

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 - UNIVEM - São Paulo

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 - Unicuriitiba - 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

Prof. 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

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-237-8

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Economia. 3. Desenvolvimento econômico. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos discutidos no dia 02 de dezembro de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) de Direito, Globalização e Responsabilidade nas relações de consumo do II Encontro Virtual “Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O GT, de coordenação dos trabalhos da Professora Doutora Viviane Coêlho de Séllos Knoerr e do Professor Doutor José Querino Tavares Neto, (e Homenagem in memoriam à Roberto Senise Lisboa), que envolveu treze artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos fazem refletir sobre os impactos e os dilemas da atualidade, principalmente em períodos de pandemia, sobre o Direito, a Globalização e a Responsabilidade nas Relações de Consumo.

O primeiro artigo apresentado intitulado “A CONDENAÇÃO AO CONSUMO PELO NEUROMARKETING NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA E EM SITUAÇÃO DE PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS – COVID-19” de autoria de Paola Porto Ramos e Jamile Flores teve por escopo verificar como se dá o comportamento do consumidor na sociedade pós-moderna. Isso não só juridicamente, mas, também com enfoque psicanalítico do fenômeno denominado “consumo”.

O Artigo que trata da “HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR CRIANÇA FRENTE À PUBLICIDADE INFANTIL” de autoria de Jovana De Cezaro e Rogerio da Silva analisa a vulnerabilidade do consumidor criança frente à publicidade infantil. Debateu a legislação existente, Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, entre outros, são suficientes para evitar práticas abusivas e enganosas, resguardando os direitos dos consumidores crianças. Esses integram o grupo dos denominados hipervulneráveis, pois possuem a vulnerabilidade agravada em função de sua condição especial de criança.

A temática sobre “A RELAÇÃO ENTRE O CONSUMISMO, AMOR LÍQUIDO E O WEBNAMORO NA PERSPECTIVA DE ZYGMUNT BAUMAN”, tratado por Lucas David Campos De Siqueira Camargo, Paulo Marcio Reis Santos investigou cientificamente o serviço digital denominado webnamoro. Concluiu-se que essa modalidade de serviço tem ganhado cada vez mais usuários no Brasil.

Wagner Roberto Ramos Garcia Junior e Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo apresentaram a pesquisa “A SOCIEDADE DE CONSUMO E A CONCORRÊNCIA NA ERA DA ECONOMIA DIGITAL”. O trabalho apresentou os impactos sociológicos contemporâneos advindos da Sociedade de Consumo e da nova engenharia econômica disruptiva chamada de economia compartilhada. No momento atual da globalização, o ser humano opta por facilidades, principalmente no que tange às experiências de consumo. No entanto, os impactos sociais da globalização e da própria estrutura econômica que norteia essas novas tecnologias demonstram ser um objeto rico de estudo da economia em relação à Sociedade de Consumo.

O tema “A VULNERABILIDADE AGRAVADA DA CONSUMIDORA GESTANTE, O ASSÉDIO DE CONSUMO E O DEVER DE INFORMAÇÃO DO ESTADO E DOS FORNECEDORES”, de autoria de Luiza Tuma da Ponte Silva e Isabelle de Assunção Rodrigues demonstrou que o contexto hipermoderno, caracterizado pelo assédio de consumo, fomenta práticas de consumo que agravam a vulnerabilidade das consumidoras gestantes, as quais, a partir de diferentes análises, são consideradas hipervulneráveis.

“MEIO AMBIENTE E CONSUMO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO: O IDEAL INDIVIDUALISTA FACE AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO “SOCIOAMBIENTAL” DE DIREITO” foi o tema da pesquisa de Joana D’Arc Dias Martins, que teve como ponto de partida a constatação de que se está diante uma sociedade de risco, e o consumo irracional contribui significativamente para ampliar o problema. Logo, uma nova ética na relação do homem com o meio ambiente precisa ser construída, sob pena de grave comprometimento da sobrevivência das espécies. A pesquisa apontou algumas alternativas que contribuam para a atenuação dessa crise, vistos como formas mais éticas de lidar com os bens ambientais e para a melhoria da qualidade de vida para as gerações atuais e futuras.

Mariana Boechat da Costa pesquisou sobre “O AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS REFERENTES A UTENSÍLIOS E MEDICAMENTOS EM TEMPOS DE PANDEMIA”. O trabalho analisou o aumento abusivo de preços referentes a utensílios e medicamentos em tempos de pandemia. Sob esse viés, realizou pesquisa qualitativa, por meio da análise da legislação, doutrina e documentos escritos. Inicialmente serão tecidos comentários sobre a crise em curso e os seus impactos socioeconômicos

O trabalho intitulado “O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO SECUNDÁRIO NO BRASIL E AS COMPLICAÇÕES DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS COM FALSIFICAÇÃO DE MARCA” de autoria de Angela Aparecida Oliveira Sousa , Josyane

Mansano e, Janaina Paiva Sales trouxe a problemática da falsificação das marcas de luxo, partindo das primícias como o registro, o reforço de sua proteção com o princípio da especialidade, e o desvio para o mercado secundário no Brasil. A pesquisa concluiu que tal fato afeta fortemente a economia de um país, sem contar que este mercado secundário muitas vezes acaba financiando o ilícito, onde as empresas se absterem de comercializarem seus produtos e serviços em um Estado em que a falsificação não é combatida.

Rafael Luengo Felipe pesquisou sobre “O VALOR DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ELETRÔNICAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA”, de cunho metodológico jurídico compreensivo analisou a coleta e a difusão, pelos provedores de conteúdo e de acesso, dos dados sensíveis dos usuários da Internet. Sugeriu que a boa-fé objetiva sirva de diretriz para os negócios jurídicos eletrônicos, pautando-se na minoração da vulnerabilidade técnica e informacional dos contratantes.

OS EFEITOS DA COVID-19 EM UM MUNDO GLOBALIZADO– UMA PERSPECTIVA INICIAL DA UNCTAD de autoria de Monique de Medeiros Fidelis, tratou da questão sanitária e de saúde pública, uma das preocupações iniciais diante da pandemia da Covid-19 foi certamente com a economia mundial e como esta seria abalada diante da doença que alcançou proporções mundiais. A UNCTAD ofereceu, a partir de março de 2020, relatórios com orientações e preocupações imediatas diante do cenário que se estabeleceu. O estudo identificou as respostas imediatas apontados pela ONU.

Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas apresentou o artigo intitulado “OS REFLEXOS DA COVID-19 NO SUPERENDIVIDAMENTO E A ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR”. A massificação ou democratização do acesso ao crédito e o marketing são significativos influenciadores do superendividamento dos consumidores, aliado ao fato dos “acidentes da vida cotidiana”, quais sejam, doença, redução de renda e desemprego, que restaram amplamente vivenciados com a chegada da Covid-19, restando premente a necessidade da atualização do CDC.

A “PUBLICIDADE ABUSIVA VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL: NO CASO BAUDUCCO JULGADO PELO STJ” de autoria de Angélica Eron Ramos Hage Alves e Diego fonseca Mascarenhas investigou a publicidade abusiva direcionada ao público infantil, à luz do caso julgado pelo STJ envolvendo a empresa Bauducco no que se refere a campanha denominada.

E, por último, Raissa Alencar de Sa Barbosa pesquisou sobre “PUBLICIDADE NA ERA DO COVID-19: O CASO TIXAN-YPÊ E A COIBIÇÃO DOS EXCESSOS PUBLICITÁRIOS”. A publicidade é essencial para promover o escoamento da produção, pois aproxima as partes da relação de consumo, devendo ocorrer de forma cuidadosa. Contudo, a publicidade do sabão Tixan-Ypê no Brasil durante a pandemia do COVID-19, a pretexto de aumentar as vendas do produto, não respeitou a legislação brasileira. O trabalho analisou as formas de regulação da publicidade, de modo a diminuir ou evitar os efeitos negativos da publicidade ilícita.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa (homenagem in memoriam) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PUBLICIDADE NA ERA DO COVID-19: O CASO TIXAN-YPÊ E A COIBIÇÃO DOS EXCESSOS PUBLICITÁRIOS

ADVERTISING DURING COVID-19 PANDEMIC: TIXAN-YPÊ'S CASE

Raissa Alencar de Sa Barbosa

Resumo

A publicidade é essencial para promover o escoamento da produção, pois aproxima as partes da relação de consumo, devendo ocorrer de forma cuidadosa. Porém, a publicidade do sabão Tixan-Ypê no Brasil durante a pandemia do COVID-19, a pretexto de aumentar as vendas do produto, não respeitou a legislação brasileira. Por essa razão, essa pesquisa deu-se com o objetivo de analisar as formas de regulação da publicidade, de modo a diminuir ou evitar os efeitos negativos da publicidade ilícita. A bibliografia consistiu em revisão bibliográfica com o mister de avaliar como a regulação publicitária pode evitar a exploração dos consumidores.

Palavras-chave: Publicidade, Ilicitude, Consumo, Covid-19, Tixan-ypê

Abstract/Resumen/Résumé

Advertising is the main way to promote the sales of products and services. It is an essential activity to capitalism, but may be developed carefully. Yet, Tixan-Ypê's advertisement in Brazil during COVID-19 pandemic has been displayed with the aim of increasing sales without respecting Brazilian's laws. Due to this situation, this research took place with a view to analyze some ideas of regulation, in order to reduce or avoid the negative effects of illegal advertisement. The bibliography consisted of reviews on the subject with the purpose of concluding how a regulation of advertising could avoid consumers' exploitation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Advertisement, Illegal, Consumer, Exploitation, Protection

1.Introdução

O tema que será analisado insere-se na área de Direito do Consumidor, com vínculos estreitos com a Teoria dos Direitos Fundamentais. O estudo parte da realidade conjuntural brasileira, considerando como marco temporal inicial o ano de 1980, a partir de quando foi possível destacar uma primeira normatização da publicidade; perpassa a normatização empreendida pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e culmina com a análise do caso prático do sabão Tixan-Ypê, da fabricante Química Amparo Ltda., cuja publicidade vislumbrou incrementar as vendas do produto sob a pretensa capacidade de combate ao novo coronavírus, conhecido como COVID-19, num contexto de pandemia que já vitimou milhões de pessoas em todo o mundo.

2. De informação a persuasão: a publicidade como verdadeiro estilo de vida

O marketing caracteriza-se como um processo mais abrangente de elaboração de mensagem, uma vez que se afigura como um método de analisar as necessidades do consumidor, e a partir de então, delimitar que produtos ou serviços irão ao encontro dessas demandas. Assim, consubstancia mecanismos de estudo do mercado consumidor, abarcando tanto momentos prévios à criação quanto posteriores à utilização do produto ou serviço, realizando verdadeiro acompanhamento do bem ofertado. Dessa feita, pode-se inferir que a publicidade configura uma etapa desse processo mais geral que é o marketing (LOPES, 1992, p.150).

Por sua vez, entende-se por propaganda a disseminação de ideia com vistas a incentivar alguma preferência de cunho político, social ou religioso. É de salientar que não se volta à prestação de informações acerca das características de produtos ou serviços, o que, de outra parte, consiste em papel da publicidade (DENARI, 1992, p.135).

A publicidade, então, como espécie do marketing, configura uma etapa importante da promoção do produto ou serviço no mercado, já que se apresenta como uma forma de ofertar, comercialmente e de forma massificada, uma mensagem por intermédio de um veículo de comunicação. Objetiva, primariamente, a divulgação da existência bens no mercado de consumo, e para tanto, demanda a criação de uma comunicação mercadológica por uma agência publicitária.

São essenciais na elaboração da publicidade, portanto, o fornecedor ou anunciante, já que patrocina a formulação da mensagem publicitária; a agência publicitária, que recebe a

incumbência de transmutar o produto ou serviço em mensagem; e, por fim, o veículo de comunicação, cujo papel é promover a disseminação da mensagem publicitária (BENJAMIN, 1994, p.30-31). Evidenciado, portanto, o caráter eminentemente comercial da publicidade, o que permite distingui-la da propaganda, que carece desse interesse de lucro (CLÈVE, 2005, p.276).

Feitas essas considerações, cumpre discorrer sobre a publicidade como informação. Dado que a publicidade anuncia um produto ou serviço, ela é vista, frequentemente, como aspecto do direito à informação, previsto na CF/88 no art. 5º, XIV, cujo teor é o seguinte: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (CLÈVE, 2005, p.258). E isto ocorre em vista da grande importância da informação para proteção dos direitos do consumidor, tanto que chegou a ser erigida pelo art. 6º, III, do CDC como direito básico.

E tal não poderia ser de outra forma. Com efeito, a informação afigura-se como algo essencial para o exercício do direito de escolha no mercado, notadamente em vista da distorção informacional fática entre consumidor e fornecedor, a qual é acentuada pela crescente evolução tecnológica dos produtos e serviços. Essa circunstância contribui para o agravamento da disparidade de conhecimento entre as partes da relação de consumo, demandando, portanto, o preenchimento da lacuna informacional de forma mais contundente, especialmente em vista da possibilidade de criação de sérios riscos ao consumidor, por conta da sua vulnerabilidade, que se reveste, dentre outros, de caráter técnico (LÔBO, 2001, p.66-68). Nessa senda, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin considera o direito a informação como um dos mais importantes assuntos relativos à tutela consumerista (1994, p.29).

É importante ter em mente que a informação deve ser vista sob as óticas de ambos participantes da relação de consumo, ou seja, do fornecedor e do consumidor. Sob a primeira perspectiva, revela-se uma autorização do ordenamento jurídico de veicular comunicação mercadológica acerca de produto ou serviço lícito, uma permissão lógica, principalmente em vista de a publicidade apresentar-se como etapa essencial para que o bem chegue ao conhecimento do consumidor e desperte a intenção de consumo, permitindo, dessarte, a circulação de riquezas numa economia de mercado.

Não se deve olvidar, contudo, que dito direito de anunciar também ocasiona o surgimento de um dever de informar, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, com vistas a orientar condutas pautadas na lealdade e na confiança, empreendendo uma proteção do consumidor mais completa (LÔBO, 2001, p.66-68).

A segunda perspectiva, de outra parte, denota um direito à informação adequada, que

não se revista de enganabilidade ou abusividade, de modo a proporcionar a participação na relação de consumo com autonomia. Esse direito também envolve aspectos relativos ao conhecimento do produto, cuja importância é inegável para o exercício da liberdade de escolha de forma mais completa; ao paralelismo entre anúncio e produto ou serviço adquirido, denotando transparência na relação; e também à divulgação da mensagem como algo inequivocamente voltado para a promoção de determinado produto ou serviço, isto é, com caráter eminentemente comercial (CLÈVE, 2005, p.273), em respeito ao princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no art. 36 do CDC, a seguir colacionado: "Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". O direito do consumidor à informação, portanto, volta-se a uma conduta que pode ser exigida do fornecedor (LÔBO, 2001, p.62).

É interessante ter em consideração que a publicidade afigura-se como um emblema da sociedade de massas e da informação (CLÈVE, 2005, p.273-274), denotando uma despersonalização das relações, num ambiente em que vigora o anonimato (MELLO, 2000, p.123). Está intimamente relacionada com a transformação no contato entre vendedor e comprador, que deixou de ser predominantemente travado diretamente, com discussão dos direitos e obrigações de ambas as partes, para se desenvolver em um ambiente mais abrangente, no qual há a propagação da oferta a adquirentes em potencial, demandando, portanto, a comunicação de massa para a formação da relação.

O estudo da publicidade, todavia, não deve estar adstrito apenas ao seu aspecto informativo numa sociedade de massas, isto é, não se deve vislumbrar no fenômeno publicitário uma mera forma de proporcionar informações sobre produtos e serviços. Com efeito, é de suma importância a análise dos danos que podem ser causados pela comunicação mercadológica, haja vista o fato de se consubstanciarem em ofensas difusas, ou seja, dispersas por toda a sociedade, não se podendo, portanto, divisar com precisão quem são as vítimas da conduta danosa.

E não é por outro motivo que o CDC, inaugurando o capítulo que versa sobre as práticas comerciais, as quais abarcam a publicidade, dispõe no art. 29: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Esse comando normativo está assim redigido em vista de serem utilizados os veículos de comunicação de massa para a disseminação da mensagem publicitária, o que denota a necessidade de uma tutela difusa. Sobre esse assunto, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin anota que a publicidade ilícita, geralmente, acarreta danos a toda a coletividade (1994, p. 29).

Cumprido salientar que a prevenção e repressão de danos na seara publicitária está

compreendida, consoante lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, num processo mais geral de tutela da dignidade da pessoa humana, notadamente em razão de a atividade se desenvolver em um espaço despersonalizado, elemento que não pode ser ignorado pela ordem jurídica, bem como por se tratar de relação em que há presunção de desigualdade entre os sujeitos, o que demanda, portanto, a correção da distorção e consequente realização do equilíbrio material (2001, p.60-61).

Dentre os danos que podem ser causados pela publicidade ilícita, inserem-se aqueles relacionados a um viés da publicidade que vem ganhando corpo desde os anos 1920, isto é, o de persuasão. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin ensina que dessa década a 1950, houve modificação importante na forma de elaboração da mensagem publicitária, que adquiriu, então, um caráter de incitação ao consumo, sendo conhecida como "lifestyle advertising" ou publicidade de estilo de vida. É interessante observar que, a partir de então, o fenômeno publicitário vem adotando técnicas que enfatizam a imagem em detrimento da informação, a emoção frente à razão e, dessa forma, o desejo em face da necessidade (BENJAMIN, 1994, p.27-28).

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin identifica um paradoxo na veiculação da publicidade na era da informação, já que, em seu entender, ocorreu um verdadeiro abandono da informação, a qual foi colocada em segundo plano pela persuasão. Uma frase resume bem a ideia do autor: "é a era da publicidade plena de sugestão e escassa de informação" (BENJAMIN, 1994, p.47).

Sobre a distinção entre publicidade e informação em sentido estrito, Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que a primeira objetiva a atração e o incremento no consumo, ao passo em que a segunda vislumbra exteriorizar dados que proporcionem o conhecimento dos produtos e serviços (2001, p.71), com o que concorda Heloísa Carpena Vieira de Mello, para quem a publicidade tem um claro viés de fomento ao consumo, mais do que informativo (2000, p.124).

Pode-se asseverar, portanto, que a publicidade, hodiernamente, ultrapassa o simples mister de informação, chegando a ter grande relevância para a análise dos padrões de comportamento da sociedade contemporânea, dado o seu poder de sugestão. E é tamanha a importância do fenômeno publicitário para esse estudo que Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin aduz que "onde existir sociedade de consumo presente também estará a publicidade". Bastante ilustrativas sobre a ubiquidade do fenômeno publicitário, nesse sentido, são as formas de disseminação da publicidade, encontrada, exemplificativamente, nos veículos de comunicação social, nas vias públicas, nos esportes (BENJAMIN, 1994, p.28).

Não se deve olvidar que a disseminação da publicidade por todos os espaços sociais,

assim como a despersonalização do mercado e a utilização de métodos altamente persuasivos contribuem para uma fragilização do consumidor frente aos danos que podem ser causados por essa atividade, notadamente em razão da impossibilidade de defesa individual, bem como ante a ineficácia dessa defesa solitária. Daí exsurge a importância do papel do Estado para a tutela do mercado consumidor, de molde a imprimir uma proteção coletiva (BENJAMIN, 1994, p.36).

E já que a publicidade deve ser controlada por causar danos, convém tecer considerações sobre que aspectos importa levar em conta para que essa regulação seja feita. Há quem entenda que a publicidade deve ser controlada com vistas a permitir a concorrência entre os fornecedores, ótica que recebe o nome de modelo concorrencial. Vê-se, contudo, que se trata de visão limitada, pois coloca em primeiro plano o interesse dos fornecedores, buscando o saneamento do mercado em homenagem ao interesse empresarial, o que, entretanto, apenas reflexamente interessa ao direito do consumidor, razão pela qual goza de maior relevância na seara do direito empresarial.

De outra parte, alguns doutrinadores veem no controle da publicidade uma forma de assegurar a circulação de informações sobre produtos e serviços, perspectiva que é conhecida como modelo informativo. Todavia, está-se diante de argumentação insuficiente para subsidiar uma regulação mais consentânea com os desafios contemporâneos, em vista das considerações feitas acima sobre o poder de persuasão da publicidade.

A persuasão, por sua vez, é enfatizada por dois modelos, quais sejam, o de manipulação de preferências e o cultural. Para o primeiro, deve-se vislumbrar a mitigação de abusos no uso do poder de persuasão, enquanto que, para o segundo, objetiva-se controlar a publicidade ante a possibilidade de alteração de padrões culturais (BENJAMIN, 1994, p.42).

A persuasão na publicidade afigura-se como algo que lhe confere grande poder social, de acordo com os ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, especialmente em vista da utilização de mecanismos refinados para alcançar o objetivo de convencimento (1994, p. 30).

É interessante observar que a preocupação com o controle da publicidade afigura-se como uma característica do direito privado contemporâneo que, no Brasil, decorre diretamente de imposição constitucional. Conforme anota Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, o direito privado clássico carecia de institutos que proporcionassem a tutela mais efetiva do consumidor em face do fenômeno publicitário (1994, p.39). Em consonância com essa lição, Paulo Luiz Netto Lôbo anota que a publicidade não mereceu maiores preocupações até que se formulasse o direito do consumidor como disciplina jurídica autônoma, principalmente por se conceder relevo, na ocasião, ao princípio da livre iniciativa e, dessarte, ao fomento das

atividades do mercado, sendo o fenômeno publicitário encarado apenas como algo que atrai o consumidor (2001, p.71).

Todos os fatores que vêm sendo apontados – modificação na forma de contratação, despersonalização do mercado, transformação da informação em persuasão, influência na mudança de padrões culturais – contribuem para a ideia de que o consumidor precisa ser protegido face ao fenômeno publicitário. Por essa razão, o CDC estatuiu regras para tutelar a parte presumidamente mais fraca da relação, exigindo que a publicidade, para ser lícita, seja adequada, suficiente e veraz, conforme previsão contida no art. 31.

Ílícita será a publicidade enganosa ou abusiva. Por enganosa, entende-se a comunicação mercadológica em que o produto ou serviço diverge da realidade; e abusiva, quando há ofensa a valores morais ou discriminação a determinadas pessoas ou grupos (LÔBO, 2001, p.71).

A publicidade, um discurso eminentemente comercial, para além de informação, possui, atualmente, um manifesto mister persuasivo, que não pode ser ignorado pela ordem jurídica, notadamente pelo fato de o fenômeno publicitário gozar de poder de causar danos difusamente. Após, serão empreendidas considerações sobre a forma de disciplina da publicidade.

3. O surgimento do Conselho de Autorregulamentação Publicitária e a edição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: o sistema de controle pelos próprios agentes do mercado publicitário

Assentado que a publicidade precisa ser controlada, resta analisar em que moldes deve se ocorrer essa disciplina. Existem três modelos de regulação do fenômeno publicitário, quais sejam: privado, estatal e misto. Após as considerações sobre cada um, será apontado qual deles adotou-se primeiramente no Brasil e qual está em vigor atualmente.

O primeiro modelo consiste em mecanismo por intermédio do qual são estatuídas regras pelos próprios agentes do mercado publicitário, razão por que é chamado de modelo privado ou autorregulamentar, já que as normas a que se submetem os publicitários e veículos de comunicação emanam de uma organização não-estatal. Consoante as lições de Mario Frota, para empreender a autodisciplina, os agentes editam códigos de comportamento, os quais são aplicáveis apenas a um setor ou a outros setores afins, que guardem pertinência com a atividade que está sendo regulamentada (FROTA, 1992, p.44). Sobre o assunto, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin anota que esse controle interno consiste em uma tentativa de conferir proteção a situações que ensejaram o surgimento do movimento consumerista e, dessa forma, afastar a regulamentação estatal do setor (1994, p.49).

Mario Frota aponta algumas vantagens da autodisciplina, a saber: a flexibilidade dos processos na solução dos conflitos e a possibilidade de o Estado empreender esforços em outras áreas que estejam mais necessitadas de tutela. Não deixa, entretanto, de identificar desvantagens, a exemplo do exercício de atribuições estatais por entes privados, configurando verdadeiro abandono da função legiferante, bem como a possibilidade de não se oferecer uma defesa efetiva contra os abusos perpetrados no mercado publicitário (FROTA, 1992, p.46-47).

Pelo segundo modelo, a normatização e a fiscalização do setor publicitário são realizadas pelo Estado, sem qualquer participação, portanto, de entes privados. Nessa senda, eventuais códigos de conduta estatuídos por esses entes não-estatais carecem de importância para a solução de controvérsias no mercado publicitário.

Por fim, há o modelo misto, em que se combinam as atuações de entes privados e do Estado. De acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, o Brasil, afinado com vários outros países, optou por esse sistema de tutela contra abusos no setor publicitário após a CF/88 (2010, p.41).

Antes da edição da CF/88, houve a adoção, no Brasil, do modelo privado, com a elaboração do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) em 1978, por ocasião do III Congresso Brasileiro de Propaganda, e com a criação do Conselho de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) em 5 de outubro de 1980, contando com a participação de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação (DIAS, 2010, p.41-42).

À época de sua instalação, o CONAR consubstanciava verdadeira reação à possibilidade de supressão da liberdade de expressão comercial, tendo como mister, ademais, a fiscalização do setor para velar pela ética, pelos interesses dos profissionais e dos consumidores (DIAS, 2010, p.41). Nessa senda, o CONAR recebe denúncias dos consumidores, de autoridades, de seus associados ou da própria diretoria do CONAR (TOFFOLI, 2011, p.68), decidindo sobre elas com base em seu CBAP, e afigura-se, de acordo com Clèmerson Merlin Clève, um exemplo de autogoverno digno de nota (2005, p.260).

Havendo o recebimento de denúncia, o Conselho de Ética, órgão máximo de fiscalização e julgamento, delibera, proporcionando a oportunidade de o acusado de veicular publicidade em desacordo com as normas do CBAP se defender. Decidindo pela procedência da denúncia, o CONAR possui três alternativas, quais sejam: realizar advertência ao anunciante e à agência publicitária; propor a suspensão da difusão da mensagem publicitária aos veículos de comunicação; recomendar ao anunciante e à agência publicitária que modifiquem a publicidade. Sobre a sustação da veiculação, existe a possibilidade de o CONAR fazê-lo

liminarmente, caso seja detectada ofensa flagrante ao CBAP, suspensão que pode ocorrer em poucas horas após a denúncia.

A atuação do CONAR, ademais, é interessante por configurar um controle especializado, uma vez que seus julgadores, por serem integrantes do setor publicitário, possuem conhecimentos técnicos para analisar a adequação da publicidade aos preceitos do CBAP.

É importante ter em consideração, contudo, que o modelo de controle privado não é indene de críticas. Mario Frota, por exemplo, entende que proteção guarda íntima relação com regulamentação por intervenção legislativa, sendo a autorregulamentação expressiva de uma preocupação direta com o saneamento da concorrência no mercado e, apenas de forma reflexa, com a tutela dos consumidores, cuja defesa pode não corresponder exatamente àquela demandada para as empresas (1992, p.42-45). Para Iain Ramsay, por sua vez, a regulação privada da publicidade consubstancia mais uma questão política do que de conhecimento técnico (1992, p.36).

A opinião de Daniel Sarmento sobre o assunto merece atenção especial, por fazer uma ponte entre a produção de normas e a legitimidade democrática. Em seu ponto de vista, o modelo autorregulamentar denota uma flexibilização no monopólio estatal da produção de normas, uma vez que uma instância privada, cujo poder social é inegável, arvora-se da prerrogativa de estabelecer regras de comportamento sem, todavia, passar pelo crivo dos instrumentos de legitimação democrática das leis, prejudicando, dessa forma, o controle dessas normas pela população. O autor salienta que essa atuação, que conta com a conivência do Estado, pode ser encarada como um risco para os direitos humanos, notadamente por serem toleradas novas formas de opressão (SARMENTO, 2010, p.60).

A crítica de Daniel Sarmento afigura-se bastante pertinente, já que o CBAP normatiza um setor que possui influência importante sobre a sociedade, especialmente sob o ponto de vista cultural, conforme visto no tópico anterior, não tendo sido, no entanto, votado democraticamente como a CF/88 e o CDC, mas sim discutido no seio do próprio setor publicitário. Está-se diante, portanto, de uma regulamentação privada de interesses que afetam a sociedade sem, entretanto, a participação desta.

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, a seu turno, afirma que a publicidade regulada pelo próprio mercado apresenta-se como característica apenas dos países menos desenvolvidos, além do que a autorregulamentação não tem se mostrado como algo efetivo. Em acréscimo, anota que o controle privado pode ser considerado como uma mera garantia ilusória dos direitos do consumidor, isto é, apenas simbólica, não gozando de crédito perante muitos

juristas, especialmente por não se afigurar eficaz quando se trata de publicidade abusiva (BENJAMIN, 1994, p.47-50).

Uma crítica bastante comum à autorregulamentação diz com a ausência de cogência das normas autorregulamentares. De fato, o CBAP, por não ser lei, não goza de obrigatoriedade para todos os agentes do mercado, mas somente para os integrantes do CONAR, sendo, portanto, simplesmente "interna corporis", motivo pelo qual muitos doutrinadores vislumbram limitação em sua eficácia, como é o caso de Evelena Boening (1992, p.206) e de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2010, p.43).

É de ressaltar que Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin leciona que a edição do CBAP não exclui o papel do Estado, entendendo mais consentânea com a tutela do consumidor uma atuação concertada, ou seja, a adoção de um controle misto (1994, p.51-52), com o que concordam Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2010, p. 43) e Mario Frota (1992, p. 49).

Carlos Alberto Bittar, de outra parte, salienta que, embora o CONAR venha praticando, desde 1980, ações com vistas ao estabelecimento de padrões éticos no mercado publicitário, sua atuação não foi suficiente para evitar a veiculação de várias mensagens que desrespeitaram o CBAP em todos os meios de comunicação, motivo pelo qual a adoção do modelo misto, a partir da promulgação da CF/88 e da edição do CDC, afigurou-se imperativa. As normas legais, nesse passo, permitem que haja controle da publicidade desde o momento inicial, isto é, desde a sua gestação na agência publicitária, evitando-se, assim, que sejam elaboradas comunicações mercadológicas ilícitas. Outra vantagem evidente do modelo misto reside na possibilidade de responsabilização civil, por intermédio dos mecanismos permitidos pelo direito do consumidor (BITTAR, 1992, p.127-128).

E o atrativo do modelo misto está justamente na possibilidade de diversificação das formas de tutela, bem como na chance de combinar os aspectos positivos dos sistemas autorregulamentar e estatal. Quanto às formas de tutela, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin ensina que pode ser repressiva, reparatória ou preventiva, haja vista contar com a participação do Poder Judiciário, circunstância que autoriza a concessão da proteção mais adequada ao caso concreto (1994, p. 52).

Enquanto que o modelo de controle privado é interessante por ser técnico, já que empreendido por profissionais que atuam na área publicitária e versados nas técnicas de persuasão adotadas pelo setor, o estatal possui obrigatoriedade, não dependendo, dessa feita, da adesão dos agentes a um código de ética.

4. Normatização do tema a partir da Constituição Federal de 1988: a publicidade sob o

ângulo da livre iniciativa, da liberdade de expressão e de comunicação

Conforme assinalado no tópico anterior, a adoção do controle misto da publicidade no Brasil ocorreu com a promulgação da CF/88, denotando uma sensibilização do Estado em relação às consequências dessa atividade para os consumidores, especialmente em vista de seu caráter difuso e, conseqüentemente, da possibilidade de causar danos a toda a sociedade. Com efeito, a Carta Magna estatuiu, no art. 5º, XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", dispositivo que, combinado com o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cujo teor é "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor", determinou a edição do CDC.

Claro está, portanto, que o CDC é decorrência de imposição constitucional. Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, baseando-se nas lições de Fábio Konder Comparato, leciona que essa preocupação estatal reflete o mister de transformação da ordem jurídica brasileira, com vistas a despi-la do caráter de individualismo anárquico que lhe era peculiar até o advento da CF/88 (1994, p.41).

Além disso, é relevante ter em consideração que a atuação do CONAR demonstrou ser insuficiente para tutelar os direitos do consumidor de forma condizente com as demandas contemporâneas, já que, conforme anota Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, no seio do controle exclusivamente privado, inexistia a possibilidade de reparação dos danos sofridos em decorrência da veiculação de publicidade ilícita, notadamente por conta de o procedimento resumir-se ao estabelecimento de advertência, de suspensão ou de correção da mensagem publicitária, sanções, portanto, limitadas. Assim, com a edição do CDC, surgiu a possibilidade de, a partir do disposto nos arts. 30 e 36 a 38, que minudenciam em que termos deverá se dar a atividade publicitária lícita, tutelar o consumidor administrativa, penal e jurisdicionalmente, invocando a aplicação, respectivamente, dos arts. 55 a 60, 66 a 69 e 82 do diploma legal (DIAS, 2010, p.41-44).

Não se deve olvidar que o CDC proporcionou a organização da disciplina jurídica sobre a publicidade, uma vez que, antes de sua elaboração, a legislação sobre o assunto era variada, não contava com uma sistematização, assim como dispunha apenas sobre determinados pontos, não abarcando, dessarte, a dimensão do fenômeno publicitário de forma satisfatória (MELLO, 2000, p.124).

É importante ter em mente que a defesa do consumidor foi erigida, pela CF/88, em direito fundamental. Nesse momento, então, afigura-se pertinente discorrer sobre a definição

de direitos fundamentais.

Consoante as lições de Paulo Luiz Netto Lôbo, direitos fundamentais são aqueles que encontraram agasalho na Constituição, bem como nas leis que a complementam (2001, p.62). Refletem, de acordo com Daniel Sarmento, a opção por determinados valores, os quais culminam com sua disseminação por toda a ordem jurídica, gozando de influência, exemplificativamente, na atuação dos poderes constituídos. Assim, por dizerem respeito a valores morais coletivos, devem configurar preocupação de toda a sociedade, e não somente do ente estatal (SARMENTO, 2010, p.131), notadamente por expressarem um aspecto da dignidade (BARCELLOS, 2011, p.132).

Sobre o assunto, Ana Paula de Barcellos assinala que a doutrina divide os direitos fundamentais em 3 (três) espécies, quais sejam, direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. Os direitos individuais guardam relação com a liberdade, voltando-se ao estabelecimento de um espaço imune à interferência estatal, sendo elucidativos dessa proteção, por exemplo, os direitos à liberdade religiosa, à liberdade civil e profissional, à liberdade de opinião, de expressão e de reunião (BARCELLOS, 2011, p.134).

Todavia, essa dimensão de liberdade afigurou-se como insuficiente para tutelar as demandas da população por dignidade, notadamente em vista do desenvolvimento das relações no âmbito do mercado capitalista, que passaram a ser vistas como predatórias, ante a ausência de regulamentação. Por essa razão, a consagração de direitos que guardassem pertinência com a superação da opressão – identificada, a partir de então, também nos agentes sociais – tornou-se urgente. Nessa senda, inserem-se os direitos sociais, cuja proteção começou a ser empreendida entre o fim do século XIX e o início do XX (BARCELLOS, 2011, p.135-136).

Cumprido salientar, neste passo, que os direitos fundamentais gozam de historicidade, sendo bastante abertos à mutação dos padrões culturais, conforme leciona Juan María Ubillos. Isto significa que atravessam grandes modificações – no tempo e nas sociedades –, pois há frequentes transformações na realidade sócio-política, além do que surgem continuamente novas ameaças (UBILLOS, 2008, p.220).

Assentado, portanto, que o direito do consumidor como direito fundamental reflete a humanização de relações transindividuais, a fim de corrigir as distorções de relações desenvolvidas no âmbito do mercado (LÔBO, 2001, p.60), denotando, então, uma busca por dignidade. Feitas essas anotações, é chegado o momento de discutir se o exercício da publicidade pode ser inserido na categoria de direito fundamental, com base nas disposições constitucionais que frequentemente são invocadas para se tratar da matéria.

Primeiramente, cumpre tecer considerações sobre a relação entre a publicidade e a livre

iniciativa. A publicidade, conforme assinalado anteriormente, constitui mecanismo por intermédio do qual os participantes da relação de consumo entram em contato, na medida em que o fabricante de produto ou fornecedor de serviço faz chegar ao conhecimento dos consumidores a existência do bem que pode oferecer. Nesse sentido, objetiva proporcionar a circulação de riqueza, sendo, dessa feita, importante instrumento da livre iniciativa, cuja tutela está prevista no art. 170 da CF/88.

A livre iniciativa, por sua vez, consubstancia fundamento da ordem econômica, e para Clèmerson Merlin Clève, a atividade publicitária afigura-se como essencial para o exercício da liberdade de iniciativa e da livre concorrência (2005, p.275), não existindo livre concorrência sem atividade publicitária (2005, p.263), com o que concorda Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, cujo entendimento é no sentido de enquadrar a atividade publicitária como algo essencial para o funcionamento do mercado, viabilizando a competição (2010, p.35).

Contudo, importa ressaltar que a livre iniciativa não se afigura como algo destituído de limites. De fato, deve ser exercida tendo em vista, dentre outros princípios, a defesa dos consumidores, erigido simultaneamente à categoria de direito fundamental, conforme salientado anteriormente, e à de princípio limitador da ordem econômica, como se depreende do artigo colacionado acima. Nessa senda, consoante ressalta Vidal Serrano Nunes Júnior, há a permissão para que espaços sejam conquistados no mercado, no entanto, também existem limitações para essa atividade (2008, p.842-843).

É sabido que, para se concretizar, a publicidade requer a participação da agência de publicidade, a qual desenvolve a comunicação mercadológica que será disseminada pelo veículo de comunicação, razão pela qual também envolve considerações sobre a liberdade de expressão e de comunicação. Cumpre ter em mente, entretanto, que a consagração da atividade publicitária como liberdade de expressão e, portanto, direito fundamental, se trata de tema polêmico, consoante advertência de Heloísa Carpena Vieira de Mello (2000, p.126).

Vejamos, então, como tem sido travado o debate. Por um lado, há aqueles que consideram que a publicidade está amparada pelo manto da liberdade de expressão, como é o caso de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, para quem a publicidade é protegida por consistir em manifestação do intelecto, podendo, inclusive, ser considerada como atividade artística, uma vez que, “embora apresentem finalidade comercial, as peças publicitárias são expressões de arte, consubstanciando-se em retrato cultural, crítico ou descritivo do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade” (2010, p.37). Ademais, a autora leva em consideração o fato de que o art. 220 da CF/88, que trata da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, regulamenta a

publicidade de produtos nocivos em seu §4º (DIAS, 2010, p.39).

Esse entendimento é, igualmente, esposado por Clèmerson Merlin Clève, para quem a publicidade também está albergada pelas liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento (2005, p.271). O autor admite, todavia, restrições a esse direito, notadamente as que constam do art. 37 do CDC, haja vista existir a necessidade de compatibilização entre a defesa do consumidor e a livre iniciativa (CLÈVE, 2005, p.259).

De outra parte, é relevante ter conhecimento de que há quem vislumbre no direito de anunciar não propriamente o exercício da liberdade de expressão, mas em realidade, uma extensão dessa liberdade. Nesse sentido, a opinião de Virgílio Afonso da Silva, para quem não existe uma garantia expressa, na CF/88, da publicidade, o que não impede, entretanto, que essa atividade seja tutelada por meio de outros direitos fundamentais, pois ditos direitos gozam de vastos suporte fático e âmbito de proteção. Assim, o direito à publicidade estaria baseado no art. 5º, incisos IV, que versa sobre a liberdade de expressão, e IX, o qual tutela a liberdade de comunicação, bem como no art. 220, cujo teor protege a liberdade de imprensa, podendo ser inferido também a partir do art. 170, que agasalha a livre iniciativa (SILVA, 2012, p.16).

Apesar de existir um direito de anunciar, não sendo necessário que a CF/88 aponte expressamente quais produtos e serviços lícitos podem ser ofertados no mercado, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, está-se diante de caso de direito "prima facie", ou seja, não definitivo, podendo, desse modo, ser limitado (2012, p.17). Quanto às restrições a que a publicidade está sujeita, a seu turno, notadamente em decorrência do art. 220, §4º, da CF/88, Virgílio Afonso da Silva entende que o referido parágrafo funciona como simples cláusula de restrição.

Na ótica de Virgílio Afonso da Silva, o objetivo dessa cláusula não é estancar as possibilidades de limitação do direito, mas sim eliminar a necessidade de o legislador evidenciar que a regulação da publicidade dos produtos elencados no dispositivo é constitucional. Considerando que a própria CF/88 oferece as balizas em que deve se dar a atuação legislativa, a referida cláusula reduz o ônus argumentativo do legislador, sendo, dessa feita, perfeitamente possível que ocorram restrições em relação a outros produtos e serviços. Entretanto, caso o legislador opte por disciplinar a publicidade de determinado produto ou serviço, deverá demonstrar que é constitucional, recaindo sobre ele, assim, esse ônus argumentativo (SILVA, 2012, p.19-20).

O autor ainda salienta que eventual restrição à publicidade não denota limitação total a um direito fundamental, pois, em seu entender, a liberdade de expressão ou a livre iniciativa são os direitos fundamentais dos quais decorre o direito de anunciar. Nessa senda, ainda que

houvesse a proscricção da publicidade de determinado produto ou serviço, a limitação à liberdade de expressão ou à livre iniciativa seria apenas parcial, não significando, dessa forma, uma ofensa grave a esses direitos fundamentais (SILVA, 2012, p.24).

Por fim, convém trazer à colação os pontos de vista de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, que não concordam com a proteção do discurso comercial sob o manto da liberdade de expressão, não vislumbrando na atividade publicitária, dessa feita, um direito fundamental.

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) solicitou a Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que emitissem parecer na ADI 3.311. Os juristas, então, iniciam a peça refutando a ideia de que a livre iniciativa é um direito fundamental, embora esteja intimamente relacionada ao direito de liberdade e prevista como princípio da ordem econômica no art. 170 da CF/88. Além disso, lecionam que é indispensável uma distinção entre liberdade de expressão, vista sob a ótica de direito fundamental, de garantia do Estado Democrático de Direito e de liberdade de informação jornalística, e a liberdade relacionada à criação e à informação comercial. Para tanto, analisam o conteúdo do art. 220, "caput" e parágrafo primeiro, da CF/88.

Em primeiro lugar, cumpre anotar que a própria CF/88 admite restrições à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, de molde a compatibilizá-la com os demais direitos previstos na Carta Magna. Não se está diante, então, de direitos absolutos, mas sim de um sistema em que se busca a harmonização em diversos aspectos da vida social.

A liberdade de expressão em sua feição jornalística, por sua vez, estaria sujeita somente às restrições previstas na CF/88, sendo, então, imune a limitações legais, sob a ótica de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, enquanto que o discurso comercial, cujo mister é fomentar o consumo, estaria adstrito à observância de "valores sociais positivos", de restrições impostas pela CF/88 e também pela legislação. E essa distinção ocorreria, principalmente, porque a publicidade não guarda pertinência com manifestação política, cultural ou religiosa, mas com a sim a livre iniciativa econômica, cujos limites a CF/88 desenha.

Os juristas também salientam que a liberdade de expressão está intimamente relacionada à garantia do Estado Democrático de Direito, por viabilizar o pluralismo político e os demais direitos e garantias agasalhados pela CF/88. Pluralismo político por permitir que sejam divulgadas informações e opiniões em público, bem como assegurar a participação na conformação da vontade política do Estado, sendo, portanto, essencial para o bom funcionamento da democracia. Além disso, a liberdade de expressão guarda pertinência com a liberdade de pensamento, cuja tutela ocorre com vistas a evitar coações de caráter moral

(MARQUES; MIRAGEM, 2012, p.1861-1863).

Ao longo do parecer da lavra de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, as referências à liberdade de expressão são feitas totalmente afastadas de qualquer interesse comercial, notadamente porque os juristas entendem que não se trata de liberdade acessória à livre iniciativa econômica (2012, p.1863), mas sim de direito profundamente ligado à essência do Estado Democrático de Direito. Nesse momento, é relevante fazer conexão com as lições de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, para quem o disciplinamento da publicidade, e inclusive sua proscrição em determinados casos, não configura ofensa às garantias constitucionais do Estado Social Democrático (1994, p.54).

Com efeito, para Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, a liberdade de comunicação e de expressão tem por finalidade salvaguardar o discurso do indivíduo ou da coletividade, vez que intimamente relacionado ao exercício da cidadania. Cidadania, portanto, emerge como a palavra chave no pensamento do autor, e por essa razão, ele questiona a proteção da publicidade sob a ótica dessas liberdades, principalmente em vista de o interesse comercial preponderar na atividade publicitária. Ademais, não se trata de simples veiculação de informação, conforme visto anteriormente, e tampouco de discurso marcadamente intelectual, artístico e científico. Assim, já que a criação intelectual ou artística apresenta-se como mero instrumento a serviço do mister comercial, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin não considera a publicidade como um direito fundamental (1994, p.54-55).

Digna de nota é a reflexão que o autor faz sobre a atribuição dessas liberdades à seara publicitária. Em sua ótica, dita atribuição seria indevida, pois apenas os cidadãos gozariam dessas garantias, e admitir opinião em contrário denotaria conferir ao mercado a mesma importância dos valores mais caros à civilização. Além disso, o autor não negligencia o fato de que a publicidade existe como consequência da proteção do direito de propriedade e da tutela da livre iniciativa (BENJAMIN, 1994, p.55-56).

5. Publicidade na era do COVID-19: o caso Tixan-Ypê

Feitas as considerações sobre a ligação entre a regulação da publicidade e a tutela dos direitos do consumidor, importante trazer à baila caso prático envolvendo a veiculação de comunicação mercadológica do sabão Tixan-Ypê, da fabricante Química Amparo Ltda., que mereceu resposta jurisdicional em vista de ação promovida pela Unilever Brasil Ltda.

Com o advento da pandemia do novo coronavírus, conhecido como COVID-19, que começou a se disseminar no Brasil em março de 2020 e já vitimou milhões de pessoas ao redor

do mundo, surgiu a necessidade de maior preocupação com a limpeza de roupas e de objetos, bem como a implantação de distanciamento social e até mesmo quarentenas no país, com efeitos sobre as relações pessoais e a saúde mental da população que ainda serão avaliados pelos especialistas.

O ineditismo e a gravidade da situação, porém, não impediram que a Química Amparo, que produz o sabão em pó Tixan-Ypê, veiculasse publicidade que aludia a suposta capacidade de ação de eliminar vírus, o que motivou o ajuizamento de ação pela Unilever, sua concorrente, a fim de suspender a comercialização do produto, recolher as unidades do mercado e impedir a realização de campanhas que pudessem remeter ao combate do COVID-19. O processo recebeu o número 1045436-58.2020.8.26.0100, tramita na 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Tribunal de Justiça de São Paulo e redundou na concessão de liminar que acolheu os pleitos, cominando multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no caso de descumprimento.

Trata-se de caso prático de bastante relevo para o tema em estudo, sobretudo por denotar a prática de publicidade enganosa, pois as embalagens dos produtos comunicavam uma suposta eficácia do produto em face do novo agente causador de grave doença, o que não havia sido comprovado cientificamente; no entanto, a resposta estatal está inserida na seara do modelo concorrencial de controle da publicidade, não denotando necessariamente a proteção do consumidor.

É importante ter em consideração que a publicidade do sabão Tixan-Ypê é ilícita, uma vez que o art. 37 do CDC proscribe publicidade enganosa ou abusiva, enquadrando na primeira hipótese comunicações mercadológicas que sejam capazes de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Tendo em vista que, a pretexto de incrementar as vendas, a publicidade atribuiu ao sabão características diversas da que o produto efetivamente possui, está-se diante de publicidade enganosa sob o aspecto das propriedades, motivo pelo qual deve ser coibida adequadamente.

E, para tanto, com base nos arts. 56, II, c/c 60, “caput” e §1 do CDC, poderia haver imposição administrativa de sanção de contrapropaganda, com o mister de obrigar o fornecedor a veicular mensagem nos moldes da anterior e evidenciar a sua ilicitude. Não se deve descurar que a previsão de imposição da sanção nos mesmos moldes da publicidade ilícita harmoniza-se com o disposto no art. 29 do CDC, que vislumbra a tutela do consumidor em seu aspecto mais difuso, pois não se pode determinar, com precisão, quem foi atingido.

É de suma importância a constatação de que a publicidade é dotada de grande

capilaridade: quando já causou o dano, este não pode ser revertido em relação àqueles consumidores atingidos, mas apenas minorado, no sentido de evitar que novos consumidores também tenham seus direitos violados. Nessa senda, a cominação da pena de contrapropaganda tenciona reduzir os danos causados, motivo pelo qual poderia ter sido adotada no caso concreto.

A gravidade do assunto, porém, requer uma atuação mais enérgica do que a simples imposição de contrapropaganda. E por esta razão, é digna de nota a atuação do PROCON do Estado de Santa Catarina, que notificou a fabricante para que explicasse se existia comprovação de benefício do produto para sanitização do vírus COVID-19. Inexistindo o dado, a empresa deveria retirar de circulação as embalagens com essa informação, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e caso não houvesse resposta no prazo estipulado, a fabricante poderia sofrer imposição de multa de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além de outras sanções administrativas.

Além da atuação do PROCON, importa registrar que o Brasil conta, desde maio de 2012, com a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (Senacon), ligada ao Ministério da Justiça, cujas atividades envolvem a coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), de acordo com o art. 106 do CDC, e vislumbram, por exemplo, a melhoria do funcionamento do SNDC, o qual é composto por diversos membros – órgãos estatais e entidades privadas de defesa do consumidor - em sua estrutura, a teor do art. 105 do CDC.

A Senacon tem como objetivos, por exemplo, a coibição de infrações aos direitos do consumidor e o aprimoramento da regulação na seara consumerista, desenvolvendo, dessa feita, ações que tem impacto em todo o Brasil. Tendo em vista essa atribuição, essa Secretaria notificou a fabricante do sabão por possível publicidade enganosa ou abusiva.

Essas atuações consistem em controle sob o aspecto de manipulação de preferências e, como visto, estão mais alinhadas à tutela dos direitos do consumidor, razão pela qual devem ser fortemente adotadas, sobretudo em um contexto de comprometimento da saúde pública, como é o caso da pandemia do COVID-19.

6. Conclusão

Ao longo do trabalho, buscou-se demonstrar que o direito à informação é um dos mais importantes quando se trata de proteção do consumidor, denotando a possibilidade de exigir uma conduta do fornecedor, na esteira das lições de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin e Paulo Luiz Netto Lôbo. No entanto, a regulação da publicidade também deve ter em mente o viés danoso da comunicação mercadológica, sobretudo por culminar em ofensas que se

dissipam pela coletividade.

Ademais, objetivou-se discorrer como a prevenção e repressão de danos causados pela publicidade insere-se num processo mais geral de tutela da dignidade da pessoa humana, pois consiste em atuação em um espaço despersonalizado e que conta com a assimetria entre os sujeitos, razão pela qual exsurge a necessidade de concretização do equilíbrio material.

Digna de nota a utilização de métodos altamente persuasivos, os quais aprofundam a vulnerabilidade do consumidor, sobretudo por ser inócua a defesa individual, circunstância que reclama a atuação do Estado para promover uma proteção coletiva. E nesse contexto, o caso prático da comunicação mercadológica do sabão Tixan-Ypê, da fabricante Química Amparo Ltda., surge como emblema, pois redundou em veiculação de publicidade que se utilizou da pandemia do COVID-19 para aumentar as vendas sob o suposto pretexto de sanitização mais eficiente, o que jamais pode ser tolerado, e contou com resposta tanto do ponto de vista de controle publicitário sob o aspecto concorrencial quanto de manipulação de preferências.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.9, jan.-mar. 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.4, 1992.

BOENING, Evelena. Porque o CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.4, 1992.

CONAR. **Uma breve história do CONAR**. Disponível em: <<http://www.CONAR.org.br/>>. Acesso em 17 ago. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. **Revista Crítica Jurídica**, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n.24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.4, 1992.

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

FROTA, Mario. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.4, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.37, jan.-mar. 2001.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.311**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2246660>>. Acesso em: 3 ago. 2012. p.1856-1859.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.35, jul.-set. 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.4, 1992.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil**. São Paulo: Instituto Alana, 2012. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. **Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do CONAR**. São Paulo: CONAR, 2011.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la practica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.