consequencialista com a proteção do consumidor, mas que tem como uma de suas finalidades a referida tutela, perspectiva esta que releva ainda mais a interação entre os princípios abordados neste tópico, com o princípio da proteção aos direitos do consumidor (TAVARES, 2013, p. 41).

2.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Inicialmente cumpre destacar que a proteção aos direitos dos consumidores, além de ser um princípio norteador da ordem econômica brasileira, também está disposta na Carta Magna como direito fundamental a ser garantido pelo Estado, nos termos do inciso XXXII do Artigo 5º, bem como possui legislação própria codificada (Lei 8.078/90).

Justifica-se a positivação do princípio da proteção aos direitos do consumidor em razão da lógica adotada no mercado contemporâneo, pela qual o estilo de vida da população está essencialmente relacionado à aquisição de produtos, identificação às marcas, decorrentes do emprego de técnicas de *marketing* por parte dos agentes econômicos, que acabam por estimular o consumo a partir da manipulação das emoções em campanhas publicitárias como estratégia para a majoração dos lucros (CAVALCANTE, 200?, online).

Segundo Kohler, a proteção do consumidor é “um princípio constitucional impositivo”, inerente e necessário para preservação de uma economia de mercado que tem

como pressuposto ou finalidade diversas relações de consumo, até porque o sujeito passivo desta relação se encontra em “situação de fragilidade e subordinação estrutural em relação ao bem ou objeto de consumo” (2003, p. 76).

Por fim, cumpre mencionar que, segundo Egon Bockmann Moreira, o princípio da proteção aos direitos do consumidor deve, necessariamente, ser encarado como “diretriz incrementadora do princípio da dignidade da pessoa humana” (2006, p. 110).

Com efeito, o presente estudo pretende demonstrar que, no que tange à proteção dos consumidores diante das propagandas e veículos publicitários brasileiros, o Estado não se revela como fonte única — ou mais eficiente — da regulação das campanhas publicitárias, podendo-se entender que a intervenção do estado no domínio econômico, por diversas vezes, pode ser suprida pelos próprios particulares.

2.3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Depreende-se do *caput* do Art. 170 da Constituição de 1988 que a ordem econômica estará fundada tanto na livre iniciativa como na valoração do trabalho humano, revelando sua compatibilidade com o modelo de estado social contemporâneo, qual seja, “O Estado de todas as classes”: Estado conciliador de interesses do capital e do trabalhador (BONAVIDES, 2007, p. 185).

Neste contexto, a livre iniciativa e a concorrência não podem ser considerados como princípios absolutos da ordem econômica do estado constitucional brasileiro, encontrando as seguintes limitações:

1º) limites jurídicos: há setores exclusivos do Estado, como os serviços públicos e os monopólios de petróleo e minerais nucleares; 2º) limites econômicos: os chamados “monopólios naturais”, em que a presença de mais de um agente econômico ou encontra óbices tecnológicos (frequência das ondas de telefonia celular, p. ex.) ou físicos (v.g. aeroportos, ferrovias, portos); 3º) limites socioculturais: correlacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho (proibição à exploração da prostituição alheia ou de exibições de humilhação de seres humanos com peculiaridades físicas extravagantes, p. ex.). (MOREIRA, 2006, p. 108)⁴

Conforme aludido no tópico anterior, em razão de estar, também, referenciado no rol de garantias fundamentais, o presente estudo deduz que a limitação à livre iniciativa e

⁴ Manteve-se a grafia original.

concorrência relativa à proteção dos direitos dos consumidores está fundada no limitador sociocultural.

Muito embora esta análise reconheça que a intervenção do Estado na economia visa a redução dos riscos, estando intrinsecamente relacionada com o princípio da segurança, não sendo contrária aos interesses e objetivos das empresas e dos empresários (GRAU, 2017, p. 17), não se pode deixar de reconhecer que é muito menos custoso e seguro ao mercado quando a atividade mercantil encontra freio em sua própria regulação, como acontece quando um programa de *compliance*, por exemplo, é efetivo ou como no caso da autorregulamentação do mercado publicitário.

O que se busca estabelecer neste estudo é que a intervenção do Estado na economia deverá ser operada como *ultima ratio*, em razão da capacidade de os particulares — talvez até mais efetiva do que a do Estado — se organizarem e promoverem sua autorregulação, valendo-se, para comprovação desta premissa, a análise do papel do Conselho Nacional da Autorregulamentação do Mercado Publicitário (CONAR).

3 A AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO

Para fins deste estudo, a autorregulação deve ser compreendida como “a regulamentação dos mercados, das empresas ou das profissões pelos próprios operadores e agentes econômicos interessados, e não pelo Estado”, cuja legitimação decorre do consenso dos agentes econômicos sobre determinadas questões que visam salvaguardar interesses coletivos e inerentes a determinada atividade econômica (JUNIOR, Brito, 2017, p. 5).

Com efeito, a autorregulação está pautada no estabelecimento de diretrizes eleitas pelos agentes econômicos particulares interessados que serão fiscalizadas por seus próprios mecanismos em adição ao controle que já é normalmente exercido pelo próprio Estado e (ou) pela comunidade. Visa corrigir as falhas de mercado e garantir maior eficiência à regulação da atividade, antecipando eventual intervenção estatal.

No Brasil, a regulação do mercado publicitário por seus próprios agentes está a cargo do Conselho Nacional de Autorregulamentação do Mercado Publicitário (CONAR), associação sem fins lucrativos fundada em 5 de maio de 1980, na cidade de São Paulo⁵, criado logo após a mobilização de agências de publicidade, anunciantes e veículos de comunicação

⁵ Informações extraídas do Estatuto Social do CONAR, disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3988868/mod_resource/content/1/Estatuto%20Social%20do%20Conar.pdf > Acesso em 5 de nov. de 2017.

que, juntos, redigiram o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), instrumento de natureza contratual que passa a vincular todos os seus afiliados (ROCHA, 2012, 205).

Cabe mencionar que o referido Conselho foi criado como forma de oposição à tentativa do governo ditatorial brasileiro em criar uma autarquia para censurar e exercer o controle da publicidade (*ibid.*).

Cumpra ainda destacar que o Estatuto Social do CONAR estabelece em seu Artigo 5º que, além de zelar pela comunicação comercial, observar e fiscalizar as disposições do CBAP, o Conselho estará atuando de forma a salvaguardar os interesses dos consumidores.⁶

Para atingir suas finalidades, o CONAR fornece serviços de consultoria aos particulares e, inclusive, aos órgãos públicos (quando por este demandado?), bem como serve como órgão julgante aos litígios éticos que possam vir a surgir nas veiculações de campanhas publicitárias.⁷

A atuação do CONAR deve estar sempre vinculada às disposições elencadas no CBAP e, portanto, deve proteger o consumidor de anúncios: 1) desrespeitosos à dignidade da pessoa humana (Art. 19, 20 e 21 - CBAP); 2) ofensivos aos padrões de decência (Art. 22 - CBAP); 3) abusivos do ponto de vista da confiança do consumidor ou que explorem sua falta de conhecimento (Art. 23 - CBAP); 4) amedrontadores ou que façam apelos supersticiosos (Art. 24, 25 e 26 - CBAP); 5) ambíguos, confusos ou que falseiem a verdade (Art. 27 - CBAP); 6) produtores de efeitos subliminares (Art. 29 - CBAP); 7) veiculados ou publicados sem a possibilidade de identificação de sua finalidade publicitária e não informativa (Art. 30 - CBAP); 8) que dispõem sobre objetos ilícitos (Art. 31 - CBAP); 9) que exponham o consumidor à propaganda comparativa sem que respeitados os critérios elencados no Código (Art. 32 - CBAP); 10) que apresentem descaso à segurança dos consumidores — sobretudo de jovens e crianças. (Art. 33 - CBAP); 11) que estimulem a poluição ou a depredação do meio

⁶ Extraído do Estatuto do CONAR: “Artigo 5º: São finalidades do CONAR: I. Zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras. II. Funcionar como órgão julgante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas. III. Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada. IV. Divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias. V. Atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores. VI. Promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.”

⁷ Também extraído do Artigo 5º do Estatuto Social do CONAR.

ambiente (Art. 36 - CBAP); 12) que exponham as crianças e jovens a situações de segurança e que lhes prejudique o desenvolvimento (Art. 37 - CBAP).⁸

Com efeito, aos infratores das disposições acima e das demais consubstanciadas no Código de Autorregulamentação do Mercado Publicitário, o CONAR aplicará as seguintes penalidades: 1) advertência; 2) recomendação de alteração ou correção do anúncio; 3) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; 4) 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.⁹

Assim, visando demonstrar a atuação do CONAR em casos concretos, a presente análise passará a averiguar se os princípios gerais do CBAP vêm sendo aplicados às decisões emanadas pelo Conselho de Ética, bem como se a autorregulamentação do mercado tem se mostrado efetiva.

4 DECISÕES

Inicialmente, cumpre destacar que os casos pesquisados para fins de instruir[?] o presente estudo foram extraídos do próprio sítio eletrônico do CONAR¹⁰. Buscou-se, também, a verificação empírica do cumprimento das decisões.

As decisões abaixo foram todas proferidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária no mês de setembro de 2017, sendo subdivididas em 5 categorias, a partir das quais serão apresentados casos de procedência, parcial procedência e improcedência da representação ética.

4.1 ANÚNCIOS DIRECIONADOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

O primeiro caso versa sobre um anúncio veiculado pela Fini Comercializadora Ltda., pessoa jurídica do direito privado, exploradora do ramo alimentício, em especial o de doces, dentre eles gelatinas em formas de objetos e animais, como, por exemplo, dentaduras e minhocas.

⁸ Extraído do Capítulo II do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> > Acesso em 5 de nov. de 2017.

⁹ Extraído do Capítulo V do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

¹⁰ <http://www.conar.org.br/>

No vídeo lançado pelo anunciante, é possível observar o desenho de uma criança de costas em um museu, com um locutor explicando os deveres de casa que sua professora iria cobrar sobre esta visita. Em determinado momento, é possível escutar um barulho semelhante ao da abertura de um pacote de balas, o que descontra o ambiente, insinuando que, sempre que se abre um pacote de guloseimas Fini, as crianças ficam mais alegres e despreocupadas.¹¹

Inconformado com o suposto exemplo deseducativo e depreciativo das artes, um consumidor paulista comunicou sua irresignação ao CONAR que, ao apreciar a demanda, acolheu a defesa apresentada pela anunciante de que o consumidor deixou de levar em consideração o bom humor e a fantasia na peça publicitária, determinando o arquivamento do caso.¹²

Noutra situação, o próprio CONAR submeteu uma solicitação de esclarecimentos¹³ quanto a um anúncio feito pela rede de franquias “Divino Fogão”, que lançou campanha publicitária, envolvendo inserções televisivas em programas infantis que aparentavam estimular o consumo exagerado de alimentos, para a obtenção de copos colecionáveis e bilhetes para participação em sorteios de viagens internacionais.¹⁴

Comunicado sobre o procedimento ético instaurado contra si, a rede de restaurantes respondeu que, embora os anúncios tenha sido inseridos durante programas infantis, a campanha evidentemente mirava atingir o público adulto exclusivamente. Satisfeita com o esclarecimento, a Segunda Câmara do CONAR decidiu por arquivar a representação mas que, no entanto, restasse consignada na decisão a orientação ao anunciante para que direcionasse adequadamente as próximas campanhas publicitárias.

4.2 ANÚNCIOS DENUNCIADOS POR DIFICULDADES DE IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA

Nos termos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o consumidor deve ter o direito de reconhecer que uma publicação ou veiculação tem fins publicitários, sendo expressamente vedada a prática de mascarar uma publicidade por meios supostamente informativos (Art. 30 e 50, b - CBAP).

¹¹ Anúncio acessado em 8 de nov. de 2017 e disponível em: < <https://vimeo.com/213783502> >

¹² Representação nº 114/17, disponível no site do CONAR.

¹³ Representação nº 175/17, disponível no site do CONAR.

¹⁴ Informações sobre a campanha publicitária em: <http://promodivino.com.br/index.php>.

Desta forma, cumpre destacar que todas as decisões proferidas pelo CONAR sob a égide desta categoria, levando em consideração o critério temporal estabelecido acima, foram de procedência da representação ética, determinando alteração ou sustação do anúncio.

Nesta esteira, menciona-se o caso envolvendo a empresa de cosméticos Johnson & Johnson, que supostamente encaminhou uma amostra grátis à blogueira Emily Araújo (Representação nº 158/17). Por considerar dúbia a forma de apresentação do produto, uma consumidora gaúcha encaminhou ao CONAR, via e-mail, sua denúncia.

Notificada para apresentar explicações, a anunciante alegou que não descumpriu com qualquer preceito do CBAP, tratando-se de mero brinde encaminhado à blogueira.

Submetida a questão ao órgão julgante, a Sexta Câmara entendeu unanimemente que a anunciante provavelmente não teria encaminhado de forma gratuita um protetor solar a uma pessoa que não fizesse avaliações de produtos ou que não tivesse quantidade significativa de seguidores (no caso, 2,8 milhões), determinando, portanto, a alteração do anúncio, por vislumbrar que a propaganda disfarçada, neste caso, vale-se da ingenuidade do consumidor para alcançar seus objetivos. A blogueira excluiu a publicação.¹⁵

O curioso sobre este caso é que a presente pesquisa revelou que outra blogueira também havia anunciado o mesmo produto, inclusive, com o mesmo texto descritivo na postagem, qual seja: *“ROC é um item indispensável no meu dia a dia!! Obrigada Johnson&Johnson <3 #JNJBrasil #Johnson&Johnson #Amo”*.¹⁶

Desta forma, a conclusão lógica é que a anunciante realmente se valeu de ferramentas para falsear suas reais intenções perante os consumidores e que, desta forma, a decisão do CONAR foi efetiva.

O segundo caso submetido à análise no presente estudo versa acerca do anúncio promovido pela montadora de veículos Fiat, em campanha publicitária para o lançamento de seu novo produto, o Fiat Argo.

No presente caso, a FIAT se valeu da rede social (*Instagram*) da atriz Bruna Marquezine para promover o automóvel. Ocorre que a publicação em questão foi questionada por uma consumidora carioca por não haverem quaisquer menções à natureza publicitária da foto publicada.¹⁷

¹⁵ Material anunciado foi excluído da rede social, conforme link que segue: < <https://www.instagram.com/p/BVFaCPOAxik/?hl=pt-br> > Acesso em 10 de nov. de 2017.

¹⁶ Trecho extraído da publicação em rede social, conforme link que segue: < <https://www.instagram.com/p/BVFaCPOAxik/?hl=pt-br> > Acesso em 10 de nov. de 2017.

¹⁷ Representação nº 129/17, disponível no sitio do CONAR.

Notificadas para apresentarem explicações, tanto a atriz quanto a montadora alegaram restar clara a natureza publicitária do anúncio, aduzindo, em síntese, que não havia qualquer intenção das partes em ludibriar o consumidor, promovendo, desta forma, a alteração imediata da publicação, incluindo os caracteres “#publi” ao final da postagem.¹⁸ A alteração foi reconhecida como suficiente pelo órgão julgante.

4.3 ANÚNCIOS ENVOLVENDO A RESPEITABILIDADE

A partir de denúncias de seis consumidores diferentes, instaurou-se a representação nº 121/17 em face da campanha publicitária promovida pela agência WMcCann para o lançamento do novo modelo da caminhonete Chevrolet S10.

No anúncio em questão, um agricultor aparece lendo uma notícia, em seu telefone celular, que estabelece uma relação entre o desmatamento e a agricultura . Ao fundo, um locutor explicando que sempre existirão pessoas apontando o dedo para quem vive no campo e que, mesmo assim, o fazendeiro, criticado, apenas levantará mais cedo, cuidará de seu rebanho e do futuro, inclusive daqueles que os criticam, introduzindo a ideia de que sem eles, não existirá futuro ao Brasil.¹⁹

Aduzem os consumidores denunciantes que a propaganda em questão denigre a imagem dos ambientalistas e que, portanto, endossa discurso de raiva e vingança contra determinado grupo.

Notificada para apresentar resposta, a anunciante defende o que veiculou sob a alegação de que estava apenas homenageando e reconhecendo a importância do agronegócio para o país.

Apesar da não unanimidade na decisão, o colegiado, por maioria, determinou o arquivamento da representação por entender que: “a emissão de uma opinião ou a menção a parcela da sociedade com opinião diferente não caracteriza falta ética no anúncio, mesmo que suscite um tratamento menos polido”.²⁰

Ainda sob a categoria de anúncios que supostamente violam a respeitabilidade, foi proposta, mediante a queixa de um consumidor, a representação nº 177/17, em razão do uso da expressão “homão da porra” em propaganda veiculada pela YES! Inglês e Espanhol, para

¹⁸ Alteração verificável a partir do link que segue: < <https://www.instagram.com/p/BX3iz4eHF3V/?hl=pt-br&taken-by=brumarquevine> > Acesso em 12 de nov. de 2017.

¹⁹ Anúncio disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=io3q7BSRt3A> > Acesso e 12 de nov. de 2017.

²⁰ Trecho extraído do voto do relator Sr. André Porto Alegre. Disponível no site do CONAR.

descrever um jogar de futebol que, além de vários atributos físicos, afetivos e profissionais, é poliglota.²¹

Em resposta, tanto a anunciante quanto a agência defenderam a veiculação por se tratar de expressão viral, utilizada e reconhecida por todas as camadas sociais, cujo uso se deu para alcançar o seu público alvo, não se tratando, desta feita, do uso desrespeitoso de palavras. O colegiado unanimemente decidiu pelo acolhimento das explicações prestadas e pelo arquivamento da representação.

4.4 ANÚNCIOS ENVOLVENDO QUESTÕES DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

Por iniciativa própria, o CONAR promoveu a instauração da representação nº 128/17 em face de campanha publicitária envolvendo a Cia Muller de Bebidas, produtora da cachaça 51, em razão de anúncio publicitário que não respeitou o Anexo A (bebidas alcóolicas) do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por promover o incentivo ao consumo de bebidas de alto teor alcóolico, deixando de se limitar à exposição da marca, do slogan e com a inclusão do letrero de advertência ao consumo exagerado.

Notificada para apresentar defesa, a anunciante informa que o comercial foi retirado de circulação tão logo a parte recebeu a informação acerca do início do procedimento ético perante o CONAR.

O outro caso submetido a análise durante a elaboração deste estudo sob esta categoria diz respeito ao comercial de TV veiculado pela Nissan em razão do lançamento do automóvel Nissan Kicks.

O processo atuando sob o nº 163/17 perante o tribunal de ética do CONAR foi provocado por um consumidor paulista que entendeu haver incentivos para o descumprimento da legislação de trânsito e o endosso à direção agressiva, em razão de o anúncio ter sido veiculado sob a trilha sonora de “Jorge Ben Jor — Mais Que Nada”, que contém em sua letra o trecho “...sai da minha frente que eu quero passar [...]”.²²

Notificada para apresentar explicações, a anunciante e sua agência esclareceram que o uso da linguagem teve caráter meramente ficcional, impossível, neste caso, de ser confundido com uma situação real. O colegiado entendeu, por unanimidade dos votos, pelo

²¹ Anúncio disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=QB6tTazt-jM> > Acesso em 12 de nov. de 2017.

²² Anúncio disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=HRleAvCx3IU> > Acesso em 12 de nov. de 2017.

arquivamento do feito, em acolhimento integral da defesa apresentada pela montadora de carros.

4.5 ANÚNCIOS DENUNCIADOS POR FALSEAREM A VERDADE

Autuada sob o nº 183/17, a representação ética em face da anunciante Genomma, detentora dos direitos de comercialização do cosmético Cicatricure, foi promovida pela direção do CONAR a partir de denúncia oriunda de um consumidor, em razão de apresentar uma modelo vestida de jaleco branco, sem identificação profissional ou técnica (a partir de registro em órgão de classe, por exemplo: Conselho Regional de Medicina), que descreve as qualidades e as características do produto anunciado, violando o CBAP por não fornecer elementos suficientes para que o consumidor possa entender se as informações estão sendo prestadas por profissional qualificado para tanto ou não.

Em sua defesa, a agência e o anunciante aduziram que apenas buscavam transmitir que o produto era resultado de vasta pesquisa científica, não havendo razões para sustação do anúncio.

Os argumentos de defesa não foram acolhidos pelo colegiado, que decidiu pela sustação do anúncio, lembrando, inclusive, a reincidência da denunciada em situação similar em 2010, razão pela qual, além do dever de retirar a propaganda do ar, recebeu advertência. Não foi possível encontrar o anúncio em questão, porque a decisão foi integralmente cumprida.

Outro caso levado ao conhecimento do órgão julgante versa sobre propaganda televisiva veiculada pela empresa de telefonia Claro, na qual esta afirma ser líder na tecnologia 4G na região Centro-Oeste do Brasil.

Irresignada, sua concorrente Vivo propõe a representação ética nº 182/17, juntando informações que demonstram ser a informação veiculada não verdadeira. O topo do mercado, neste caso, seria da própria denunciante.

Liminarmente, o conselho determinou a sustação do comercial, notificando a Claro para que apresentasse explicações.

Neste sentido, a denunciada argumentou que explicitou no anúncio que a informação prestada teve como base o mês de maio de 2017, e que, portanto, não violou com seus deveres éticos de transmissão de informações verdadeiras ao consumidor.

Ocorre que a campanha não foi ao ar no mês de maio de 2017 e sim no mês subsequente, no qual a Vivo já teria retomado a posição de líder daquele segmento.

Em decisão unânime, o tribunal de ética confirmou a liminar de sustação do anúncio, cumulado com advertência pela demora no cumprimento da liminar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja vista que o estado brasileiro oferece um poder judicante moroso, deficiente e de má qualidade (BONAVIDES, 2001, p. 43), incapaz de garantir tudo aquilo que promete e cuja legislação parece postergar uma efetiva solução dos conflitos cotidianos, firmando compromissos dilatórios com a sociedade (NEVES, 2016, p. 41-42), parece possível afirmar que as formas de autorregulamentação de determinados nichos de mercado possam ser considerados mais efetivos que a atuação do Estado.

Neste sentido, o presente estudo revelou que em todos os casos analisados, os representados conferiram importância ao procedimento ético-administrativo perante o Conselho, respondendo às representações e, por diversas vezes, acatando as decisões do órgão, revelando a capacidade de autorregulação do mercado publicitário.

Cumprir destacar que não se busca por meio desta pesquisa ignorar a importância do poder judiciário como integrante do Estado Democrático de Direito, mas que este, até em razão de seu alto custo e de sua forma degradante de resolução de litígios, pode não ser a melhor alternativa para efetivamente coibir excessos de anunciantes e proteger os consumidores em relação às diversas formas de exposição deste últimos à publicidade e à propaganda.

Com efeito, ressalta-se que a instauração de procedimento ético pode-se dar a partir de uma simples mensagem eletrônica ao CONAR, o que garante maior facilidade e efetividade na instauração de seus procedimentos, o que lhe confere o status de agente eficiente na autorregulamentação do mercado publicitário quando analisado sob a perspectiva da proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > Acesso em 4 de nov. de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 1º de nov. de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAVALCANTE, Elizabeth Nantes. O Consumidor e a Livre Iniciativa: Perspectivas de um Mercado de Consumo Contemporâneo na Realidade Democrática Atual. **Lex Magister**. 20??.

Disponível em:

< http://lex.com.br/doutrina_23956198_O_CONSUMIDOR_E_A_LIVRE_INICIATIVA_PERSPECTIVAS_DE_UM_MERCADO_DE_CONSUMO_CONTEMPORANEO_NA_REALIDADE_DEMOCRATICA_ATUAL.aspx >

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Manual da Constituição**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

CORDEIRO, Rodrigo Aieche. **Poder Econômico e Livre Concorrência: Uma Análise da Concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 27 ago. 2007. Disponível em:

< <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1199> > Acesso em 2 de nov. de 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Por Que Tenho Medo dos Juizes (A Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios)**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

JÚNIOR, José Cretella. **Elementos do Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz; BRITO, Tiago Brito. Regulação, Autorregulação e *Compliance* na Publicidade do Brasil. *in* Legislação e Normas da Publicidade no Brasil. **CENP-1**, 2017. Disponível em:

< http://www.cenp.com.br/PDF/legislacao_normas.pdf > Acesso em 5 de nov. de 2017.

KOHLER, Etiane da Silva Barbi. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Contornos e Desdobramentos. **Revista Direito em Debate**. v. 12. Ano XI nº 18-19, jan. /jun. 2003. Disponível em:

< <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/752/475> >

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. nº 45, p. 103-112, 2006. Disponível em:

< <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32325-38779-1-PB.pdf> > Acesso em 4 de nov. de 2017.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.