

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUCAS DA SILVA PERES

**O TRATAMENTO AUTORREGULAMENTAR DA PUBLICIDADE
ABUSIVA QUE FERE O “PRINCÍPIO GERAL DA DECÊNCIA”**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ORIENTADORA: PROF^a. DR^a. CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA

RIBEIRÃO PRETO

2012

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUCAS DA SILVA PERES

**O TRATAMENTO AUTORREGULAMENTAR DA PUBLICIDADE
ABUSIVA QUE FERE O “PRINCÍPIO GERAL DA DECÊNCIA”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Cíntia Rosa Pereira de Lima.

Ribeirão Preto

2012

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

P4375

Peres, Lucas da Silva

O tratamento autorregulamentar da publicidade abusiva que fere o “princípio geral da decência”/ Lucas da Silva Peres. -- Ribeirão Preto, 2012.

107 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cintia Rosa Pereira de Lima

Banca examinadora:

Orientadora: _____

Prof^a. Dr^a. Cíntia Rosa Pereira de Lima

*Aos meus pais, Belmiro e Maria Viviani, pelo amor e carinho
infinitos.*

Ao meu avô Antônio, in memoriam.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e à minha família, elementos fundamentais em minha vida com os quais, com o amor e apoio incondicionais, tornam possível o impossível.

A todos os meus amigos pelo carinho, apoio e companhia: minhas maiores conquistas e meu maior tesouro!

Aos colegas da primeira turma da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) que bravamente aceitaram os desafios típicos de um curso em formação, que hoje é uma realidade vencedora no contexto nacional.

Aos meus calouros Bruno Tauil, Vivian Salvador, Lucas Pimentel, Fernanda Menezes e Natália Carvalho, pelo respeito e consideração (mútuos), próprios de uma família acadêmica.

À Dra. Laila Rezende e à Companhia Athletitca, por comprovarem que apenas é possível o equilíbrio espiritual em conjunto com o equilíbrio físico.

Aos amigos David Pereira, Filipe Andrade, Renan Alves e Leonardo Rosa, com os quais adquiri uma amizade que apenas a vivência no mesmo apartamento é capaz de proporcionar.

À minha orientadora, Prof^ªDr^a Cíntia Rosa Pereira de Lima, que se dispôs gentilmente a me auxiliar nesta tese, e que, mesmo com as dificuldades resultantes de um afastamento médico neste meio tempo, não vedou esforços para exercer a orientação de maneira digna, sem a qual não seria possível a conclusão do presente trabalho.

Ao Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos, que também me auxiliou – e muito – para a conclusão da presente tese.

Em suma: muito obrigado (!) a todos por tornarem possível este Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise de um dos tipos de publicidade vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro: a denominada “publicidade abusiva”. A definição acerca do que é “publicidade abusiva” é aberta, sendo que em sede da legislação estatal é ela conceituada mediante exemplos (art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor), e, por outro lado, no âmbito do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária são traçados determinados “princípios gerais” os quais regulam a matéria. Neste sentido, buscou-se analisar a “publicidade abusiva” caracterizada pelo desrespeito a um desses “princípios gerais” elencados no diploma privado de autorregulamentação da matéria, o qual é denominado “princípio geral da decência”. Com base nesta delimitação do tema, e movido pelo pressuposto de que o “princípio geral da decência” é um instituto sobremaneira subjetivo e aberto, mediante a análise de outros princípios relacionados à matéria, dentre os quais da “liberdade de expressão” publicitária e a efetiva proteção do consumidor na relação de consumo advinda da publicidade, foram explorados meios para uma “objetivação” analítica do tema, com base em dados estatísticos e análise jurisprudencial do órgão judicante do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Por fim, indispensável salientar que o presente trabalho se apoiou nos conceitos e bases conceituais advindos da ciência *marketing*, pois que indispensáveis para a profunda e mais completa análise do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade. Abusiva. Decência. Autorregulamentação. CONAR. Conselho de Ética.

ABSTRACT

The present study aims to analyse one of the types of prohibited advertising by Brazilian Legal Order: the so-called “abusive advertising”. The definition of the “abusive advertising” is an open question, according to the state hall legislation, it is conceptualized by examples (article 37, §2nd of the Code of Consumer Protection), and on the other hand, in the scope of Brazilian Advertising Self-Regulation Code are explained in “general principles” which regulate the matter. In light of this, we sought to analyse the “abusive advertising” characterized by the disrespect of these “general principles” listed in the private diploma of Self-Regulation Code matter, which is denominated “the general principle of decency”. On the basis of this theme deliniation, and moved by the assumption that “the general principle of decency” is particularly subjective and open institute, through the analysis of other principles related to the matter, among them the advertising “freedom of expression” and the consumer affective protection in the consume relation arising from the advertising, means were explored for an analytical objectification of the theme, using statistical data and analyses of the case-law and the National Advertising Self-Regulating Council (CONAR). Finally, it is vital to stress that the present study was supported by the concepts and conceptual basis of the marketing science, because they were essencial for a deep and more complete analysis of the theme.

KEY-WORDS: Advertising. Abusive. Decency. Self-Regulation Code. National Advertising Self-Regulating Council (CONAR).

Sumário

Introdução	17
CAPÍTULO 1 – DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE O TEMA	20
1.1. Marketing	20
1.2. Publicidade.....	21
1.3. Publicidade x Propaganda.....	24
1.4. Funções da Publicidade.....	26
1.5. Tipos de publicidade	28
1.6. Agentes da publicidade	29
1.7. Gênese da publicidade.....	31
CAPÍTULO 2 – DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE.....	33
2.1 Breve esboço histórico da publicidade no Brasil: origem, tratamento legal e regulamentação	33
2.2 Relação jurídica de consumo advinda da publicidade.....	36
2.3 Princípios aplicados à publicidade	41
2.3.1 <i>Princípios gerais da relação de consumo</i>	<i>43</i>
2.3.2 <i>Princípios atinentes à publicidade</i>	<i>45</i>
2.3.2.1 <i>Princípio da identificação da mensagem publicitária.....</i>	<i>46</i>
2.3.2.2 <i>Princípio da Veracidade.....</i>	<i>47</i>
2.3.2.3 <i>Princípio da vinculação contratual da publicidade</i>	<i>49</i>
2.3.2.4 <i>Princípio da não abusividade da mensagem publicitária.....</i>	<i>49</i>
2.3.2.5 <i>Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante</i>	<i>49</i>
2.3.2.6 <i>Princípio da correção do desvio publicitário.....</i>	<i>50</i>
2.3.2.7 <i>Princípio da não captura (abusiva) do consumidor</i>	<i>51</i>
CAPÍTULO 3 – PUBLICIDADES VEDADAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	53
3.1 Publicidade enganosa.....	54
3.1.1 <i>Elementos de configuração</i>	<i>56</i>
3.2 Publicidade abusiva	58
CAPÍTULO 4 – REGULAÇÃO E CONTROLE DA PUBLICIDADE.....	65
4.1 Limites subjetivo, objetivo e teleológico da regulação publicitária	65
4.2 Motivos justificantes da regulação publicitária	68
4.2.1 <i>Proteção aos direitos do consumidor</i>	<i>68</i>

4.2.2	<i>Proteção concorrencial</i>	70
4.2.3	<i>Liberdade de expressão publicitária</i>	72
4.3	Formas de regulação	75
4.3.1	<i>O controle exclusivamente privado</i>	76
4.3.1.1	<i>Do Conselho de Ética e do Processo Ético</i>	79
4.3.2	<i>Controle exclusivamente estatal</i>	84
4.3.3	<i>Controle misto</i>	85
Capítulo 5 – O tratamento da publicidade abusiva que desrespeita o		
“princípio geral da decência” no âmbito do autorregulamentar		86
5.1	A construção do sistema autorregulamentar pautado em princípios gerais	86
5.2	Da “decência” como conceito jurídico indeterminado	89
5.3	Da análise jurisprudencial no âmbito do Conselho de Ética do CONAR	94
Considerações Finais		100
BIBLIOGRAFIA		102

Introdução

Elemento presente no dia-a-dia, a publicidade é um fenômeno que atinge o cotidiano de inúmeras pessoas, mediante incontáveis veículos informativos: rádio, televisão, jornais, revistas, *outdoors*, entre outros. Seja de maneira direta ou indireta, ao consumidor ou àquele que a ele se equipare, segundo alguns autores “Não há sociedade de consumo sem publicidade”¹.

Não podendo ficar alheio a tal questão, o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII e art. 48 do ADCT) e a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, modernizaram a tutela das relações de consumo, tanto no tocante às situações contratuais individualmente consideradas, quanto em relação ao momento pré-contratual no qual não se é possível determinar a extensão dos sujeitos nela envolvidos.

Porém, há de se destacar que desde 1980, com o advento do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), já existia ainda que de forma prematura a tutela dos direitos do consumidor na seara da regulação privada. Hoje, aliado à regulação estatal – formando o sistema misto de regulação publicitária – se traduz como de importância ímpar no combate às formas viciadas de publicidade, sendo que, inclusive, são raros os casos de judicialização das demandas relativas ao tema, pois que se esgotam no efetivo controle de julgamento no âmbito do Conselho de Ética do CONAR.

É de se reconhecer que a “publicidade” exerce importante papel na relação de consumo, uma vez que se localiza em momento pré-contratual, influenciando sobremaneira a intenção do consumidor (determinado, determinável e indeterminável), mediante técnicas que tem por finalidade estimular o consumo e, em outras palavras, propiciar o lucro aos fornecedores. Mais além, mesmo que não se observe a concretização de tal finalidade (consumo-lucro), a “publicidade” igualmente atinge a população como um todo na medida em que expõe seu produto – e, portanto, a marca – introduzindo no imaginário do consumidor potencial um meio de vida o qual julga ser o ideal.

Não sem propósito, os legisladores constituinte, ordinário e privado (autorregulamentar) previram que através da mensagem publicitária, poder-se-ia verificar abusos e ilicitudes em torno da relação de consumo presente ou potencial, com a problemática

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 227.

de que seria difícil – ou impossível – prever legalmente todas as atividades ilícitas nesse panorama.

Assim, observar-se-á, que por ser um elemento da relação dinâmica das relações (obrigacionais ou não) de consumo, sofrendo mudanças muito rápidas difíceis de serem acompanhadas pelo legislador ordinário, as regras que dispõe acerca da “publicidade” são regulamentadas por cláusulas abertas e gerais, garantindo ao operador do direito liberdade e flexibilidade quando em sua aplicação.

Um desses conceitos juridicamente indeterminados é o da “decência”, o qual motivou a presente pesquisa, presente no art. 22 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária como um dos “princípios gerais”.

É possível objetivar uma interpretação acerca do que é “decência”? O tratamento dispensado às publicidades ilícitas sob o critério geral da decência é unânime? Repreende-se indevidamente publicidades tidas como “indecentes”? Se sim, não se está presente casos de violação ao direito fundamental de liberdade de expressão? Até que ponto se pode/deve sustar a veiculação de uma peça publicitária?

Procurar-se-á esclarecer todas essas questões que se mostram socialmente relevantes, frequentemente verificáveis e sensíveis ao senso comum, além de serem de atualidade indiscutível e passíveis de maiores e melhores discussões acadêmicas.

Abordar-se-á, no Capítulo 1, os conceitos importantes ao trabalho, levando-se em conta o vocabulário próprio da ciência “marketing” a qual influencia diretamente o âmbito jurídico-prescritivo concernente à matéria consumerista.

No Capítulo 2, será exposto o tratamento jurídico geral acerca do tema, enquanto no Capítulo 3 será descrito, de maneira mais pormenorizada, os tipos de publicidades vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Capítulo 4 trata das formas de regulação acerca do tema no Brasil, e os meios de controle da publicidade ilícita.

Seguindo, Capítulo 5 destina-se à apresentação do conceito, da problemática e da discussão acerca da Publicidade ilícita sob o critério geral da “decência”, em conjunto à verificação da jurisprudência do Conselho de Ética do CONAR a esse respeito.

O método utilizado será a análise de material bibliográfico, verificação jurisprudencial no âmbito autorregulamentar e levantamento estatístico baseado nos dados a que se tem acesso pelo sítio eletrônico do CONAR, sem prejuízo se apresentação de exemplos de Publicidades abusivas que ferem o “princípio geral da decência”.

Concluindo, objetiva-se demonstrar a dificuldade quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, mas que se mostram esses essenciais para a construção de um ordenamento jurídico capaz de se remodelar/atualizar, jurisprudencial e doutrinariamente, sem que isso demande reformas legislativas nas searas estatal e autorregulamentar.

CAPÍTULO 1 – DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE O TEMA

1.1. Marketing

Há de se distinguir que *marketing* e “publicidade” não possuem o mesmo significado.

O *marketing*, na condição de ciência humana autônoma, adquiriu importância mormente após o começo da revolução industrial – século XVIII – com a produção em massa dos produtos.

Em um primeiro momento, a preocupação do *marketing* era por se dizer *utilitarista*² sob a análise da produção, uma vez que era tal característica a qual sujeitava a sua apreciação (utilidade de forma, tempo, lugar e posse) do ponto de vista da produção em relação a tais utilidades, com a finalidade de facilitar as trocas para que se aumentasse a satisfação de todas as partes envolvidas³.

A partir dos anos de 1950, no pós-guerra e após o surgimento de novos métodos do sistema de produção (do fordismo ao toyotismo), e as alterações advindas em ordem social – guerra fria, movimento da contracultura – e cultural⁴, fizeram com que o conceito do *marketing* se amoldasse à uma nova realidade.

Propagou-se de maneira mais efetiva inicialmente em relação às indústrias de bens não-duráveis, e “estendeu-se a empresas produtoras de bens duráveis e de serviços, em consequência do desenvolvimento da tecnologia, do aumento da concorrência, da utilização crescente da propaganda e da publicidade, da instabilidade do sistema econômico e do novo papel do consumidor, mais crítico e mais consciente de seus direitos.”⁵

² PINHO, J.B. Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990. p. 20.

³ *Idem ibidem*. p. 22.

⁴ Neste sentido: HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2 ed. 34. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p. 198-252 e 314-337. O historiador faz análise minuciosa acerca do período de crise enfrentado pelos moldes do liberalismo clássico, os quais resultaram nas duas grandes guerras da primeira metade do século passado. No mais, explora o desenvolvimento das novas formas de produção, das novas tecnologias advindas com o embate indireto da denominada “Guerra Fria”, e explora os movimentos de contracultura – hippies, e etc. – os quais foram determinantes para traçar os panoramas atuais de desenvolvimento do mercado e da sociedade.

⁵ PINHO, J.B. *op. cit.* p. 23.

Neste sentido, *marketing* passa a ser uma ciência voltada à orientação do mercado – e não mais da produção como antes – passando por uma orientação em relação às vendas (embora com essa não se confunda), garantindo a organização comercial da empresa, bem como de sua perenidade.

Para Philip Kotler⁶, *marketing* é “um processo social e gerencial pelo qual indivíduos e grupos obtêm o que necessitam e desejam através da criação, oferta e troca de produtos de valor com outros.”.

É possível definir as atividades do *marketing*, como já acima descrito mas agora sob a ótica do mercado, em quatro “P’s”, derivados dos termos ingleses *product* (produto), *place* (lugar), *price*(preço) e *promotion* (promoção)⁷.

A “publicidade” está contida dentro da ciência do *marketing*, a qual envolve inúmeras outras análises mercadológicas, no que tange à *promotion* ou promoção do produto ou serviço o qual se disponibiliza no mercado de consumo.

1.2. Publicidade

Antes que seja possível tecer quaisquer considerações acerca do conceito de “publicidade” é necessário ressaltar que tal instituto, conforme acima introduzido, pode ser abarcado em diversas áreas do conhecimento, notadamente das ciências humanas, como por exemplo nos campos da ciência do *marketing*, do direito, da psicologia, sociologia, dentre outras.

A depender do enfoque, poderá a publicidade assumir os mais variados conceitos, tendentes a explicar aquilo o qual melhor se aproveite ao campo do saber no qual o pesquisador opera.

A palavra “publicidade” advém do termo latino *publicuse* segundo o dicionário de língua portuguesa HOUAISS⁸, o vocábulo publicidade tem diversos significados, dentre eles:

⁶ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle*. 5 ed. (tradução da 9 ed. Norte-americana). São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 25.

⁷ PINHO, J.B. *Comunicação em marketing*. 9 ed. Campinas: Papirus, 2008. p. 35.

1.Característica do que é público. **2.** arte, ciência e técnica de tornar (algo ou alguém) conhecido nos seus melhores aspectos, para obter aceitação do público. **3.** Divulgação de matéria jornalística, por encomenda de uma empresa, pessoa, instituição etc., por qualquer veículo de comunicação. **4.** Propaganda.

Superada a questão da formação histórico-linguística da palavra, a ciência que tem por objeto a aplicação, o manejo profissional, as etapas de criação, etc. da “publicidade” é o *marketing*.

Segundo o renomado publicitário Eugênio Malanga, “publicidade” é o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial conquistando, aumentando ou mantendo clientes⁹.

O comitê de definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) oferece a seguinte noção “Publicidade é toda e qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado.”¹⁰

A Diretiva Europeia 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia estipularam, neste diploma o qual regula a publicidade enganosa e comparativa, no art. 1º entender ser “qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens móveis, direitos e obrigações”.

Ressalte-se que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (v. Capítulo 2) equipara o termo “publicidade” ao termo “anúncio”, conforme é possível visualizar nos primeiros artigos (art. 1º ao 7º) em sede do denominado “preâmbulo” do diploma que é tido como um verdadeiro Código de Ética Publicitaria, advindo no dia 05 de maio de 1980.

⁸ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2330.

⁹ MALANGA, Eugênio. *Publicidade: uma introdução*. In: PINHO, J.B. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990. p. 15.

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 229.

Conforme é possível observar, muitas vezes os vocábulos “publicidade” e “propaganda” são tidos como sinônimos na língua portuguesa, o que também ocorre dentro do vocabulário jurídico.

Para o vocabulário jurídico por excelência, a publicidade assume significado diverso àquele utilizado na língua corriqueira. Conforme se observa no dicionário jurídico, para evitar quaisquer erros conceituais, existe a separação entre o vocábulo “publicidade” e a “publicidade comercial”, sendo esta “a soma de atos ou processos empregados pelos comerciantes, produtores e industriais a fim de *divulgar* ou *propagar* suas mercadorias e produtos.”¹¹

Inclusive, não raro é possível observar mesmo em sede legislativa a confusão entre os conceitos de “publicidade” e “propaganda”, conforme mais bem será abordado a seguir (v. item 1.3).

Topologicamente, o regramento específico da publicidade no direito brasileiro está inserido no Microssistema do Código de Defesa do Consumidor, na Sessão III “Da Publicidade”, inserida no Capítulo V “Das práticas comerciais” do Título I “Dos direitos do consumidor”.

Segundo Adalberto Pasqualotto¹², o Código de Defesa do Consumidor não traz um conceito explícito acerca do que vem a entender ser “publicidade”, o que *a priori* sugere que não existem quaisquer limitações interpretativas para a questão o que, conforme o autor conclui, é salutar tendo em vista a grande abrangência da publicidade no Brasil.

O jurista segue sua linha de raciocínio expondo que para uma conceituação de “publicidade”, tendo em vista o seu caráter abrangente conforme já explicitado, há de se observar duas características presentes em seu núcleo duro: 1) a finalidade de influenciar o público; e 2) o favorecimento, direto ou indireto, de produtos e serviços¹³. Em igual sentido, José Geraldo Brito Filomeno¹⁴ explicita serem as finalidades específicas “(1) tornar um

¹¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*(atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho). 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 1135.

¹² PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.p. 23.

¹³ *Idem ibidem*. p. 25-26.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. rev., ampl., sist. e atual. de acordo com o código civil de 2002 e leis subseqüentes. São Paulo: Editora Atlas, 2007.p. 179.

produto ou serviço conhecidos do público-alvo-potencial-consumidor, (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviço anunciados.”.

Já segundo Antônio Herman V. Benjamin, os critérios para definição são outros: difusão e informação¹⁵. Ao passo que a difusão é o elemento material da publicidade, sendo seu meio de expressão, a informação compreende o seu elemento finalístico.

Porém, em suma, os conceitos de *marketing* há de se levar – sempre – em conta o conteúdo comercial da “publicidade”, na qual finalisticamente induz ao lucro do patrocinador da mensagem/anúncio, sendo parte integrante de seu significado para o aplicador do direito, relativamente ao Microsistema protetivo do Consumidor.

1.3. Publicidade x Propaganda

Conforme já explicitado no item anterior, não é raro haver confusão quando da aplicação dos vocábulos “publicidade” e “propaganda”, seja em linguajar corriqueiro, seja no linguajar técnico.

Segundo o dicionário HOUAISS¹⁶, “Propaganda”:

1.divulgação, propagação de uma idéia, uma crença, uma religião; apostolado, proselitismo, catequese (Ex.: trabalho de p. da Igreja católica) 2.ação de exaltar as qualidades de (algo) para um número ger. grande de pessoas; anúncio, reclame (Ex.: <fazer p. de um candidato><a p. é a alma do negócio>) 3.disseminação de idéias, informações (verdadeiras ou falsas), boatos etc., com o fim de ajudar ou prejudicar (outrem); campanha (Ex.: <p. anticomunista><p. anti-semita><p. religiosa>) 4. Rubrica: publicidade.difusão de mensagem verbal, pictórica, musical etc., de conteúdo informativo e persuasivo, em TV, jornal, revista, volantes, outdoors etc.; publicidade (Ex.: escritório de p.) 5. Derivação: por extensão de sentido. peça de propaganda; anúncio (g.n.)

O vocábulo “propaganda” advém do gerúndio latino do verbo *propagare*, que por sua vez quer dizer propagar, difundir, comunicar ideias, crenças, princípios e doutrinas¹⁷.

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 229.

¹⁶ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2312.

Ademais, cumpre ressaltar que historicamente a palavra “propaganda” apresenta origem atrelada à propagação da fé (cristã) dos séculos XVI e XVII, com um enfoque a combater os efeitos do ideário da Reforma Luterana¹⁷.

Portanto, desde a sua origem histórica, o termo “propaganda” busca informar a propagação de um ideário sem que, com isso, de maneira direta, estivesse de qualquer forma vinculado a algum propósito comercial, diferentemente do que ocorre com a “publicidade”. Prima-se pela difusão das ideias, e não pela maximização dos lucros.

E seguindo tal linha de raciocínio, operadores das ciências do *marketing* e do direito convergem o seu entendimento quanto ao conceito dos vocábulos.

Porém, apesar de em sede de doutrina não haver maiores confusões terminológicas quanto aos termos, existe por parte da população em geral e dos próprios legisladores a troca de uma palavra pela outra.

É o que ocorre, por exemplo, no §4º do art. 220 da Carta Constitucional da República Federativa do Brasil de 1988 quando o constituinte originário se refere que a “propaganda comercial” acerca de determinados produtos estariam sujeitas a certas restrições legais, sem que com isso ofendessem a livre manifestação da expressão nas comunicações sociais.

É possível citar dispositivo do próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 56, XII e 60) os quais dispõe acerca da imposição de “contrapropaganda”, ou ainda em relação à Lei 4680/1965 e seu respectivo Regulamento (Decreto 57690/1966) que em diversos dispositivos também operam a mencionada confusão.

Há de se fazer a ressalva quanto no âmbito dos especialistas das ciências do *marketing*, devidamente representados pelas Associações respectivas quando da feitura do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que aplicaram a forma incorreta dos vocábulos mencionados, conforme o art. 8º:

¹⁷ PINHO, J.B. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990.p. 19-20.

¹⁸ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 22

Art. 8º. O principal objetivo deste código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

Parágrafo único: não são capituladas neste código as atividades de relações públicas e “publicity”, por serem ambas distintas tanto da publicidade quanto da propaganda.

A doutrina consumerista majoritária entende que as normas de defesa do consumidor apenas se voltariam à publicidade comercial, não alcançando a propaganda, uma vez que a não configuração do lucro, em seu sentido comércio-mercantilista, descaracterizaria qualquer relação de consumo advinda da propaganda¹⁹.

1.4. Funções da Publicidade

Superadas as questões terminológicas e conceituais, conforme se observou a “publicidade” adquirir, *de per si*, a função de finalisticamente favorecer ao lucro daquele o qual veicula a publicidade.

Entretanto, por se tratar de uma área do conhecimento de conteúdo complexo, inserida dentro da macro ciência do *marketing*, na qual envolvem fatores econômicos, sociais, psicológicos e jurídicos, a doutrina especializada do tema aponta que a publicidade não tem por função única função aquilo a qual – para o direito – finalisticamente a define: o lucro.

Muito além disso, é possível apontar, sob o enfoque da ciência do *marketing*: 1) cumprir toda a função de vendas (no caso, por exemplo, *marketing* através do reembolso postal); 2) lançar novo produto ao público (tornando conhecida dos compradores em potencial a nova marca); 3) convencer os intermediários a aderirem ao produto (estratégia de impulso); 4) cultivar a preferência pela marca (tornando mais difícil aos intermediários vender sucedâneos); 5) recordar aos clientes que eles devem comprar o produto (estratégia de retenção); 6) tornar públicas as eventuais alterações ocorridas na estratégia de *marketing* (por exemplo, modificações do preço, novo modelo, algum aperfeiçoamento do produto e assim por diante); 7) fornecer elementos para a racionalização das compras (por exemplo, desculpas

¹⁹ Neste sentido: MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 23 e BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 229.

socialmente aceitáveis); 8) combater e neutralizar a propaganda dos concorrentes; 9) melhorar o moral dos representantes, dos revendedores e dos próprios vendedores (mostrando que a empresa está cumprindo o papel que lhe cabe no composto promocional); 10) familiarizar os compradores reais e os potenciais com novos usos para o produto (estender o ciclo de vida do produto)²⁰.

Fazendo uma interligação com a própria conceituação que a ciência do *marketing* adquiriu ao longo dos tempos (v. item 1.1, *supra*), a publicidade conforme enumerado adquiriu função de destaque igualmente no tocante a importante ferramenta de estímulo de consumo, mediante técnicas de persuasão²¹ próprias, não se privando unicamente ao caráter meramente informativo.

Para Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias²²:

O caráter informativo da publicidade passa então a ser acompanhado de uma intensa função persuasiva. Ressaltam os publicitários, de um modo geral, que em um mercado de produção e comercialização massificado não bastaria à publicidade apenas informar sobre a existência de bens e serviços; é importante que o produto se torne atrativo para essa massa desconhecida e, *a priori*, desinteressada de consumidores, o que ocorre por meio do uso da publicidade de recursos emocionais e do enaltecimento dos benefícios e vantagens de produtos e serviços enunciados.

Neste sentido, toda a publicidade juridicamente relevante para os termos de controle e regulação contem elementos tendenciosos, na medida em que informa com a finalidade específica de vender, de fixar uma marca ou até mesmo criar estilos de vida (e não desinteressadamente)²³.

Sob o enfoque econômico e jurídico, há também uma grande função no que toca ao fato de ser a “publicidade” um importante instrumento concorrencial²⁴, sujeita à regulação (v. Capítulo 5) e aos regramentos jurídicos próprios que coíbam a utilização

²⁰ CUNDIFF, Edward W. *et alii. Marketing básico: fundamentos*. p. 427 *apud*. PINHO, J.B. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990. p. 18.

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 30.

²² MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 27.

²³ *Idem ibidem*. p. 28.

²⁴ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 27

imprópria de tal ferramenta no tocante à regulamentação acerca do que é publicidade ilícita (v. Capítulo 3).

1.5. Tipos de publicidade

Conforme o objetivo específico da publicidade, levando-se em conta a informação a qual pretende fornecer ao seu público-alvo, poderá ela assumir algumas facetas, as mais variadas.

Para alguns, poderá ela ser institucional ou promocional: a primeira na qual se anuncia a própria empresa e a sua filosofia de produção, não se detalhando especificamente um determinado produto; a segunda, relativamente a um produto ou serviço colocado à disposição no mercado do consumo²⁵.

A publicidade institucional compreende objetivos que serão alcançados a longo prazo, uma vez que busca reforçar a imagem da marca da empresa *in abstracto*, criando no imaginário do consumidor (potencial ou não) qualidades advindas de produto ou serviço que estão colocados à disposição, ou mesmo aqueles que virão a ser colocados²⁶.

Em outra análise²⁷, é possível classifica-la em: de produto, de serviço, de varejo, comparativa, cooperativa, industrial e de promoção.

As publicidades de produtos e serviços, como o próprio nome já induz, são aquelas as quais se anuncia o oferecimento no mercado de consumo da disposição de produtos ou serviços, estimulando sua comercialização.

A denominada “publicidade de varejo” são aquelas realizadas não necessariamente pelo fornecedor-produtor do bem (produto ou serviço) em si, mas sim pelos intermediários (varejistas) os quais possuem o contato direto com o consumidor, como por exemplo lojas de departamentos ou supermercados.

Publicidade comparativa, à luz da definição de J.B Pinho, é a técnica utilizada quando da publicidade em que ao mesmo tempo na qual se instiga e se exulta os valores e

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 230.

²⁶ *Idem ibidem*.

²⁷ PINHO, J.B. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990. p. 18.

qualidades do bem (produto ou serviço), ao mesmo tempo se compara a outros equivalentes oferecidos no mercado de consumo como maneira a atribuir à peça publicitária maior grau de convencimento.

Publicidade cooperativa, como sendo a junção de esforços entre dois ou mais lojistas, ou até em relação a uma associação de fabricantes, principalmente com o fulcro de diminuição dos gastos para a veiculação da publicidade.

A industrial, a qual a depender do contexto na qual se insere não será uma das publicidades sujeitas à regulamentação do código de defesa do consumidor, aplica-se no campo do *marketing* industrial na qual não se tem como foco o consumidor final, mas tão somente o fornecedor e as partes intermediárias da cadeia de produção-consumo.

Por fim, como uma denominação genérica a qual embarca os mais variados tipos de “publicidade” acima elencados, a publicidade promocional atenta-se ao caráter da promoção de vendas em meios de comunicação massivos (tv, rádio, jornais, etc.).

Importante atentar que os anúncios veiculados em que não se pode extrair qualquer pretensão – mesmo que indireta – de lucro, serão considerados para todos os efeitos propaganda (v. item 1.3), como por exemplo a propaganda política²⁸, sendo que a “publicidade”, conceitualmente como um instrumento de *marketing* o qual visa os fins econômico-mercadológico, visará sempre o benefício do anunciante.

1.6. Agentes da publicidade

A atividade publicitária envolve diversos agentes, dos quais é possível destacar três como os principais: o fornecedor anunciante; a agência de publicidade; e o veículo de informação.

É possível caracterizá-los como os agentes principais porque além de ser amplamente verificável de maneira indutiva na prática, também a legislação especializada do tema a qual compreende o Microsistema de proteção do Consumidor (Lei 8078/1990), a Lei

²⁸ PINHO, J.B. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990.p. 22. Ainda neste contexto, cite-se que o autor ainda menciona os seguintes tipos de propaganda: ideológica, eleitoral, governamental, institucional, corporativa, legal, religiosa e social.

do Publicitário (Lei 4680/1965) e o seu Regulamento (Dec. 57690/1966) regulamentam especificamente tais atores.

O fornecedor anunciante é a personagem a qual se enquadra nos requisitos do art. 3º do Microsistema de defesa do Consumidor – sob uma definição relacional por base do consumidor²⁹ – e almeja informar o mercado (leia-se, consumidores atuais e futuros) acerca de produto ou serviço nos termos da conceituação acima elencada (v. item 1.2).

Para tanto, existem as “agencia de publicidade”, assim denominada a empresa ou pessoa física, que conforme o art. 3º da Lei 4680/1965 é

especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda³⁰ aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Os veículos de comunicação, segundo o mesmo diploma normativo já citado em seu art. 4º assim definem como sendo:

quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários.

Nos dias atuais, em que se observa um mercado de consumo com as mais variadas ofertas de bens (produtos e serviços) de inúmeros fornecedores, as agências de publicidade exercem um relevante papel³¹, pois, diante da enorme concorrência entre as

²⁹ Neste sentido: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 99.

³⁰ Note-se que conforme acima já mencionado (item 1.3), o legislador usou sem distinção os vocábulos “publicidade” e “propaganda”, mas que, no contexto, é possível extrair o real significado da *mens legis*.

³¹ SANTOS, Gilmar. *Princípios da publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 60. O autor escreve de maneira muito interessante em relação ao tema: “Devido ao grande número de apelos publicitários a que o público vive exposto nos dias atuais, cada anunciante procura fazer com que sua mensagem ganhe destaque em meio às demais. Esse esforço é denominado **estratégia de audiência** e engloba todos os recursos utilizados para

empresas, tornou-se praticamente inconcebível a produção de uma campanha publicitária sem a contratação de uma agência especializada pelo anunciante³².

Os veículos de comunicação também são conhecidos como mídia – que deriva do termo latino *media* o qual significa “meio” – dividem-se nos mais variados tipos, sendo as três grandes categorias: a mídia impressa (jornais, revistas e outdoor), eletrônica (rádio, televisão e cinema) e atualmente a denominada interativa (internet)³³.

A escolha por parte do fornecedor anunciante em relação ao tipo de mídia a qual pretende veicular a peça publicitária produzida pela agência de propaganda é importante na exata medida em que através de tal escolha, determinará com certo grau de certeza o público-alvo desejado, o qual será expectador do anúncio³⁴.

Conforme se verá a seguir (v. Capítulo 4), é de fundamental importância reconhecer, de modo mais ou menos determinável – uma vez que é impossível aferir com precisão quais os expectadores da peça publicitária – qual o público-alvo³⁵ para aferir se o anúncio possui caráter abusivo, ou que corrobore a uma afronta ao conceito aberto da “decência”.

1.7. Gênese da publicidade

Existe uma grande importância, repercutindo na regulamentação jurídica e na própria autorregulamentação publicitária, a análise da gênese da “publicidade”, na medida em que a partir de tais informações obtêm-se os dados quanto a quem produziu a peça, quem a patrocinou, etc³⁶.

atrair e reter a atenção do receptor e gerar a memória. Talvez por isso, a criatividade sempre foi proclamada como a principal técnica publicitária, o que até certo ponto é verdade.”

³² MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 31.

³³ PINHO, J.B. *Comunicação em marketing*. 9 ed. Campinas: Papirus, 2008. p. 186.

³⁴ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 31.

³⁵ Neste sentido: SANTOS, Gilmar. *op. cit.* p. 60. “No tocante ao **conteúdo da mensagem**, a publicidade é uniforme e invariável, ou seja, todas as pessoas expostas a uma mensagem publicitária receberão o mesmo conteúdo. Entretanto, a percepção de cada receptor será distinta, devido às diferenças nos níveis de atenção, do conhecimento prévio do assunto, do estado psicológico e de traços culturais e comportamentais. É necessário, portanto, proceder a uma avaliação prévia desse conteúdo para se certificar de que, resguardadas as diferenças individuais, as formas de percepção da mensagem se aproximem.”

³⁶ Neste sentido: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 230.

Toda esta atividade complexa se inicia com o chamado resumo ou *briefing*, que consiste em um verdadeiro *brainstorm* na qual se reúnem todas as informações e instruções preliminares que o anunciante fornece à agência para orientar seus trabalhos. O *briefing* deve conter as informações a respeito do produto, do mercado, do consumidor, da empresa e dos objetivos do cliente.

Ao término do *briefing*, “os holofotes voltam-se para a agência, tendo início o segundo momento da criação publicitária, que poderíamos denominar reflexão estratégica.”³⁷. E após tal reflexão, na qual se escolhe dentre as ideias a que melhor se adequa às pretensões, dá-se início à fase de feitura do layout da peça publicitaria bem como do *slogan*, ou, em suma, para a sua criação³⁸

Então, passa-se à execução e à distribuição da peça publicitária aos meios de comunicação almejados, de acordo com o público alvo, levando-se conta o bem a ser comercializado (produto ou serviço), etc.

Oportunamente, expõe Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias que a campanha publicitaria nos dias de hoje não pode ser vista como uma concatenação de atos estáticos entre si, pré-moldados. Ao contrário, é extremamente dinâmica e cuidadosamente acompanhada ao longo da execução. Algumas peças, inclusive, estendem-se e se modificam em relação ao plano publicitário pré-definido a depender do sucesso da publicidade veiculada ou das vendas dos produtos³⁹.

Em suma, a gênese da publicidade depende de algumas variantes, que se iniciam quando da exposição de idéias e motivos os quais movem o fornecedor anunciante, passando pelas etapas de criação no âmbito das agências publicitárias, e, por fim a análise da resposta do mercado consumidor em relação à peça publicitária já veiculada em algum dos veículos de informação, caracterizando um verdadeiro diálogo entre os quatro principais agentes: fornecedor anunciante, agência de publicidade, veículo de informação e consumidor-expectador⁴⁰.

³⁷ *Idem ibidem*, p. 231.

³⁸ SANTOS, Gilmar. *op. cit.* p. 179 e ss.

³⁹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 33.

⁴⁰ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 33.

CAPÍTULO 2 – DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE

2.1 Breve esboço histórico da publicidade no Brasil: origem, tratamento legal e regulamentação

Historicamente, é difícil apontar qual o ponto em que se principiou a atividade publicitária no mundo, quais os fornecedores-anunciantes que introduziram tal prática, etc.

Na literatura estrangeira especializada⁴¹, existe um conto clássico, o qual remonta às origens da publicidade, do cego pedinte da ponte do Brooklin. Resumidamente, nela se narra a história de um mendigo cego que carregava consigo um cartaz que trazia escrito “cego de nascença”. Profundamente tocado por tal fato, um homem lhe entrega algumas moedas e faz alguns rabiscos atrás do cartaz. No dia seguinte, muitas pessoas jogaram notas ao mendigo que ficou surpreso com a mudança de sua rotina de esmolas. Quando indagou ao homem o que havia escrito no cartaz, este respondeu “escrevi: É primavera e não a vejo”⁴².

No Brasil, a atividade publicitária em seu princípio, quando ainda muito rudimentar, envolvia fatos pitorescos, nas palavras de Gilmar Santos⁴³, nos quais os mascates a faziam de maneira verbal. Relata-se, ainda, que antes da utilização da mídia impressa (jornais), as publicidades eram lidas pelos padres nas missas e pregadas nas portas das igrejas, o que garantiam grande visibilidade e alcance das mensagens de cunho comercial pretendido pelo fornecedor.

Em termos de mídia impressa, a mais antiga notícia que se tem acerca da publicidade diz respeito à venda de imóveis, de escravos, aos leilões de tecidos, escravos foragidos e à solicitação de serviços para trabalhos nas casas senhoriais⁴⁴.

Note-se que houve o impulso (massificação até determinado ponto) dos anúncios publicitários em mídia impressa (jornais), mormente com a vinda da coroa

⁴¹ LEDUC, Robert. *Propaganda: uma força a serviço da empresa*. Citada por PINHO, J.B. Comunicação em marketing. 9 ed. Campinas: Papirus, 2008.

⁴² PINHO, J.B. Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990.p. 17.

⁴³ SANTOS, Gilmar. *Princípios da publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.p. 35.

⁴⁴ PINHO, J.B. *op. cit.* p. 17.

portuguesa para a então colônia do Brasil, que dentre as inúmeras reformas que a capital, Rio de Janeiro, sofreu para que fosse possível abrigar a família real em conformidades, foi a criação do Jornal Gazeta do Rio de Janeiro, bem como no clandestino Correio Braziliense.

Ressalte-se que em 1821 foi criado o primeiro jornal específico para anúncios: o Diário do Rio de Janeiro. Não se observavam técnicas apuradas como as da atualidade (grande qualidade criativa, efeitos gráficos, *slogans* marcantes, etc.), mas sim textos longos e sem gravuras, aos moldes dos atuais “classificados” que são encontrados em seção específica dos jornais⁴⁵.

Pari passu, ainda que não de maneira ideal e da maneira como hoje é concebida a defesa do que se conhece como “consumidor” frente ao “fornecedor”, o Código Comercial de 1850, nos artigos 629 e 631, estipulou elementos da relação entre “passageiro” e “capitão” ao que modernamente se conhece como “fato do produto e do serviço” (art. 12 e ss do Código de Defesa do Consumidor)⁴⁶.

A partir dos anos de 1880, verificou-se uma sensível e crescente influência da revolução industrial no país, com a produção em massa de produtos e o oferecimento maciço de serviços, modernizou-se igualmente a produção das peças publicitárias, com a inclusão de gravuras e mensagens com maior cunho persuasivo⁴⁷.

No ano de 1914 em São Paulo, observa-se o início da profissionalização da publicidade no geral, com o surgimento da Eclética (razão social Castaldi&Bennaton), tida como a primeira agência de publicidade do Brasil⁴⁸.

Neste contexto, o Código Civil de 1916, a exemplo do citado Código Comercial de 1850, também regulou de maneira rudimentar o regime jurídico das relações entre consumidores e fornecedores nos contratos de empreitada⁴⁹.

⁴⁵XAVIER, Jurema Brasil. In: <<http://www.casperlibero.edu.br/noticias/index.php/2009/09/25/historia-da-publicidade.n=1564.html>> (acesso em 26/07/2012, às 01h16).

⁴⁶ Neste sentido, interessante notar o histórico desenvolvido pela fundação PROCON de SP em seu site <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1146>> (acesso em 31/07/2012, às 22h28).

⁴⁷ SANTOS, Gilmar. *op. cit.* p. 36; PINHO, J.B. *op. cit.* p. 17-18.

⁴⁸ SANTOS, Gilmar. *op. cit.*; PINHO, J.B. *op. cit.*; e MARTINS, Ana Luiza. *Publicidade Comercial*. In: ADAMI, Antonio; HELLER, Barbara; CARDOSO, Haydée Dourado de Faria (orgs.). *Mídia, cultura e comunicação 2*. São Paulo: Arte & Ciência Editora, 2003. p. 300.

⁴⁹ Igualmente, <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1146>> (acesso em 31/07/2012, às 22h28).

Mesmo com a crise do liberalismo clássico, com o advento da primeira guerra mundial, o número de agências continuou a crescer, observando crescente crescimento no campo da publicidade inclusive, também, no pós-crise de 1929.

Uma publicidade que até então era em sua maioria veiculada mediante a mídia impressa (notadamente jornais, mas também revistas, folhetos e cartazes), a partir dos anos de 1930 houve uma intensificação de outro tipo de mídia: o rádio. Ocorreram incentivos do governo federal, que passou a conceder a exploração do sinal de rádio à iniciativa privada. Existe a estatística de que à época de todo o investimento aplicado em publicidade, cerca de 60% era na publicidade de mídia eletrônica (rádio)⁵⁰.

A partir deste contexto, em 1937 é fundada a ABP – Associação Brasileira de Propaganda – entidade de caráter civil, sem fins lucrativos, até hoje sediada na cidade do Rio de Janeiro, então capital do Brasil. Dentre os seus principais objetivos estão: trabalhar pelo desenvolvimento e enobrecimento da propaganda; incentivar o desenvolvimento das técnicas da propaganda; e defender os interesses dos que trabalham na profissão⁵¹.

Rememora-se que até o governo sentiu a constante influência da publicidade no âmbito comercial com os anúncios cada vez mais criativos, e que embarcou também sob tal influência com a instituição no então “Estado Novo” de Getúlio Vargas do DIP⁵² – Departamento de Imprensa e Propaganda – no ano de 1939, o qual tinha por objetivo difundir os ideários do regime ditatorial, em verdadeira propaganda política⁵³.

Em um ambiente propício ao crescimento da atividade publicitária – brevemente interrompido pela segunda grande guerra – fortalece-se ainda mais o setor com a criação da Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Abap), fundada em 1º de agosto de 1949.

No ano de 1965 houve o princípio da regulamentação legal da publicidade no Brasil propriamente dita – em detrimento da regulamentação pela via reflexa conforme explicitado em relação aos Código Comercial de 1850 e Código Civil de 1916 – com o advento da que veio a ficar conhecida como a Lei da Propaganda (Lei 4680/1965), a qual –

⁵⁰ XAVIER, Jurema Brasil. *op. cit.*

⁵¹ Maiores informações presentes no sítio eletrônico da entidade: <www.abp.com.br> (acesso em 31/07/2012, às 23h00).

⁵² ABREU, Alzira Alves de; PAULA, Christiane Jalles de. Dicionário histórico-bibliográfico da propaganda no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas: ABP, 2007. p. 12.

⁵³ Reitera-se neste particular a distinção já feita no Capítulo 1 acerca dos vocábulos “publicidade” e “propaganda”.

conjuntamente com o seu regulamento (Dec. 57690/1966) – regulamenta a atividade do publicitário, das agências de publicidade e veículos de comunicação, etc.

Por todo este contexto dos anos de 1960 e 1970, nos quais perdurava novamente o regime ditatorial no Brasil – porém desta vez realizado pelos militares – observou-se uma drástica mudança social e econômica que já vinha sendo instituída desde os anos de 1930, a saber: o êxodo rural⁵⁴ e uma maior rigidez legislativa a exemplo da Constituição Federal de 1967 (e sua Emenda de 1969) e do Ato Institucional número 5.

Surgem, então, suspeitas de que seriam impostas maiores limitações à criação artística mediante a censura prévia dos anúncios publicitários⁵⁵. Nas palavras do texto o qual narra o histórico da criação do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – houve uma resposta inspirada por parte daqueles que seriam diretamente prejudicados por tal questão: a elaboração de um Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Posteriormente apresentado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, em 1978, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária foi aprovado, e, logo em seguida foi fundado o CONAR (v. Capítulo 4).

Por fim, e mais importante sob o ponto de vista de marco jurídico acerca da regulamentação legislativo-estatal da matéria, a Carta Constitucional da República Federativa do Brasil de 1988 veio a introduzir, dentre o rol dos princípios e garantias individuais, o direito do consumidor o qual, por força dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias veio a ser promulgado o Código de Defesa do Consumidor.

A partir de então, do ponto de vista jurídico-formal, a publicidade passa a consubstanciar-se em um dos direitos do consumidor, bem como se revela possível uma relação de consumo entre “fornecedor” e “consumidor” a partir da simples veiculação de uma peça publicitária, conforme se verá abaixo.

2.2 Relação jurídica de consumo advinda da publicidade

⁵⁴ ABREU, Alzira Alves de; PAULA, Christiane Jalles de. *op. cit.* p. 14.

⁵⁵ CONAR. In: <www.conar.org.br>. (Acesso em 31/07/2012, às. 23h00).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 das ADCT) o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu legalmente o novo sujeito de direitos denominado “consumidor”, nas suas facetas individual e coletivo, que apesar dos esforços e da *práxis* não existiam no âmbito formal.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques⁵⁶:

a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Se anteriormente o consumidor carecia de toda e qualquer regulamentação acerca de sua definição relacional quando em relação ao fornecedor (anunciante), com a promulgação da Lei 8078/1990, o Microsistema Protetivo do Consumidor, este agora abrange, amplamente, tais conceitos, tendo em vista seus fundamentos constitucionais: ao passo que o artigo 5º, XXXII, prima pela proteção do consumidor individualmente concebido, o art. 170, V dá um enfoque sob a perspectiva do consumidor em sua coletividade, uma vez que se insere dentre os dispositivos constitucionais os quais tratam da atividade e ordem econômica⁵⁷.

Neste âmbito, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, define o vulnerável como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”, sob o enfoque de seu caráter individual e concreto.

Já “fornecedor”, que para o contexto deste estudo se diz “anunciante”, vem previsto logo no artigo subsequente, o qual se trata de “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”⁵⁸.

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 31.

⁵⁷ *Idem ibidem*.

⁵⁸ Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Cláudia Lima Marques⁵⁹, para a definição das figuras jurídicas “consumidor” e “fornecedor” (anunciante) há de se conjugar determinados dispositivos do Microsistema de proteção do consumidor na medida em que são conceitos relacionais: não é possível conceber uma figura abstrata de “consumidor” sem que se visualize do outro lado um “fornecedor” e vice-versa, no que pese a sua determinação legal nos artigos 2º e 3º já supramencionados.

A teoria mais bem aceita em âmbito doutrinário e jurisprudencial⁶⁰ é a denominada “teoria do finalismo aprofundado”, em detrimento às teorias finalista e maximalista as quais, conforme explanação doutrinária, pecaram por deixar de lado um dos temas essenciais à relação de consumo: a vulnerabilidade.

Sob tal enfoque, a relação de consumo do prisma da “teoria do finalismo aprofundado” é toda aquela na qual, além de presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor, os quais prescrevem as qualidades de “consumidor” e “fornecedor” *in concreto*, haverá o aplicador do direito de analisar a situação fática também em virtude da existência da vulnerabilidade de um das partes em detrimento da outra, a qual poderá ser de ordem técnica, jurídica, fática (socioeconômica) e – aquela intrínseca a toda e qualquer relação de consumo necessariamente - *informacional*⁶¹.

Conforme afirma Antônio Herman Benjamin⁶², a vulnerabilidade é a peça fundamental do direito do consumidor, e ponto de partida para toda a sua aplicação, uma vez que a fundamentação teleológica da proteção constitucional (e de toda uma evolução legislativa sob tal tema) é justamente assegurar o princípio da igualdade (material) nas relações entre entes não dotados da mesma capacidade contratual ou negocial.

Tal contexto é aplicado sobretudo em vistas de uma “teoria geral” das relações de consumo, mormente voltada ao primeiro momento da *produção* (v. Capítulo 1) mas também aplicável ao segundo momento o qual o Microsistema de Defesa do Consumidor denominou “práticas comerciais”, envolvendo, por exemplo, a oferta e a publicidade.

⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 82.

⁶⁰ Cite-se o REsp 476428-SC, j. 19.04.2005, rel. Min. Nancy Andrigli, no qual findou a discussão que perdurava desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor de 1990 acerca de qual a teoria mais correta no tocante às relações de consumo.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 87/88.

⁶² *Idem ibidem*.

Além dos artigos 2º e 3º do Microsistema Protetivo do Consumidor, ainda é há de se citar que os dispositivos dos artigos 17 e 29, bem como do parágrafo único do art. 2º, os quais abrem margem aos denominados “consumidores por equiparação”:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. **Equipara-se** consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, **equiparam-se** aos consumidores todas as vítimas do evento.

[...]

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. (grifou-se)

Indubitavelmente não poderá o aplicador do direito analisá-los sem que anteriormente tenha apreendido os conceitos e definições do que se chamou acima de “teoria geral” das relações de consumo (artigos 2º e 3º) pois, por própria técnica hermenêutica, os dispositivos se referem aos conceitos já pré-formulados para remeter, após, à noção da equiparação.

Igualmente, conforme comentários dos redatores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor⁶³, tais artigos implicam a ampliação da noção da relação de consumo e, conseqüentemente, do âmbito de aplicação da Lei 8078/90.

Neste sentido, no que pese o dispositivo do artigo 17 que expõe o conhecido em sede de doutrina como o conceito de consumidor *bystander*⁶⁴, tal não se revela importante para as relações atinentes às práticas comerciais, uma vez que, inclusive por sua localização no Microsistema de Defesa do Consumidor (Capítulo IV “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos”), serão aquelas (práticas comerciais, previstas no Capítulo V de igual denominação) sujeitas ao tipo específico de seu conceito de consumidor por equiparação (art. 29), bem como ao parágrafo único do art. 2º o qual, apesar

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 269.

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 165-166.

de ser uma das formas equiparadas, está inserida no rol do contexto da “teoria geral” das relações de consumo.

A questão se mostra discutível, uma vez que ao mesmo tempo em que pode se cometer a injustiça de se considerar toda e qualquer situação como relação de consumo (dois civis ou dois comerciantes entre eles), como reza a teoria maximalista, em igual proporção em outro lado também existe o perigo de se menosprezar as equiparações legais que o Microssistema protetivo expressamente impõe, em especial para a matéria o parágrafo único do art. 2º e o artigo 29, sendo portanto de real utilidade e aplicabilidade a já citada “teoria do finalismo aprofundado”⁶⁵.

Em ambos os casos, procurou o legislador ordinário expandir o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor àquele não considerado individual e concretamente: as atividades dos fornecedores no mercado, pelo contrário, muitas vezes atingem um sem número de consumidores e/ou potenciais consumidores.

Por isso, o parágrafo único do art. 2º, nas palavras de Cláudia Lima Marques⁶⁶, apresenta características de “norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código”.

Feita a contextualização do panorama genérico, a relação de consumo advinda da publicidade é expressa no texto da legislação pertinente, no já transcrito dispositivo do artigo 29.

O artigo 29 se insere no macrocapítulo “Das práticas comerciais”, mas que também é igualmente aplicado em relação ao capítulo posterior “Proteção contratual”, sendo considerado, atualmente, como a mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei⁶⁷, imprimindo verdadeira definição da política legislativa com o intento de harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo.

Logo, por sua natureza interventora e em sede de regulação estatal mediante a lei, tal dispositivo vem a conceituar a relação de consumo existente, para os casos da

⁶⁵ *Idem ibidem*. p. 96.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: artigo por artigo: doutrina: jurisprudência: conexões rápidas para citação ou reflexão: diálogo entre o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 87.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *op. cit.* p. 451.

publicidade, entre fornecedor-anunciante e consumidor-expectador mesmo que não se venha a efetivar o contrato e o ganho econômico decorrente de produto ou serviço.

Com base em tal natureza interventora da vontade legislativa, “a idéia básica, porém, é a mesma, de imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva”⁶⁸, considerando a referente Política Nacional de Relações de Consumo (artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, em especial) com o fim de regular tal relação de consumo advinda da publicidade baseada em determinados princípios.

2.3 Princípios aplicados à publicidade

Para melhor visualização em relação aos princípios próprios do tema relacionado à publicidade, os quais serão invocados tanto aqueles derivados do Microsistema de Defesa do Consumidor, quanto aqueles expressamente previstos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, há de se compreender preliminarmente o que são “princípios”, ao menos sob o ponto de vista do presente trabalho. Para tanto, faz-se mister diferenciar “princípios” de demais estruturas normativas capazes de induzir em erro o aplicador do direito.

A discussão acerca das diferenças entre “Normas-Princípio”, “Normas-regra” e “normas-garantia” não é recente. “Princípios” é o vernáculo utilizado para exprimir a “noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’”⁶⁹. “Normas-regra” são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”⁷⁰. “Garantias”, por sua vez, é a palavra na qual carrega em seu bojo semântico a idéia de que são aqueles direitos que tem a função de “assegurar outros direitos”, conforme já clássica definição de Ruy Barbosa⁷¹.

⁶⁸ *Idem.* p. 452.

⁶⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. pg. 91.

⁷⁰ *Idem ibidem.*

⁷¹ *Idem ibidem.* p. 413.

É de se notar que existe uma diferença – ou separação – qualitativa entre regras, princípios e garantias

A tese mais difundida no Brasil é a de que a diferença se dá em relação ao grau: os “Princípios” ou “Normas-Princípio” têm um maior grau de abstração, de generalidade e de fundamentalidade. Para tanto cite-se Humberto Ávila⁷²:

A definição de princípio (“Grundsatz”) foi elaborada por ESSER já em 1956. Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. A distinção entre princípios e regras não seria, portanto, apenas com base no grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais elas devem ser aplicadas: a distinção seria de “Qualität”. Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.

Tanto Ronald Dworkin quanto Robert Alexy, partem desse pressuposto e vão além, e debatem que os princípios apresentam características que as normas-regra não apresentam: o peso (para Dworkin) ou a regra de otimização (para Alexy)⁷³.

Ambas, explicando em forma sucinta, atentam para o ponto de que, diferentemente das “Normas-regra” em que são expressos direitos ou deveres definitivos – e absolutos –, os “Princípios” podem ser moldados e interpretados em confronto – ou coalisão – sem significar que serão excluídos do ordenamento jurídico ou então sempre interpretados dessa maneira.

Ademais, é necessário ressaltar que os “Princípios” ou “Normas-Princípios”, justamente pelo caráter geral e abstrato que carregam em sua significância, não conseguem se fechar em conceitos jurídicos normativos⁷⁴, ou seja, definições que por si mesmas já carregam em si conteúdo de significância suficientemente claras ao intelecto do interlocutor, sendo por assim dizer, “esquemas mentais, não verdadeiros nem falsos, dotados de função de ordenação

⁷² ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, n. 4, p. 1-35, jul. 2001.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 18.

⁷⁴ TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 52-90, número especial. 1992. pg. 75.

e de síntese para ulteriores reconhecimentos da experiência futura, fazendo-se, fazendo-se úteis ou necessários em exata função dos fins para os quais foram elaborados.”⁷⁵.

Logo, por não possuírem tal característica, ou melhor, conteúdo semântico fechado e estrito, os “Princípios” ou “Normas-Princípios” devem ser transportados ao caso concreto, em função dos fatos bem como dos dispositivos aplicáveis, e nesse momento funcionarem como balizas de interpretação conjunta.

Para melhor sistematização do que se propõe a apresentar no tocante aos princípios, dividir-se-á a explanação sob o seguinte enfoque: primeiramente, se abordará aqueles denominados “princípios gerais da relação de consumo”, dentre os quais se destaca a *boa fé objetiva*; adiante, os princípios norteadores da publicidade presentes no Código de Defesa do Consumidor (princípio da identificação da mensagem publicitária, princípio da vinculação contratual da publicidade, etc.) e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

2.3.1 Princípios gerais da relação de consumo

Acertadamente, para Nelson Nery Júnior⁷⁶ os princípios gerais das relações de consumo se inserem dentre os artigos 1º ao 7º do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor, influenciando toda a aplicação dos demais (em especial, aqueles que tocam às mensagens publicitárias).

Dentre estes, no que pese a importância dos dispositivos os quais reconhecem a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor ou até mesmo os meios de facilitação de defesa do consumidor em juízo como verdadeiras “normas-princípio”, destaca-se um o qual regula – em certa medida – todo o ordenamento jurídico brasileiro: a *boa-fé objetiva*⁷⁷.

⁷⁵*Idem ibidem.*

⁷⁶NERY JR., Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 03, p. 44-77, set./dez. 2004.p. 50.

⁷⁷ Neste tocante, vale lembrar que dentre os princípios gerais da relação de consumo importantes ao tema, a doutrinadora Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias também destaca a “harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor”, também presente no art. 4º, III do Microsistema de Proteção do Consumidor. Sem dúvidas, se trata de princípio muito caro ao tema, mas que, ao mesmo tempo, em apertada síntese, parece ao autor da presente tese já estar englobado dentro do que se reportou “macroprincípio” da *boa-fé objetiva*. Em reflexão, é possível sustentar que a “harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor”, traz ao aplicador do direito a noção de que se deve observar a globalidade da relação de consumo, isto é, ambos os

Princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, implícito constitucionalmente, e expressamente previsto nos Códigos Civil (arts. 113, 187 e 422) e de Defesa do Consumidor (art. 4º, III e 51, IV), é motor hermenêutico nas relações públicas ou privadas.

Com base nos princípios éticos na qual a regem, fundadas na lealdade, confiança e probidade, a boa-fé objetiva é aquela em que é possível se constatar tendo em vista os fatos combinados à legislação aplicável, os usos e costumes, etc., independentemente o status íntimo-psicológico do agente⁷⁸.

Não restam dúvidas que na relação contratual – seja no momento da feitura do contrato, em sua execução ou mesmo no momento em que a relação de consumo é apenas um fato em potencial (publicidade x expectador) – há de se observar, sempre, a boa-fé objetiva, “princípio” esse pacificador das condutas humanas e relações na sociedade.

Alvo de críticas pelo já saudoso Prof. Antonio Junqueira de Azevedo⁷⁹, ele considera insuficiente o conceito de boa-fé objetiva trazida Diploma de Direito Privado de 2002, uma vez que só é disposto nos dispositivos sobre dois momentos: conclusão do contrato – isto é, o momento em que o contrato se faz – e execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes, a saber, a fase pré-contratual e o momento posterior à execução do contrato.

Nesse sentido, há de se interpretar o princípio da boa-fé objetiva em maneira elástica, não se limitando a apenas reconhecê-la na fase contratual das relações privadas ou de consumo, mas também em momentos que antecedem ou posteriores, sendo possível afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC⁸⁰.

Derivados desse “macroprincípio”, se assim o podemos designar, estão os chamados deveres anexos ou secundário, tais quais o dever de esclarecimento, de proteção, de conservação, de lealdade, de cooperação, de informação, etc. Dentre eles, o mais importante para a questão-tema do trabalho é o dever de informar.

sujeitos que relacionam entre si (consumidor e fornecedor). Dá-se especial enfoque, quase sempre, ao consumidor tendo em vista sua situação de vulnerabilidade as proteções por isso advindas. Porém, não se deve esquecer o contraponto que deverá também o consumidor dirigir sua conduta pautado no princípio genérico da boa-fé objetiva a fim de harmonizar ambos os interesses presentes.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. III: contratos e atos unilaterais. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34.

⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado: com remissões ao novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-01-2002)*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148-158.

⁸⁰ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 65.

Verdadeiro “princípio”, o dever de informar pode ser denominado um “microprincípio” inserido no Código de Defesa do Consumidor e regente das relações de consumo. Enumerado no art. 31 e ss. c/c o caput do art. 4º do CDC, o dever de informar é pedra de toque da publicidade, uma vez que prepara o consumidor para o ato de consumo, baseado em informações adequadas que geram seu verdadeiro e livre consentimento (princípio da identificação da mensagem publicitária).

O dever de informar, fruto da transparência necessária nas relações de consumo haja vista se localizarem nos pólos da relação figuras com poderes diferentes (sendo o consumidor presumidamente vulnerável), a amplitude do instituto se justifica na imprescindibilidade de cooperação entre os contratantes – ou “pré-contratantes” – originando ônuspositivo ao fornecedor – e/ou anunciante – uma vez que o CDC dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor .

Baseado nesse *Nebenpflicht*, a regulamentação da publicidade no Brasil, obedecidos igualmente os mandamentos legais se vê limitada haja vista direitos convergentes aos seus efeitos, a saber, os direitos do consumidor.

2.3.2 Princípios atinentes à publicidade

Feito o introito, tratar-se-á dos seguintes princípios a seguir: princípio da identificação da mensagem publicitária; princípio da veracidade; princípio da vinculação da oferta publicitária; princípio da não abusividade; princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante; princípio da correção do desvio publicitário; e princípio da não captura (abusiva) do consumidor.

Além destes os quais se reportam mormente ao Microsistema do Código de Defesa do Consumidor – e demais diplomas normativo-jurídicos – também será exposta considerações acerca do Capítulo II “Princípios Gerais” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, os quais, quando não expõe igualmente princípios juridicamente expressos (a exemplo dos acima citados), nos primeiros artigos do capítulo tratam de normas de conduta comum que podem ser, em reflexão, derivadas do princípio da boa-fé objetiva e da interpretação sistemática do que se diz o Código de Ética Publicitário (v. Capítulo 1).

2.3.2.1 Princípio da identificação da mensagem publicitária

O princípio da identificação da mensagem publicitária àquele a qual é dirigida (consumidor-expectador), vem prevista expressamente no artigo 36 do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor, bem como nos artigos 28 e seguintes do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Tal norma-princípio se cuida a exteriorizar o fato de que tanto o legislador ordinário quanto os próprios publicitários – em seu código de ética promulgado mediante participação de associações representativas – vedam e não reconhecem proteção jurídico-formal à denominada “publicidade clandestina” ou “subliminar”. Cite-se neste contexto o artigo 29 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Artigo 29. Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.

Parágrafo único. Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de “merchandising”.

Outros diplomas normativos no direito europeu, por exemplo⁸¹, também acolhem expressamente tal direcionamento das normas de conduta quando da produção e veiculação da peça publicitária. É possível citar a Diretiva da Comunidade Europeia 1989/552/CEE, o *Code de Pratiques Loyales en Matière de Publicité* da Câmara de Comércio Internacional, a *Ley General de Publicidad* da Espanha, o Código da Publicidade Português e o *Codice del Consumo* Italiano.

A identificação da mensagem publicitária pelo consumidor é de extrema relevância, pois deve estar ele consciente de que é destinatário de uma peça publicitária cuja

⁸¹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 66.

finalidade única é promover a comercialização do produto/serviço e consequente lucro do fornecedor-anunciante⁸².

No mais, há de se considerar os efeitos psicológicos da mensagem publicitária quando da análise do expectador pois além de ter em consideração o conteúdo informativo da peça, conforme muito bem assevera Lina Bolkenhagen⁸³, quando da identificação publicitária o consumidor em seu consciente cria mecanismos de defesa em relação ao anúncio, o que não se verifica quando da publicidade subliminar ou clandestina, ficando em um estado, portanto, muito mais vulnerável em relação à potencial relação comercial ou às informações transmitidas.

Por tais motivos, o princípio da identificação publicitária é muito caro à matéria, derivando diretamente dos deveres de lealdade e transparência (art. 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), tanto por impor que o consumidor não assuma uma posição ainda mais vulnerável em relação à que é legalmente reconhecido (art. 4º, I), tanto quanto que esteja ele ciente em todas as fases contratuais (pré-contratual e em execução) de quem é, *in casu*, o patrocinador da peça publicitária a qual beneficiará diretamente caso venha a adquirir o produto/serviço⁸⁴.

2.3.2.2 Princípio da Veracidade

A exemplo do princípio da identificação publicitária, também o princípio da veracidade vem disposto nos mais diversos diplomas normativos de direito europeu os quais influenciaram de maneira direta a construção do sistema de defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 bem como com o Código de Defesa do Consumidor.

⁸² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: artigo por artigo: doutrina: jurisprudência: conexões rápidas para citação ou reflexão: diálogo entre o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 529.

⁸³ BOLKENHAGEN, Lina. *Merchandising como técnica de publicidade: o seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua veiculação*. Revista de direito do consumidor, São Paulo, a. 20, v. 80, p. 337-403, out./dez. 2011, p. 349.

⁸⁴ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 67.

O legislador ordinário faz apelo a tal princípio o qual é consequência direta do princípio basilar da boa-fé objetiva e dos deveres de transparência e informação, estando consignado logo no art. 1º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁸⁵.

Segundo o artigo 6º, III, é direito básico do consumidor ser informado de maneira adequada e clara acerca do bem da vida – produto ou serviço – o qual será fruto da relação de consumo.

Em especial ao tema das práticas comerciais, tal princípio se encontra disposto no art. 31 (da oferta), reforçando a mensagem de que deve o consumidor ser informado de maneira clara acerca da oferta de produto/serviço, bem como no art. 37, §1º da mensagem publicitária, se conectando especificamente ao conceito de “publicidade enganosa” (v. Capítulo 3).

Para efetivar o cumprimento de tal preceito, o parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 27 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trazem os deveres anexos do fornecedor-anunciante de guardar para si – para apresentação se eventualmente for questionado – dados que comprovem a veracidade da veiculação publicitária. É o que é chamado pela doutrina de “princípio da transparência da fundamentação”⁸⁶.

Em suma, esse princípio visa evitar que o consumidor, o qual já se encontra por pressuposto em situação de vulnerabilidade legalmente concebida, possa vir a ser ainda mais prejudicado quando da relação de consumo advinda da publicidade, independentemente de eventual prejuízo efetivo (efetuação do contrato de consumo). Seja a veiculação de mensagens errôneas ou a omissão de dado relevante, deverá o fornecedor-anunciante, sempre, se pautar com base no princípio da veracidade⁸⁷, arcando com o consequente ônus de sua confirmação (art. 38 do CDC).

⁸⁵ Art. 1º. Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.

⁸⁶ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 72.

⁸⁷ Há de se excetuar, apenas, os casos da técnica publicitária conhecida como *puffing* ou “exagero publicitário”, na qual evidentemente são veiculadas informações não verdadeiras mas que, em razão de seu próprio conteúdo fantasioso facilmente apreendido pelo consumidor, assume o papel de divertir e associar apelos emocionais, não evidenciando informações relevantes ou outros dados que possam trazer algum prejuízo ao consumidor-expectador.

2.3.2.3 Princípio da vinculação contratual da publicidade

Já no plano contratual, superada a fase na qual a peça publicitária informou o consumidor potencial, por força dos artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, estará o fornecedor-anunciante obrigado a cumprir a oferta e publicidade nos exatos termos os quais chegaram ao conhecimento do vulnerável.

Para tanto, logicamente deverá o aplicador do direito partir de determinados pressupostos de composição da mensagem publicitária, a saber, se ela contém informações suficientemente precisas⁸⁸ sobre os bens ou serviços oferecidos⁸⁹.

Para Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁹⁰, ao proteger a expectativa de que a publicidade de fato vinculará a oferta a qual leva a informação ao público, a atividade evita de cair ao descrédito perante seus destinatários e garante grande eficiência como técnica de *marketing* para alavancar vendas, ou criar estímulos específicos ao consumo.

2.3.2.4 Princípio da não abusividade da mensagem publicitária

O princípio da não abusividade da mensagem publicitária acaba por se confundir com o próprio conceito de “publicidade abusiva” (v. Capítulo 3), uma vez que se baseia nos ideários da vedação de que se veiculem mensagens aos moldes do art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, o qual descreve – exemplificativamente – hipóteses de configuração da abusividade que, em palavras genéricas, afrontem a moral, os bons costumes ou que possam induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial a sua saúde e segurança⁹¹.

2.3.2.5 Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante

⁸⁸ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 76.

⁸⁹ Há de se lembrar neste tocante que conforme visto no Capítulo 1 do presente trabalho, não necessariamente a publicidade veiculará informações e ou ofertas de bens e produtos, podendo ser o caso de uma “publicidade institucional” por exemplo, em que no que pese não oferecer um bem/serviço específico ou informações relativas, mediatamente visará o fortalecimento da marca no mercado.

⁹⁰ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 78.

⁹¹ *Idem ibidem*. p. 89.

Tal princípio, especificação do princípio genérico o qual informa a facilitação da defesa dos direitos do consumidor mediante a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor), vem expresso no artigo 38 do diploma protetivo do consumidor, o qual dispõe que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”.

A diferença entre elas, entretanto, se dá na medida em que ao passo que uma (art. 6º, VIII) impõe a verificação de requisitos genéricos (hipossuficiência ou verossimilhança das alegações), a outra impõe real obrigação ao fornecedor-anunciante de manter com si todos os elementos que satisfaçam a inversão processual que já opera de plano *ope legis*, incondicionalmente, a exemplo do já citado artigo 36 (princípio da veracidade).

De fato, “é mesmo o fornecedor o único capaz de provar a adequação de suas afirmações ao princípio da veracidade”⁹² pois indubitavelmente deixar tal exercício ao consumidor seria lhe conferir prejuízo desproporcional à sua situação de vulnerabilidade, sendo-lhe exigido, pois, apenas a comprovação do nexo de causalidade existente os prejuízos eventualmente sofridos com o veículo da publicidade.

2.3.2.6 Princípio da correção do desvio publicitário

Uma vez veiculada peça publicitária de conteúdo enganoso ou abusivo, em outras palavras, publicidades vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (v. Capítulo 3), o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor-anunciante a sanção denominada “contrapropaganda”, prevista nos artigos 56, XII e 60.

Conforme já abordado anteriormente (v. Capítulo 1), a denominação “contrapropaganda” é errônea do ponto de vista conceitual do vocábulo mas que, para todos os efeitos, não surte qualquer prejuízo na prática, sendo bem compreendido que haja vista os interesses do consumidor em que se mantenha um ambiente publicitário saudável e com as diretrizes éticas esperadas quando das informações que chegarão ao seu conhecimento para futura celebração de contrato de seguro⁹³

⁹² MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 92.

⁹³ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 92.

2.3.2.7 Princípio da não captura (abusiva) do consumidor

Conforme visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro veda veementemente a chamada “publicidade abusiva”, tendo sido considerado, inclusive, para os fins do presente trabalho um dos princípios norteadores da matéria relativa à publicidade o que se denominou “princípio da não abusividade da mensagem publicitária”.

Para tanto, tal princípio diz respeito à mensagem publicitária em si considerada, isto é, às suas qualidades quanto às informações transmitidas ao expectador, sendo vedado, por exemplo, a publicidade que ofenda a moral e os bons costumes, genericamente falando.

Diferentemente, o “princípio da não captura (abusiva) do consumidor” diz respeito à forma de veiculação de tal mensagem publicitária. Melhor explicando, pouco importará para a seguinte análise se a mensagem publicitária é perfeitamente lícita ou se possui algum vício (abusividade), pois analisar-se-á tão-somente a forma a qual o fornecedor-anunciante levou ao conhecimento do consumidor tal peça.

Por isso, utiliza-se o termo “captura”, muito utilizado no jargão econômico, para se determinar o ato pelo qual o fornecedor-anunciante atinge o seu objetivo de desestimular o consumidor a procurar os demais concorrentes, “capturando-o” aos seus interesses⁹⁴.

Para tanto, é vedada toda e qualquer forma de veiculação da publicidade a qual afronte os direitos fundamentais individuais do consumidor o qual se expõe à mensagem publicitária de forma considerada abusiva, considerando principalmente o desrespeito à sua intimidade e privacidade⁹⁵.

Exemplificando, é possível citar os casos em que o fornecedor-anunciante envia mensagens não solicitadas em massa via e-mail, os usualmente denominados *spams*, ou mediante torpedos sms via celular.

É constitucionalmente garantido, no art. 5º, X, de que a intimidade e vida privada são invioláveis, sendo um imperativo o respeito a tal direito fundamental o qual é considerado cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF/88).

⁹⁴ *Idem ibidem*, p. 93.

⁹⁵ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 94-95.

Ressalte-se que a chamada “captura”, por si só, não compreende uma prática ofensiva ao mercado, sendo, muito pelo contrário, natural decorrente do cenário de concorrência entre as empresas. Reforce-se que o que se veda é que seja feita tal captura de maneira abusiva, valendo-se de meios que violem a esfera privada do consumidor no que toca a sua intimidade.

Conforme muito bem resumiu, como fecho, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias⁹⁶:

O fundamento do princípio da não captura abusiva do consumidor insere-se, portanto, dentro de um contexto maior de inaceitável invasão da esfera privada do consumidor com a indevida e não autorizada conversão da sua intimidade em um cenário de luta concorrencial entre empresas; em um palco constantemente iluminado para o anúncio *non-stop* de produtos. Tais práticas, cada vez mais sofisticadas e invasivas, molestam a intimidade e o sossego do consumidor, turbam a sua possibilidade de escolha minimamente refletida e, portanto, exigem o seu *prévio consentimento*, sob pena de se configurarem abusivas, privilegiando-se o seu direito à liberdade e à intimidade.

Há de se citar que existe um esforço legislativo no sentido a conferir maior eficácia a tal princípio, como é possível verificar na Lei Paulista 13.226/2008, a qual regulamenta o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações do telemarketing, em que o consumidor tem a possibilidade de integrar tal cadastro, inviabilizando a prática da captura abusiva no que toca a ligações e envios de *spams*, etc.

Em suma, há de se primar que além da mensagem publicitária, o meio o qual esta chega ao consumidor deve ser igualmente lícita e legítima.

⁹⁶*Idem ibidem*. p. 95.

CAPÍTULO 3 – PUBLICIDADES VEDADAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto no contexto do Microssistema do Código de Defesa do Consumidor – diploma normativo submetido ao regular processo legislativo, promulgado em 1990 – quanto no do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – escrito pelas associações representativas de publicitários e agências de propaganda, como meio a estabelecer padrões éticos dentro da atividade – verifica-se uma grande preocupação quanto ao conteúdo veiculado nas peças publicitárias.

Não no sentido do conteúdo submetido à valoração subjetiva sobre ser a peça publicitária “engraçada”, “interessante” ou “informativa”, mas sim no que toca às denominadas “publicidades ilícitas” ou “publicidades viciadas”⁹⁷.

Isto significa dizer que, conforme já exposto em parte no começo do presente trabalho (v. Capítulo 1), atualmente é praticamente impossível conceber a denominada sociedade de massa, apregoadada pelo *consumismo*, sem que exista o elemento criador da demanda a qual não mais se baseia pela *necessidade* pura e simples do consumidor, estando sujeitas as relações de consumo muito mais a, por exemplo, a definição de um estilo de vida.

Neste contexto, na qual há de se considerar ainda a acirrada competição entre os agentes de mercado o qual disputam a “captura” do consumidor, há de se proteger a veiculação de peças publicitárias as quais respeitem, ao mesmo tempo, o princípio geral da boa-fé objetiva, da qual defluem os deveres anexos da informação correta e a transparência publicitária⁹⁸, bem como seja a publicidade um meio de comunicação respeitável à incolumidade física e mental do consumidor⁹⁹.

Há de se acrescentar, ainda, que a determinação de que existam publicidades consideradas “ilícitas” igualmente conferem, conforme já explicitado o caráter concorrencial

⁹⁷ Neste sentido, Cf. MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 20, v. 78, p. 225-267, abr./jun. 2011.; MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 97-98.; e BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 238.

⁹⁸ FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa e abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 173-191, número especial. 1992. p. 176-178.

⁹⁹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 99.

do tema, limitação ao exercício de direitos subjetivos, no sentido de tais direitos deverem, necessariamente, ser exercitados em conformidade com a confiança de legalidade que cada parte deposita uma na outra¹⁰⁰, considerando os interesses legítimos das contrapartes.

Como técnica de regulação de tal atividade, tanto no âmbito do Microssistema do Código de Defesa do Consumidor (jurídico-normativo) quanto do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (particular e autorregulamentar), em detrimento das inúmeras e (muito) rápidas mudanças sociais verificadas, não seria possível determinar a atividade ilícita e não-ética mediante a imposição de conceitos fechados, cuja aplicação seria realizada em caráter de subsunção pura e simples.

Diferentemente, escolheu o legislador e o diploma privado autorregulamentar estipular o controle do que seria “ilícito” e “não-ético” mediante a estipulação de cláusulas gerais e abertas, a serem submetidas em um segundo momento à interpretação e aplicação daqueles os quais configuram no contexto de sua aplicação¹⁰¹.

Em suma, determinou-se a existência de dois tipos de publicidade a serem combatidas tendo em vista sua ilicitude: a enganosa e a abusiva.

3.1 Publicidade enganosa

A publicidade enganosa, como acima já descrito, é um dos tipos das chamadas “publicidades ilícitas” ou “publicidades viciadas”, sendo veementemente vedada a sua veiculação em âmbito do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, §1º), bem como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 27 e ss).

A definição conceitual do termo “enganosa” advém, morfológicamente, do verbo “enganar”, enganosa é o adjetivo que qualifica objeto ou pessoa que age com intenção de enganar, isto é, dissimular, mentir, burlar, lograr¹⁰².

Assim, é “Publicidade enganosa”, conforme o art. 37, §1º do Código de Proteção ao Consumidor:

¹⁰⁰ FRADERA, Vera M. Jacob de. *op. cit.* p. 183.

¹⁰¹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 97.

¹⁰² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1148.

§ 1º É enganosa **qualquer modalidade de informação ou comunicação** de caráter publicitário, **inteira ou parcialmente falsa**, ou, por qualquer outro modo, **mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor** a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (grifou-se)

Note-se que, por técnica legislativa, o conceito do instituto jurídico em voga é aberto e vago, utilizando-se do vocábulo “qualquer” por duas vezes, denotando indefinição de conceitos, dando margem ao azo interpretativo do intérprete e, em segundo momento, a eventual julgador¹⁰³.

Plenamente justificável, há de se ter em mente que o microssistema do Código de Defesa do Consumidor é um diploma normativo promulgado especialmente para a proteção daqueles que, estatutariamente, são considerados vulneráveis. Nesse sentido, de modo a não restringir direitos ou deveres, e considerando que o *standard* de enganabilidade varia de grupos em grupos de consumidores¹⁰⁴, o legislador cria figura aberta que se deve pautar em “princípios”¹⁰⁵ abalizadores, tais quais o “Princípio da veracidade da publicidade”, o “Princípio da informação”, dentre outros:

O legislador, reconhecendo a complexidade e dinamismo da matéria, preferiu conceituar de maneira larga o que seja publicidade enganosa. Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição o reconhecimento de que o consumidor tem direito – de ordem pública – a não ser enganado, o direito este agora adotado pelo direito brasileiro.¹⁰⁶

Outro enfoque no qual se deve deter é de que não se é exigida prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial, isto é, a capacidade de indução ao erro. Seja através de declarações ambíguas, falta de informações, ou mesmo de falsidades, para todos os efeitos, será considerada “Publicidade enganosa”, não importando se são atos *comissivos* ou *omissivos*, os quais, neste sentido da conduta de omissão do fornecedor-anunciante, leia-se o art. 37, §3º, o qual dispõe que “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Por fim, há de se notar que dano da “Publicidade enganosa” externaliza efeitos diretamente patrimoniais ao consumidor, prejudicando aquele que movido por falsos motivos celebrou contrato com o fornecedor em função de “Publicidade enganosa”.

¹⁰³ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. op. cit. p. 106.

¹⁰⁴ TOMASETTI JR., Alcides. op. cit. pg. 68.

¹⁰⁵ v. Capítulo 2.

¹⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. cit. pg. 239.

Nesse sentido, não bastasse os efeitos difusos negativos dessa modalidade de “Publicidade” viciada, é altamente prejudicial economicamente àqueles consumidores enganados.

3.1.1 Elementos de configuração

A publicidade enganosa, em detrimento da publicidade abusiva (conforme se verá a seguir), possui elementos de configuração os quais podem ser caracterizados como objetivamente verificáveis, no que pese ter o legislador conceituado a matéria de maneira larga¹⁰⁷, por se tratar de constatação de um evento que, por ação ou omissão do fornecedor anunciante, impliquem a veiculação (ou a falta de) informação essencial incorreta acerca do produto/serviço o qual se comercializa.

A informação (art. 37, §1º) ou a sua omissão (art. 37, §3º), para sua configuração, devem necessariamente estar conectadas ao espírito trazido pelo dispositivo do Código de Proteção do Consumidor (em especial, ao art. 37, §1º o qual traz a regra geral acerca da publicidade enganosa, sendo o §3º um acréscimo à regra geral anteriormente exposta), qual seja o de ferir determinada situação a qual julgou ser essencial para a indução em erro do vulnerável.

Sistematicamente, Adalberto Pasqualotto¹⁰⁸ enumera seis aspectos relevantes para configuração da publicidade enganosa: a) a técnica enganosa; b) o vício da mensagem; c) a extensão do vício; d) a conduta do agente; e) o efeito da conduta; f) o objeto do engano.

Tais aspectos, sob a ótica do doutrinador, se subdividem em três tópicos: o caráter publicitário da peça, o potencial enganoso e o conteúdo da mensagem que, porventura, pode ser preservado.

Portanto, como não poderia ser diferente, primeiramente, para se considerar uma publicidade enganosa, ela deve conter informação ou comunicação de “caráter publicitário” o que, conforme já ilustrado no Capítulo 1, é requisito essencial para a regulamentação do tema na seara do direito. Há de se fazer o contraponto e necessariamente destacar que frisou-se a “regulamentação jurídica” uma vez que esta está “contida” na mais ampla autorregulamentação publicitária em âmbito do CONAR, uma vez que tal órgão não

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 338.

¹⁰⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

apenas vigia as publicidades comerciais, por assim dizer, mas também as “propagandas” (publicidades não-comerciais, em princípio).

A “publicidade enganosa” deve ser capaz de “induzir o consumidor em erro” em relação às características do serviço ou produto o qual – mediante uma comprovação do nexo de causalidade – terão repercussão necessária a influenciar sua vontade¹⁰⁹. Porém, tal capacidade não deve se confundir com a verificação do erro e prejuízo propriamente ditos, sendo que, conforme Antônio Herman V. Benjamin¹¹⁰, o juízo a ser realizado neste tocante é “em abstrato”, pois se verifica a mera potencialidade. O dano do consumidor é um mero *plus*, em suas palavras, sendo objeto da regulamentação o anúncio em si e *de per si*, e não os seus destinatários, muito embora para a análise do anúncio necessariamente deva se ter por conta o potencial lesivo quando da verificação dos consumidores¹¹¹.

Não restam dúvidas de que apesar do regramento similar a qual se é dado à publicidade enganosa mediante “ação” ou “omissão”, a segunda se torna – na prática – muito mais complicada quando da verificação pelo aplicador do direito.

Ao passo de que com o ato comissivo, o erro ou falsidade¹¹², a regulação será realizada diretamente sobre o conteúdo exposto na peça publicitária, em contrapartida nos casos de verificação da omissão, dever-se-á realizar em segundo momento após a veiculação da peça duas atividades mentais: em primeiro momento, analisar a falta de *dado essencial* referente ao produto/serviço anunciado; e em segundo momento, a influência de tal informação omitida em relação a tal *dado essencial* em relação ao que genericamente se denomina *consumidor médio*¹¹³ ou *consumidor típico*.

Dado essencial, conceito jurídico indeterminado de determinação fluida, genericamente é todo aquele que influi diretamente na escolha econômica do consumidor, sem o qual levaria determinadamente àquele a adotar postura diversa¹¹⁴. Entretanto, no que pese tal determinação a qual em muito acaba por se confundir com a própria denominação do

¹⁰⁹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. Publicidade e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 100.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 240.

¹¹¹ Cf. MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 111 e seguintes, em tópico denominado “A figura do consumidor como critério central de avaliação da ilicitude da comunicação publicitária”.

¹¹² No tocante aos conceitos de “erro” e falsidade”, v. PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 118.

¹¹³ Cf. a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual dispõe acerca das práticas desleais das empresas em relação aos consumidores, em que no artigo 7º, alínea 1ª, dispõe: “Uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omite uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida e, portanto, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.

¹¹⁴ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 140.

consumidor médio, ou *consumidor típico*, Adalberto Pasqualotto¹¹⁵ em lição mais pragmática enumera como dados essenciais aqueles previstos no §1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem e preço.

No tocante ao conceito de *consumidor médio* ou *consumidor típico*, com a mesma problemática no âmbito civil de tronco romano-germânico o qual pauta os regramentos gerais e abstratos (leis) em virtude da conduta de um ente abstrato (*pater familias*), difícil se faz sua configuração.

Alvo de críticas por Adalberto Pasqualotto¹¹⁶, o conceito de *consumidor médio* adota como critério a presunção de um determinado tipo de consumidor o qual carrega um mínimo de senso crítico, inteligência e discernimento (difícil, portanto, de se aferir um padrão universal o qual seja condizente à realidade).

O mais correto seria pautar-se em razão do *consumidor típico*, este sim minimamente aferível em razão de dados estatísticos os quais revelam os padrões sociais, culturais e econômicos daqueles os quais são consumidores do produto/serviço comercializado ou que, em potencial, sejam expectadores da peça publicitária (mediante pesquisas do IBOPE, por exemplo).

Como exemplo de omissão de informação relevante, é possível citar custos adicionais os quais deverá o consumidor arcar, como por exemplo, o custo do frete¹¹⁷.

3.2 Publicidade abusiva

Expressamente vedada tanto no âmbito do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a publicidade abusiva é o tema desta presente tese.

O vocábulo “abusiva” advém do verbo “abusar”, o qual apresenta inúmeros significados segundo HOUAISS¹¹⁸:

¹¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 127.

¹¹⁶ *Idem.* p. 122.

¹¹⁷ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 141. Aliado a isso, Cf. Apel. 9131571-39.2003.8.26.000 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

1. Fazer mau uso, usar de maneira imprópria, inadequada. **2.** Usar em excesso, exorbitar no uso ou na exigência de uso, exceder-se na utilização de. **3.** Tirar vantagem, prevalecer-se, aproveitar-se de situação favorável, vantajosa ou de superioridade. **4.** Fazer pouco caso, ridicularizar; menosprezar, humilhar. **5.** Faltar à confiança, enganar. **6.** Ultrajar o pudor de; tirar a virgindade de; desflorar, desonrar, seduzir. **7.** Agredir com insultos ou injúrias; afrontar. **8.** Tirar vantagem ou proveito. **9.** Fazer uso injusto dos privilégios de situação superior. **10.** Tomar enjoo de; enfastiar-se.

Sem dúvidas, a “publicidade abusiva” é, redundantemente, a publicidade adjetivada pelas características de ação advindas do verbo “abusar”, o que leva a crer que seria um exemplo de “publicidade abusiva”, portanto, aquela que se utiliza de excessos não justificáveis. Porém, o que seriam tais excessos não justificáveis?

Tão difícil quanto é explicar em um primeiro momento a adjetivação pura e simples de “publicidade” ao vocábulo “abusiva”, também o é a interpretação do art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor o qual dispõe acerca deste tipo de publicidade ilícita:

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

Observa-se que o legislador ordinário, de maneira a esquivar-se à árdua tarefa de esmiuçar o que se entenderia por definitivo como sendo “publicidade abusiva” em si, procurou explicá-la mediante a enumeração de exemplos. Nas palavras de Adalberto Pasqualotto¹¹⁹, a diversidade de formas abusivas torna de difícil sistematização o seu conteúdo em forma de texto legal motivo pelo qual se utilizou da técnica de catálogo (exemplos) para que fosse possível exprimir o seu propósito protetivo. A *mens legis* protetiva.

¹¹⁸ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.p. 33.

¹¹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 127-128.

Em igual sentido, reconhecendo o fato de ser de difícil definição o conceito do que se entende por “publicidade abusiva”, encontram-se em sede doutrinária afirmações tais quais

[...] ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso.

Portanto, antes que se prossiga a explanação acerca do conceito (?) de “publicidade abusiva”, que fique sedimentada a informação de que se trata de um conceito jurídico, até certo ponto, indeterminado de caráter vago e que, a cada caso, poderá assumir uma roupagem que mais se adeque à situação.

Feita tal ressalva, e retornando à discussão conceitual, primeiramente reforçando a ideia transmitida no trecho transcrito acima, “publicidade abusiva” não se confunde com “publicidade enganosa”.

Segundo Antônio Herman V. Benjamin¹²⁰, o ordenamento jurídico consegue lidar (combater) com muito mais agilidade e facilidade a “publicidade enganosa” do que a “publicidade abusiva” pois que, pelo menos no campo teórico, aquela possui limites mais ou menos objetivos traçados, o que não ocorre com a “publicidade abusiva”.

Inclusive, a “publicidade abusiva”, por trazer em seu bojo diversos conceitos jurídicos indeterminados, os quais deverão ser preenchidos a critério do julgador em vistas ao caso concreto – e à peça publicitária referente – apresentam manejo jurídico muito mais sensível, pois que exposta à maior grau de discricionariedade e subjetividade¹²¹.

Inúmeras são as tentativas de conceituação, mesmo que genéricas, de “publicidade abusiva”.

¹²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

¹²¹ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 163.

Claudia Lima Marques¹²² a define como “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.

Em uma análise curiosa, que até certo ponto poderia se dizer como que influenciada pelos critérios técnicos do que se entendendo no direito privado por “dano material” e “dano moral”, Rosangela Amatrudo¹²³, a autora conceitua “publicidade abusiva” como aquela que potencialmente é apta a causar danos de natureza não-patrimoniais ao consumidor-expectador, em detrimento à publicidade enganosa, a qual por conter um erro (comissivo ou omissivo), gera a potencialidade de um dano material imediato.

Não seria incorreto, portanto, afirmar que mediante a configuração de “publicidade abusiva”, em detrimento da “publicidade enganosa”, não se pretende punir a veiculação de peça publicitária que distorça

a formação da vontade do consumidor enquanto sujeito em direção ao ato de aquisição de bens e contratação de serviços, objeto de repressão à enganabilidade, mas reprimir a publicidade à luz dos bons costumes, dos valores constitucionais e das leis, conforme recepcionados e informadores de nossa sociedade.¹²⁴

Ou seja, mesmo que não seja a publicidade apta a causar prejuízo econômico ou a enganar o consumidor, sendo absolutamente verdadeira, ainda assim poderá ela ser taxada de “abusiva”, se desrespeitados determinados ditados morais e éticos da sociedade.

Prosseguindo nesta técnica denominada “diálogo das fontes”¹²⁵, a qual exulta “um conceito de aplicação simultânea e coerente de muitas leis ou fontes de direito privado sob a luz da Constituição Federal de 1988”, cuja “eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.”, garantindo mais harmonia e coordenação entre as

¹²² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: artigo por artigo: doutrina: jurisprudência: conexões rápidas para citação ou reflexão: diálogo entre o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 539.

¹²³ AMATRUDO, Rosangela. Publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 13, v. 52, p. 163-221, out./dez. 2004. p. 203-204.

¹²⁴ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 164.

¹²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 108 e ss.

normas do ordenamento jurídico, talvez mais acertadamente é possível encontrar a conceituação de “publicidade abusiva” sob a égide fundamentadora da responsabilidade civil extracontratual.

Com muita propriedade, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹²⁶ desconstrói em um primeiro momento o vocábulo “abusividade” e, em seguida, relaciona ao conceito jurídico “abuso de direito”, relacionando a “publicidade abusiva” ao ato ilícito típico extracontratual do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Prossegue sob o enfoque contemporâneo de aplicabilidade do artigo transcrito o qual perfaz, de fato, dispositivo de ordem pública de aplicação em todos os ramos do direito, sedimentando verdadeira norma-princípio (v. Capítulo 2) que veda o abuso do direito, em plena conformidade aos valores advindos da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Reconhece, que esta teoria do abuso do direito – posterior em mais de uma década em relação à promulgação do Código de Proteção do Consumidor – apenas veio a sedimentar tendência já anteriormente prescrita no tocante à “publicidade abusiva”.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, ao revés do que ocorre com a “publicidade enganosa”, dedicou grande parte de seus dispositivos a regular a denominada “publicidade abusiva”, que, muito embora não tenha um conceito finalisticamente fechado, conforme acima visto, caracteriza-se pela afronta – em certo momento – aos padrões éticos publicitários e sociais da peça publicitária veiculada.

Logo no primeiro artigo do diploma privado autorregulamentar, em seção preambular, já se direciona a conduta ética (o dever-ser) publicitário no sentido de que “todo anúncio deve ser respeitador e conforme às leis do país”. Prossegue, no artigo 2º, exaltando que a publicidade deve possuir um “senso de responsabilidade social”, e mais adiante (art. 6º)

¹²⁶ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 158-160.

de que as peças publicitárias devem estar em consonância aos objetivos de desenvolvimento econômico, da educação e cultura nacionais.

Conforme já exposto nesta tese (v. Capítulo 1), a publicidade é reconhecidamente capaz de exercer forte influência de ordem cultural nas grandes massas da população, direcionando não apenas o consumo como as próprias ações do consumidor, abstratamente concebido (art. 7º do CBAP).

Neste propósito, do consumidor concebido *in abstracto* no tocante aos padrões éticos mínimos os quais a publicidade deve se pautar, há de se reconhecer que, como mais um fator que dificulta a análise pelo direito (em sede de regulação estatal ou autorregulação) é o fato de que a hipótese de incidência da “publicidade abusiva” necessariamente requer uma coletividade¹²⁷.

Em outras palavras, o sujeito passivo da veiculação de uma publicidade ilícita, sob a égide do vício “abusividade”, deverá ser um coletivo social, difuso, de ordem pública, não havendo de se pautar a configuração nos casos de suposta lesão à ética ou moral de um particular. Como meio a dispor minimamente de um parâmetro acerca desta configuração, o Regimento Interno do Conselho de Ética do Conar, no art. 17, §4º dispõe que a representação de grupo de consumidores, para apreciação, deverá conter ao mínimo 07 (sete) subscrições de consumidores.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹²⁸ esclarece que há de se observar um *padrão social mínimo* para a configuração da abusividade, assim considerado os valores e parâmetros que a sociedade está acostumada e aceita como razoáveis.

Se caso assim não o seja, e aqui merecem todos os destaques acerca da “publicidade abusiva”, será a regulação estatal ou autorregulamentar abusiva, marcada em um mundo de pluralidade de pensamento e relativismo!

Por um lado, a difícil análise acerca do quê vem a ser abusivo; de outro, a tarefa de não se favorecer ideários privados em detrimento da coletividade.

Portanto, o julgador – na medida do possível – deverá estar apto a transparecer o ideal subjetivo coletivo, as ideologias de um consumidor coletivo abstratamente concebido, sabendo distinguir uma brincadeira de uma manifestação agressiva; a piada de mau-gosto da

¹²⁷ MAZON, Marília. *op. cit.* p. 247.

¹²⁸ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 164.

discriminação; a sensualidade do pornográfico; tudo, tendo em conta que deverá estar o mais próximo possível da realidade social, sob pena de um julgamento irracional e não pautado nos parâmetros médios¹²⁹.

Outra forma a qual auxilia a sua configuração é a análise de determinados indícios, dentre os quais o conteúdo da mensagem em relação ao meio de comunicação escolhido, ao horário (no caso dos tipos de veiculação eletrônica: tv e rádio), ou ainda à localização geográfica.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, conforme acima já explicitado, cuidou do tema (“publicidade abusiva”), enumerando de forma mais qualificada – mas mesmo assim em caráter exemplificativo – especialmente nas Seções 1, 2, 4, 10 e 11 do Capítulo II “Princípios Gerais”, os quais deve toda publicidade ser pautada sob os parâmetros de: respeitabilidade, decência, medo, superstição, violência, segurança e acidentes, poluição e ecologia, e crianças e jovens.

¹²⁹*Idem ibidem*.p. 165.

CAPÍTULO 4 – REGULAÇÃO E CONTROLE DA PUBLICIDADE

Conforme já esboçado na presente tese (v. Capítulo 2), a regulação e regulamentação da publicidade no Brasil é relativamente recente. No que pesem existirem leis e entidades representativas temporalmente anteriores, verifica-se que, efetivamente, houve uma maior expressão a partir dos anos de 1978/1980 e da promulgação da Constituição Federal de 1988, grande marco para a nova ordem jurídico-social da sociedade brasileira.

O presente capítulo se prestará a analisar, em via tripla, tanto os motivos justificantes da regulação (e regulamentação) da publicidade, quanto às formas pelas quais esta é exercida, não sem antes analisar os limites subjetivos, objetivos e teleológicos neste tocante.

Ademais, haver-se-á de ter em mente que o tema não é pacífico, uma vez que ao seu redor gravitam os debates envolvendo inúmeros princípios e garantias constitucionais, a saber: liberdade individual x paternalismo estatal e livre iniciativa x intervenção do Estado¹³⁰, e que será proposta uma visão dos motivos justificantes à regulação publicitária sob os prismas: da proteção dos direitos do consumidor, da proteção à concorrência, e no tocante à liberdade de expressão.

4.1 Limites subjetivo, objetivo e teleológico da regulação publicitária

Muitas são as definições, em sede de doutrina, acerca dos limites subjetivos, objetivos e teleológicos da regulação publicitária. Quais são os sujeitos ativos e passivos? O quê, precisamente, se regula? Por fim, qual é o fim maior de tal atividade?

Primeiramente, conforme o próprio nome sugere a “regulação” e “controle” da atividade publicitaria diz respeito às atividades de fiscalização e verificação de regularidade do ato publicitário consumerista, baseado em preceitos pré-determinados (seja no âmbito estatal ou autorregulamentar), para que seja garantido ao consumidor, ao fornecedor e ao

¹³⁰BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 09, p. 25-57, jan./mar. 1994. p. 41.

mercado (*in abstracto*), um ambiente confiável e verdadeiro, pautado nos valores caros ao ordenamento jurídico o qual se submete.

Neste tocante, tem-se por elemento subjetivo passivo da regulação, como não poderia deixar de sê-lo, exatamente o integrante da relação de consumo advinda da publicidade (v. Capítulo 2) o qual está relacionado à gênese e veiculação da peça publicitária, a saber: o fornecedor-anunciante (rememorando que aqui se compreendem não apenas o fornecedor em si considerado, bem como os agentes de toda a atividade publicitária, quais sejam a agência de publicidade e o veículo de informação/mídia).

Limite esse (elemento subjetivo passivo) o qual deve estar muito claro uma vez que, não raro, é possível vislumbrar caracteres de “publicidade” relativamente a sujeitos os quais não podem ser definidos como fornecedores-anunciantes, nos termos do genérico art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Em exemplo muito ilustrativo, Antônio Herman V. Benjamin¹³¹, utilizando-se da técnica da argumentação por absurdo, equipara o anúncio de venda de um carro usado por uma loja de carros ao de um médico os quais, a primeira vista, seriam regulados da mesma maneira pela legislação consumerista ou autorregulamentar. Entretanto, em desconstrução conceitual, chega à conclusão de que não há de se confundir a “publicidade”, por assim dizer, realizada por um sujeito o qual posteriormente será submetida a uma relação particular, em detrimento de outra – esta sim sujeita à regulação publicitária – a qual tem a potencialidade de caracterizar uma relação de consumo.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que o fornecedor-anunciante (patrocinador) é o beneficiário imediato da publicidade, mas que não é possível deixar de se aplicar as regras regulatórias em relação à agência de publicidade criadora da peça publicitária, tampouco ao veículo de comunicação (mídia) uma vez que, respectivamente, criarão e veicularão mensagem *contra legem*, devendo arcar com tal contravenção legal¹³².

Do outro lado, há de se citar as limitações também no que diz respeito aos sujeitos ativos da regulação publicitária, isto é: quem poderá exercer tal controle. Não adentrando no mérito acerca das formas de regulação (regulação estatal, autorregulação ou sistema misto), diferentemente aqui se prima a analisar aqueles os quais são legitimamente habilitados a questionar a atividade publicitária.

¹³¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 53.

¹³² *Idem.* p. 53.

Indubitavelmente, a primeira figura a qual se relaciona o tema é o “consumidor”, nos termos do já explicitado (v. Capítulo 2) relativamente às figuras conceituais expostas no Microssistema do Código de Defesa do Consumidor. Porém, existem certas peculiaridades as quais devem ser apontadas.

As atividades publicitárias tidas como “ilícitas” ou “viciadas” (v. Capítulo 3), para assim serem genericamente concebidas, não admitem o controle sob o prisma da singularização do consumidor em sua incidência.

Neste sentido, tanto o é que, conforme já exaustivamente abordado (v. Capítulo 3), pela própria abrangência difusa ou coletiva que a publicidade abarca, não há de se submeter o seu controle ao particular individualmente concebido. Diferentemente, submeter-se-á à apreciação de uma entidade destinada a este fim, a qual, a depender do meio escolhido para o exercício da regulação, demandará necessariamente um complexo subjetivo¹³³ (seja em sede do poder judiciário ou do Conselho de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, por exemplo).

Superada a questão atinente ao elemento subjetivo da regulação, em seu pólo passivo e ativo, seguindo a linha estrutural de raciocínio previamente antecipada, qual é o objeto submetido à apreciação da regulação publicitária?

Por se tratar o tema de uma regulação estritamente tocante à publicidade, haverá de se memorar os conceitos já abordados (v. Capítulo 1) acerca de “publicidade” e “propaganda”, sendo aplicáveis os métodos de regulação material ou objetivo unicamente naquela denominada “publicidade de consumo” ou “publicidade comercial”¹³⁴.

No objeto, a regulação publicitária versará acerca do que se compreende sobre “publicidade ilícita”, se alcançará seus limites em relação apenas à “publicidade enganosa” ou à “publicidade abusiva”; relativamente à sua forma ou ao seu conteúdo; mediante a edição de normas usualmente submetidas ao processo legislativo ordinário (regulação estatal) ou diplomas privados (Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária); e a submissão a órgãos julgadores igualmente públicos ou privados.

¹³³ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 15, vol. 58, abr.-jun. de 2006. p. 243.

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.*, p. 53.

Podendo ser, ainda, preventiva ou repressiva a depender do sistema adotado para a verificação de legalidade e licitude da peça publicitária; ou em casos de se considerar a verificação de parâmetros positivos ou negativos¹³⁵.

Por fim, seu limite teleológico acaba por se confundir em certa medida com os fundamentos os quais justificam a própria atividade regulatória, isto é, a regulação publicitária a qual objetiva garantir os direitos relacionados ao consumidor, ou em relação à ótica da concorrência desleal.

4.2 Motivos justificantes da regulação publicitária

Há quem afirme em sede doutrinária que “não existe atividade humana isenta de controle”¹³⁶, e que a atividade publicitária não seria uma exceção.

Partindo-se deste pressuposto, poderia ser concluído que o motivo para a regulação de tal atividade, em mero silogismo (premissa maior, premissa menor e síntese), justificar-se-ia unicamente por ser ela uma atividade humana.

Entretanto, como não satisfaz – cientificamente - a explicação mediante o sofisma acima escrito, em sede de doutrina dividem-se três os grandes motivos justificantes da regulação publicitária: proteção aos direitos do consumidor; proteção à concorrência desleal; e, por fim, proteção à liberdade de expressão.

4.2.1 Proteção aos direitos do consumidor

Ao se tocar no tema “regulação publicitária”, o primeiro motivo justificante o qual se há de citar, necessariamente, é a proteção dos direitos do consumidor.

Não poderia ser diferente uma vez que, por se tratar da regulação daquela que se convencionou no presente trabalho em se denominar “publicidade comercial” (v. Capítulo 1), o fim maior a que se destina é exatamente persuadir seu destinatário, o consumidor, à aquisição de produto/serviço o qual se anuncia, visando o lucro.

¹³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 53.

¹³⁶ MAZON, Marília. *op. cit.* p. 230.

Segundo o doutrinador Antônio Herman V. Benjamin¹³⁷, a publicidade há de ser controlada na exata medida em que exerce uma função social de estimular o consumo de bens e serviços em futura relação entre consumidores e fornecedores, a qual deverá obedecer a determinados ditames sendo o mais importante deles o da boa-fé objetiva (v. Capítulo 2).

Seguindo uma linha de raciocínio interessante, o doutrinador estabelece quatro motivos justificantes para a regulação da publicidade: favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos; garantir o fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços; evitar abusos no exercício do seu poder de persuasão; limitar seu potencial de modificação de padrões culturais¹³⁸.

Porém, respeitado o seu entendimento, para os fins desta tese conforme já exposto, visualiza-se de maneira diversa, de modo a aglutinar aquilo que toca diretamente aos direitos de proteção do consumidor, e acrescentando àqueles, ainda, posicionamento crítico acerca do respeito à liberdade de expressão publicitária.

Por isso, o posicionamento adotado por Marina Mazon¹³⁹ parece mais acertado na medida em que separa, dentre os motivos justificantes, aquele denominado genericamente como “controle e a prevenção do dano ao consumidor”.

Assim, a regulação da atividade publicitária sob o prisma da proteção dos direitos do consumidor é o pilar central de sua justificação no ordenamento jurídico brasileiro, vez que toca no sentido a garantir a incolumidade física e mental do consumidor; a prevenção à ocorrência de danos de ordem material (publicidade enganosa, *in casu*) e moral (publicidade abusiva); o resguardo ao princípio da veracidade (informação adequada); e, por fim, o papel exercido pela publicidade em estimular o consumo e a inserir na sociedade determinados padrões culturais.

Pela abrangência do tema, e por se proteger o ente vulnerável da relação de consumo – o consumidor – tal motivo justificante adquire importância de maior relevância se considerada em relação às demais, pois que, toda a finalidade do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor, o qual é integrado também pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, se prestam justamente a proteger tal figura tida como legalmente vulnerável.

¹³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 42.

¹³⁸ *Idem ibidem.* p. 42.

¹³⁹ MAZON, Marília. *op. cit.* p. 252-253.

Deste modo, a regulação publicitária visa aumentar (proteger) a racionalidade do destinatário da peça publicitária, garantindo legitimidade a ela e diminuindo a margem de diferenças em relação à posição de vantagem do fornecedor-anunciante em relação ao consumidor (principalmente no tocante ao quesito informacional)¹⁴⁰.

O funcionamento do mercado, considerando-se os tempos de consumo de massa, em que não mais se adquire produtos/serviços pela estrita necessidade (v. Capítulo 1), a publicidade adquire como já visto o papel de influenciar/estimular o consumo e mais do que isso, traçar diferenciações artificiais entre os bens anunciados¹⁴¹, não sendo meramente informativa, e sim instrumento de forte poder persuasivo.

Por fim, inegavelmente, e inclusive tema do artigo publicado pelo publicitário Washington Olivetto¹⁴², a publicidade exerce um papel determinante na formação cultural do expectador, a exemplo do comercial “Valisère – primeiro sutiã” tido para muitos como a melhor peça publicitária brasileira de todos os tempos, em que alavancou determinantemente as vendas da determinada marca e inspirou no consumidor-expectador (difuso e abstrato) a mudança na forma a qual concebia o produto (sutiã).

Assim, a regulação da publicidade deverá visar, primordialmente – mas não somente, como se verá – a defesa aos direitos do consumidor, figura vulnerável por determinação legal, contra os apelos daquilo que politicamente se determina por “publicidade ilícita” ou “publicidade viciada”.

4.2.2 Proteção concorrencial

Conforme já pormenorizado nesta tese, e segundo Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹⁴³, “a comunicação publicitária materializa-se definitivamente como importante ferramenta para adinâmica de mercado e para a competição entre os agentes econômicos.”. Ou seja, se perfaz em *atividade econômica resguardada pela livre iniciativa*, aos moldes do art. 170 da Constituição Federal, o qual é o dispositivo constitucional que, genericamente, regula toda e qualquer atividade econômica, uma vez que dispõe em seu *caput*

¹⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 46.

¹⁴¹ *Idem.* p. 47

¹⁴² OLIVETTO, Washington. Publicidade também é cultura. In: CONAR. *Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do CONAR*. São Paulo: CONAR, [2011]. p. 9-12.

¹⁴³ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 35.

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”, e que um dos princípios enumerados – inciso IV – é o da livre concorrência.

Indiretamente, garantir um ambiente concorrencial saudável em que se valorize a concorrência leal entre os participantes – agentes do mercado – acabará por beneficiar o destinatário final dos produtos/serviços, porque, conforme já mencionado acima, aumenta o grau de racionalidade nas escolhas do consumidor, podendo se direcionar efetivamente da melhor maneira possível tendo em conta sua preferência pessoal, situação econômica, etc.

O mau anunciante, geralmente por se utilizar de argumentos enganosos (comissivos ou omissivos), adquire de maneira indevida uma posição de vantagem em relação aos demais agentes¹⁴⁴, o que, sob o prisma concorrencial, fere a integridade da relação horizontal entre os diversos participantes.

Em linguagem econômica, aceitar que existam anunciantes que veiculem “publicidades enganosas” é ineficiente ao mercado, pois favorece a indução ao desvio dos consumidores em relação aos produtos/serviços melhores (maior eficiência de escolha), destruindo a confiabilidade do mercado e induzindo os diversos empresários a, ao invés de aplicar os recursos no desenvolvimento e aprimoramento do oferecido, investir em medidas a dar efetividade à enganosidade¹⁴⁵.

Porém, no que pese ser ainda muito adotada em sede de doutrina¹⁴⁶ elencar o motivo justificante “concorrência” como um dos princípios motores da regulação publicitária, há de se reconhecer que assume este um papel coadjuvante - para não se dizer ser um equívoco -, pois priorizar o mercado em detrimento ao consumidor¹⁴⁷ já é hoje superado conceitualmente, ora que as próprias normas possuem caráter reflexo quando da proteção ao vulnerável, deixando evidente que a sistemática dos anúncios deve primar por sua apresentação verdadeira e não abusiva frente ao consumidor.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 42.

¹⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 42.

¹⁴⁶ Neste sentido, MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.*; RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 26-41, número especial. 1992, p. 27-41.; RAMOS, Saulo. Liberdade de informação e propaganda. In: CONAR. *op. cit.* p. 13-20.; etc.

¹⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 42.

4.2.3 Liberdade de expressão publicitária

Eis aqui o ponto mais controvertido de todos quando se refere aos motivos justificantes da regulação publicitária no ordenamento jurídico brasileiro (tanto sob a forma estatal como autorregulamentar).

Se por um lado existe o forte posicionamento de defesa ampla e (quase) irrestrita garantia à liberdade criativa dos publicitários e agências de publicidade, elevando as peças publicitárias a verdadeiras obras de arte; doutro há a grande discussão sobre até que ponto existe o alcance da garantia constitucional da “liberdade de expressão” referente à publicidade comercial.

Primeiramente, não é possível tomar qualquer posicionamento acerca de tal tema sem antes conhecer ao que se presta, exatamente, o direito constitucional da “liberdade de expressão”.

Liberdade de expressão, inserida dentro do rol do macroprincípio “liberdade” (que conjuntamente ao princípio da igualdade formam as bases da democracia¹⁴⁸), é um princípio constitucional expresso o qual vem previsto nos artigos 5º (Princípios e garantias fundamentais individuais) e 220 (Da comunicação social) da Carta da República Federativa do Brasil de 1988.

Para bem definir o que vem a ser a “liberdade de expressão”, inserida no contexto de um Estado Democrático de Direito baseado nos valores da liberdade e pluralidade¹⁴⁹, atribui-se verdadeira índole defensiva a tal princípio, pois que envolve um “não-fazer” (censura) por parte do Estado em relação a toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento – ao menos enquanto não houver coalisão de outros princípios ou direitos fundamentais – em relação a qualquer assunto ou pessoa¹⁵⁰.

Porém, esta atividade governamental não é absolutamente impedida e, além disso, mais importante do que o “não-fazer” em si, é a “temporalidade” a qual deve se analisar quando do contexto da “liberdade de expressão”: existe a defesa à “liberdade de expressão” contra toda e qualquer censura prévia do Estado, independentemente da posterior

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359.

¹⁴⁹ *Idem ibidem*. p. 148-150.

¹⁵⁰ *Idem ibidem*. p. 361.

confrontação (embate) de outros direitos e princípios fundamentais. Procura-se garantir que não seja exercido qualquer juízo de validade ou aceitabilidade antes que seja efetivamente exercitado tal direito.

Em âmbito privado, isto é, quando considerada a pessoa na sua individualidade – sujeito de direitos e deveres – dispõe o artigo 5º, IX que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O legislador constituinte originário atribuiu a esta garantia individual o *status* de cláusula pétrea (art. 60, §4º), consignando (reforçando) sua importância para a hermenêutica do ordenamento jurídico, em que a pessoa é livre para exercitá-lo quase que de maneira irrestrita, consubstanciando-se além de garantia individual fundamental, um direito político.

Este é o dispositivo-chave para a matéria, da qual defluem as suas formas qualificadas dentre as quais se inclui a da comunicação social, prevista no *caput* do artigo 220, na qual se inclui naturalmente a “publicidade comercial” a qual é informada ao público-alvo (consumidores) mediante um veículo de comunicação/mídia.

Lê-se do informe constitucional que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*”, e que logo após no parágrafo §2º, em aparente contrassenso, retoma afirmando ser “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”.

Diz-se ser contrassenso aparente, pois que existirá a liberdade de expressão irrestrita, por assim dizer aquela não submetida à qualquer censura *a priori* e *a posteriori*, somente em relação aos atos relativos a “política, ideologia e arte”, e que os demais, nos quais se incluem práticas econômicas (“publicidade comercial”), existirá uma maior restrição a tal garantia fundamental.

Prosseguindo, o parágrafo 3º do artigo 220 dispõe que caberá à lei federal regular meios legais de defesa da pessoa e da família (consumidores) contra a propaganda de produtos, práticas ou serviços que possam ser nocivos à saúde ou ao meio ambiente, e ainda em relação a programações que firam o respeito a valores éticos e sociais nos termos do artigo 221, IV.

Por fim, no parágrafo §4º, a consagração constitucional da existência, por assim dizer, de limitações a determinados tipos de “propaganda comercial” (v. Capítulo 1 no

tocante a nomenclatura “publicidade” e “propaganda”) em vistas da escolha política realizado pelo legislador constituinte.

Existem posicionamentos doutrinários extremados nos quais não se reconhece a limitação à garantia de “liberdade de expressão”¹⁵¹, sob o raciocínio de que não existiriam frações de liberdade, sendo esta valor absoluto em que ou se reconhece, ou se está diante de sua inexistência.

Porém, em entendimento moderado, conforme o próprio texto constitucional parece induzir o aplicador do direito, existem diferentes momentos (marco temporal) da garantia de liberdade de expressão, pois que variará ela conforme o direito a qual visa assegurar quando analisada *a posteriori*, sendo que *a priori* é irrestrita.

Caso seja um direito de ordem política, artística ou ideológica, será a liberdade de expressão plena, não submetida a quaisquer censura prévia ou posterior. Nos demais casos serão assegurados a liberdade de expressão prévia, mas que tal direito naturalmente será regulado por princípios outros *a posteriori* (por exemplo, função social da propriedade) que não aquele atinente à proteção política ou artística da pessoa.

Eis a questão: a liberdade de expressão como valor político e individual alcança a publicidade comercial? Pode ser considerada a publicidade comercial, como pretendem alguns, uma peça artística?

No que pesem existirem peças publicitárias que beiram a arte, como é o caso da já citada nesta tese “Valisère – Primeiro sutiã”, ou publicidades comerciais que em um primeiro momento não apontam para a finalidade do lucro – o caso daquelas as quais se busca unicamente reforçar a marca – para a própria conceituação da “publicidade comercial” (v. Capítulo 1), há de se envolver a necessária atividade comercial e a intenção de lucro (mediato ou imediato).

Por isso, conforme muito bem abordado por Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹⁵², é inegável a conformidade em atividade econômica da “publicidade comercial”, mas que ao mesmo tempo são expressões de arte, “consubstanciando-se em retrato cultural, crítico ou descritivo do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade”.

¹⁵¹ RAMOS, Saulo. Liberdade de informação e propaganda. In: CONAR. *op. cit.* p. 13-20.

¹⁵² MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 37-39.

Logo, em se tratando de “publicidade comercial”, respeitado o entendimento contrário – dentre eles de Antônio Herman V. Benjamin¹⁵³ - de que a ela não se aplicam os preceitos da liberdade de expressão, sob o prisma do diálogo das fontes, e da interpretação sistemática da Carta da República Federativa do Brasil e do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor (estatal e autorregulamentar), existe, sim, a incidência da “liberdade de expressão” quanto a ser garantida a veiculação de toda e qualquer peça publicitária (independente da mídia utilizada) sem prévia censura ou controle, público ou privado, estando submetida *a posteriori* à regulação em vistas de demais normas ou princípios.

Neste tocante, está descaracterizada toda e qualquer vocação artística que poderia ser alegada para fins de atribuição ao princípio constitucional da liberdade de expressão atividade publicitária, pois que a “publicidade comercial” nada mais é que um (eficaz) instrumento de *marketing* para o estímulo do consumo, estando portanto submetida à regulação plena a partir do momento em que é veiculada, não assumindo a imunidade constitucional a exemplo das expressões políticas, artísticas ou ideológicas garantidas ao cidadão.

4.3 Formas de regulação

Conforme já antecipado no começo do presente capítulo, a matéria “regulação publicitária” compreende inúmeros debates, pois que se por um lado há de se proteger a parte vulnerável da relação de consumo – o consumidor-expectador – por outro não se pode restringir sobremaneira a liberdade de expressão, e a livre iniciativa privada mediante anúncios dos produtos/serviços ofertados.

Porém, superada está a discussão acerca da necessidade da existência da regulação, conforme já acima descrito, sendo agora tópico da discussão a forma a qual será esta exercida, isto é, o sujeito a quem caberá exercer a tarefa de disciplinar a matéria¹⁵⁴.

Existem, basicamente, três modelos para o exercício da regulação: exclusivamente privado (autorregulação); exclusivamente estatal (regulação estatal); e o sistema misto, em que existem elementos de ambas as formas anteriores.

¹⁵³ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 54-57.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *op. cit.* p. 228.

A escolha do ordenamento jurídico brasileiro foi pelo sistema misto – assim como boa parte dos países do mundo¹⁵⁵ - pois que realizado por agentes particulares, com intervenções pontuais do ente estatal, garantindo, assim, o aproveitamento máximo das vantagens de cada um dos sistemas e minimizando suas grandes falhas.

4.3.1 O controle exclusivamente privado

O controle exclusivamente privado da atividade publicitária, conforme o nome sugere, é exercido pelos próprios agentes os quais veiculam e se beneficiam dos efeitos da publicidade, sem que haja qualquer intervenção estatal para tanto.

Também denominado de sistema autorregulamentar, ético¹⁵⁶ ou controle interno¹⁵⁷, esta forma de controle da atividade publicitária visa justamente garantir determinados padrões (mínimos) éticos dentre seus agentes, de maneira a preservar a boa imagem do ramo nos termos do artigo 8º do Código Brasileiro de Autorregulamentação publicitária¹⁵⁸.

Além deste papel ético e de preservação dos valores da classe, há de se acrescentar, conforme mencionado por Adalberto Pasqualotto¹⁵⁹, que a reunião dos agentes privados para este fim também é uma forma a impedir a ingerência estatal, a qual pode vir a ser um empecilho tendo em conta as limitações impostas por tal fato.

Por excelência, o controle privado da atividade publicitária é exercido, no Brasil, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR – o qual é uma associação civil, sem fins lucrativos (art. 1º de seu Estatuto Social), e que tem por finalidades (art. 5º):

¹⁵⁵ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 41.

¹⁵⁶ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *op. cit.* p. 243.

¹⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. *O controle jurídico da publicidade. op. cit.* p. 49.

¹⁵⁸ Art. 8º O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

¹⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. *op. cit.* p. 68-69.

- 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 judicante 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.

Em suma, além de funcionar como uma entidade que estabelece padrões éticos a serem seguidos pelos profissionais da publicidade, também exerce função julgadora (mediante o Conselho de Ética) e de órgão consultivo.

O quadro social do CONAR é formado por entidades representativas das agências de publicidade, veículos de comunicação e anunciantes, e também, isoladamente, pelas próprias agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda ou por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica que tenham por fim a defesa do consumidor (art. 8º).

Esta associação tem natureza contratual (mediante ficha-proposta), e implica concordar com as normas do CONAR – em especial ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – e a acatar as decisões do Conselho de Ética, o qual é o órgão julgador das representações éticas propostas em vistas das infrações ao CBAP.

O Conselho de Ética, órgão julgador do sistema autorregulamentar brasileiro cujas entidades associadas estão vinculadas contratualmente, é um composto plurisubjetivo no qual, à proporção estipulada no estatuto social (art. 40) abarca representantes dos mais diversos associados – além de 24 (vinte e quatro) representantes da sociedade civil – os quais terão mandatos de dois anos.

O processo ético, que se divide em processo investigatório e processo contencioso, tem rito simplificado o qual prima pela celeridade de processamento, previsto no Regimento Interno do Conselho de Ética – RICE – e é um instrumento que garante vantagem a esta forma de regulação da atividade publicitária justamente por conceber a rápida resolução da demanda por julgadores especializados no tema¹⁶⁰.

Caso não seja o caso do arquivamento da representação, poderá o Conselho de Ética aplicar as seguintes sanções (vide Art. 27 do RICE): a) advertência ao anunciante e a sua agência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; e d) divulgação pública da posição do CONAR, na forma prevista no Estatuto Social e Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Poderá ser alvo de medida liminar a decisão nos termos do permissivo Art. 29 e seguintes do Regimento Interno do Conselho de Ética, e do Art. 50 do Estatuto Social.

Além da celeridade e especialização, também é possível citar a gratuidade para o consumidor, bem como o grande peso moral o qual as decisões possuem frente aos associados¹⁶¹, os quais escolheram voluntariamente aderir por meio de contrato às regras do controle exclusivamente privado (e que, sem prejuízo, pode ser executado em via judicial caso haja o descumprimento contratual por alguma parte). Segundo Mário Frota¹⁶², também há de se citar a grande economia por parte do ente estatal o qual deixará de destinar verbas públicas para o controle e fiscalização da atividade, podendo revertê-las para outros fins; e, ao inverso, a economia por parte dos contribuintes em relação a eventuais taxas a serem pagas em detrimento do exercício do poder de polícia estatal.

As desvantagens usualmente abordadas em sede doutrinária são, como não poderia deixar de sê-las, a falta de coercitividade da regulação exclusivamente privada, uma vez que o poder da força é reservado unicamente ao Estado¹⁶³. Também é explicitado o fato de que as decisões proferidas pelo órgão julgador do sistema autorregulamentar vincula apenas aqueles previamente associados, não alcançando a sociedade como um todo – o que também vale para as normas editadas em âmbito particular – uma vez que não possuem o

¹⁶⁰ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *op. cit.* p. 246.

¹⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 50.

¹⁶² FROTA, Mário. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 42-51, número especial. 1992.p. 47.

¹⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 51.

alcance da decisão estatal, ou da edição de leis, que se primam a garantir a extensão geral e abstrata¹⁶⁴.

Porém, em que pese grande parte dos escritores que insistem em mistificar a plena proteção do consumidor unicamente pela regulação exclusivamente privada, e que esta se mostra ineficiente necessitando-se da regulação estatal –sendo esta, portanto, mais efetiva – na prática verifica-se que esta forma de regulação possui eficiência ímpar quando do acatamento das decisões proferidas pelo Conselho de Ética.

Segundo citado por Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹⁶⁵, o presidente do CONAR, Gilberto Leifert, em palestra proferida afirmou que ao longo da existência da entidade – surgida em 1980 – apenas 07 (sete) decisões não foram acatadas e tiveram as suas apreciações submetidas ao Poder Judiciário, as quais foram todas confirmadas, denotando que os julgamentos, de fato, exercem grande força moral sobre aqueles os quais voluntariamente aderiram à associação autorreguladora de publicidade.

Porém, novamente reiterando a desvantagem já citada, de fato o controle autorregulamentar não abrange de maneira ampla a proteção necessária que deve ser dispensada ao consumidor, por exemplo mediante o exercício do “poder de polícia” com a imposição de multas¹⁶⁶, o que lhe atribui eficácia limitada, pois que se observa que apesar da proteção reflexa ao consumidor, a preocupação maior se dá em relação aos valores éticos próprios à atividade, e a uma maior valoração do ramo. E, em razão disto, essa carência de regras específicas relativas aos consumidores – disposições de ordem pública – somente poderá ser sanada mediante a regulação estatal.

4.3.1.1 Do Conselho de Ética e do Processo Ético

Conforme já acima delineado, a regulação publicitária privada é exercida no âmbito do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), seja através da edição de normas de cunho ético, seja através da instauração de um processo de jurisdição privada no âmbito do denominado Conselho de Ética.

¹⁶⁴ Neste sentido: BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 51.; MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *op. cit.* p. 246; e FROTA, Mário. *op. cit.* p. 47.

¹⁶⁵ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 43.

¹⁶⁶ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p.43.

Previsto no estatuto social da entidade (art. 40), o Conselho de Ética é um órgão paritário de julgamento e deliberação no que toca ao cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual é formado pelo Presidente e 2º Vice-Presidente do CONAR, pelos Presidentes das Câmaras e pelos membros titulares e em igual número de suplentes, sendo: i) 24 (vinte e quatro) representantes da sociedade civil, recrutados entre pessoas de reputação ilibada, escolhidas pelo Conselho Superior (órgão supremo de deliberação e administração do CONAR, previsto no art. 30 e ss. do Estatuto Social); ii) 08 (oito) representantes designados pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda; iii) 16 (dezesesseis) representantes designados pela Associação Brasileira de Anunciantes; iv) 08 (oito) representantes designados pela Associação Nacional de Jornais; v) 08 (oito) representantes designados pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; vi) 08 (oito) representantes designados pela Associação Nacional de Editores de Revistas; vii) 02 (dois) representantes designados pela Central de Outdoors; viii) 08 (oito) representantes de entidades nacionais ou regionais de profissionais de propaganda a serem nomeados pelo Presidente do CONAR através da escolha por lista múltipla por elas enviada; ix) 08 (oito) profissionais de criação designados pelo Presidente do CONAR, dentre aqueles que respeitaram os preceitos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária; x) 02 (dois) representantes indicados pelo InteractiveAdvertising Bureau/Brasil (IAB); xi) 02 (dois) representantes da televisão por assinatura designados pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA); e, xii) 02 (dois) representantes da mídia de cinema designados pela Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas (FNEEC).

Os mandatos dos membros do Conselho de Ética pertencem às entidades fundadoras que os tenham designado e terão duração de 02 (dois) anos, coincidentes com o mandato do Presidente do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), conforme o art. 40 do Estatuto Social.

O art. 41 do mesmo diploma privado dispõe acerca das pessoas que estão impedidas de participar do Conselho de Ética, e o artigo subsequente suas competências, as quais são basicamente o exercício de receber e processar representações por infrações ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP); a atuação como mediador entre os associados; a aplicação das medidas previstas no CBAP; e aprovar súmulas de jurisprudência firmada.

Usualmente, será o feito processado originariamente em uma das Câmaras do Conselho de Ética, cabendo recurso ordinário à Câmara Especial de Recursos, e recurso extraordinário ao plenário, matéria essa disposta no art. 40 e seguintes do Regimento Interno do Conselho de Ética (RICE).

O processo ético em si é informado pelos critérios da simplicidade, economia processual e simplicidade, não sendo um ato privativo de advogado (art. 13, §1º do RICE), não podendo ser retirado das dependências do CONAR e apenas sendo possível às partes legítimas extrair cópias deles (art. 13, §2º, RICE), assegurado – sempre – amplo direito de defesa¹⁶⁷.

O processo ético poderá ser investigatório ou contencioso, a depender – conforme o próprio nome sugere – da finalidade a qual se presta sua instauração.

O processo ético investigatório tem como objetivo verificar eventual transgressão ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a sanar dúvidas acerca de anúncio ou a investigar elementos indispensáveis ao conhecimento da causa (art. 15, §1º do RICE). A legitimidade para sua instauração é através do despacho do Presidente do CONAR, de ofício ou provocado (pelo membro do Conselho Superior, Diretor Executivo ou Associado). Poderá ser convertido em processo ético contencioso ou, caso não sejam verificadas quaisquer irregularidades, ao arquivo (art. 16, RICE).

Há de se observar que o processo ético investigatório não abarca qualquer defesa efetiva aos direitos dos consumidores, pois que, além de não ser de seu feitio aplicar quaisquer sanções éticas por parte do Conselho de Ética, sequer poderá ser ele instaurado por provocação de grupos de consumidores.

Diferentemente, o processo ético contencioso poderá ser instaurado por representação escrita, além daqueles legítimos para o processo ético investigatório, por grupo de consumidores¹⁶⁸ ou ainda de ofício inspirados em queixas de consumidores individualmente concebidos (art. 17, §2º), o que lhe garante maior efetividade para proteção aos direitos dos consumidores que porventura se sentiram lesados.

¹⁶⁷ Tal direito à ampla defesa vem previsto expressamente no *caput* do art. 13 do Regimento Interno do Conselho de Ética, em consonância ao que se refere ao princípio constitucional do processo estatal (judicial ou administrativo) no art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁸ Que por força do art 17, §4º do Regimento Interno do Conselho de Ética, considerar-se-á “grupo de consumidores” – em defesa de direito difuso – a representação subscrita por pelo menos 07 (sete) consumidores.

Os processos éticos investigatório e contencioso também se diferenciam no que se relaciona ao sigilo processual: o primeiro sempre correrá em rito sigiloso (art. 21, RICE); enquanto ao outro, apenas será atribuído o sigilo em caráter de exceção atendidos determinados requisitos¹⁶⁹ dos incisos do art. 22 do Regimento Interno do Conselho de Ética.

Após instaurado o processo ético, é ele processado nos conformes dos artigos 18 e 19, os quais se principiam por despacho de deferimento do Presidente do CONAR, passando pela Secretaria Executiva a qual designará a Câmara para julgamento, em que, já no âmbito do “juiz natural” da causa, será designado um relator pelo Presidente da Câmara.

A defesa deverá ser apresentada no prazo de 05 (cinco) dias contados da juntada aos autos de documento que comprove a citação (art. 20, *caput*, do RICE), a qual será realizada em uma das hipóteses do art. 19, §3º, e caso não a seja apresentada sofrerá as penas equivalentes à revelia prevista no código de processo civil, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo¹⁷⁰.

Superada a fase de apresentação de defesa, por força estatutária – e em conformidade aos preceitos do processo civil moderno¹⁷¹, no que toca ao papel do juiz – o Presidente da Câmara ou o Conselheiro relator poderão a qualquer tempo tentar promover a conciliação das partes em litígio no processo ético contencioso, ressalvando de que o ato não inibirá a iniciativa do CONAR em face de infração ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 24, RICE).

A Secretaria Executiva exercerá a função saneadora, certificando se o procedimento administrativo privado está em conformidade formal e material, e que após fará conclusão do processo ao relator designado.

Assim como no processo judicial civil, o Regimento Interno do Conselho de Ética prevê causas de “impedimentos éticos” no artigo 28, o qual é análogo às situações de impedimento e suspeição dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁹ Conforme os incisos do art. 22 do RICE: i) a necessidade de proteção de segredo industrial ou estratégia mercadológica; ii) a revelação do conteúdo do processo não aproveitar diretamente os consumidores; e iii) o compromisso dos responsáveis pelo anúncio em suspendê-lo voluntariamente até o trânsito em julgado.

¹⁷⁰ Feita a ressalva do parágrafo subsequente de que caso o anunciante ou veículo de comunicação alegue erro material de citação, poderá exercer normalmente seu direito de (ampla) defesa independente do andamento processual.

¹⁷¹ Neste sentido, o artigo 125, IV, o qual atribuiu ao juiz o papel de “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”.

Os julgamentos serão realizados em sessões previamente estipuladas em datas do calendário anual do Conselho de Ética, ou extraordinariamente mediante a convocação do Presidente do CONAR ou de uma das Câmaras (art. 35). Em marco temporal anterior às sessões de julgamento, é prevista a possibilidade de concessão de medida liminar, excepcionalmente, em razão da função judicante exercida pelo relator – *ad referendum* da Câmara ou Plenário, a depender do caso – no sentido a recomendar a sustação imediata do anúncio publicitário, observados os requisitos do artigo 30¹⁷² os quais configuram hipóteses de medida de urgência, como por exemplo em razão de implicar grave risco ou prejuízo ao consumidor.

Retornando à linha do tempo em que se fala acerca da sessão de julgamento, a ordem de votos obedecerá a regra do artigo 36, §4º, principiando-se pelo relator e prosseguindo aos conselheiros na medida em que a solicitarem. Denominar-se-á “acórdão” a decisão proferida em sede da Câmara do Conselho de Ética (art. 37, RICE).

A exemplo do procedimento em “primeira instância”, por assim dizer, em sede recursal também há as características da simplicidade e celeridade, além do fato de se atribuir grande eficácia ao acórdão do órgão *a quo* uma vez que a interposição de recurso não suspenderá a execução do decidido (art. 43, *caput*, do RICE) na maioria dos casos, apenas se configurada uma das hipóteses do §1º, obedecidas as excludentes do §2º do mesmo artigo 43¹⁷³.

¹⁷² i) Houver justo receio de que a reprovação do anúncio – ao tempo do julgamento pela Câmara ou pelo Plenário – possa resultar ineficaz; ii) A infração ética configurar flagrante abuso da liberdade de expressão comercial, ou provocar clamor social capaz de desabonar a ética da atividade publicitária, ou possa implicar grave risco ou prejuízo do consumidor.; iii) A infração ética imputada ao anúncio for objeto de súmula de jurisprudência do CONAR; iv) O anúncio, já reprovado pelo Conselho de Ética, voltar a ser veiculado, ainda que com variações e apresente a(s) mesma(s) infração(ões) que lhe tenha(m) sido imputada(s).

¹⁷³ Artigo 43 – Os Recursos Ordinários e Extraordinários não suspenderão a execução do decidido. § 1º – Os Presidentes da Câmara Especial de Recursos e do Plenário poderão, excepcionalmente, conferir ao Recurso o efeito suspensivo. Essa decisão, além das razões que justifiquem a excepcionalidade da medida, deverá invocar ao menos 2 (duas) das condições enunciadas a seguir:

a – pertencer o recorrente ao quadro associativo do CONAR há mais de um ano;

b – não ter sido unânime a decisão recorrida;

c – envolver, a matéria questionada, aspectos relativos a publicidade abusiva.

§ 2º – Ainda que presentes as condições exigidas no “caput”, o efeito suspensivo não poderá ser conferido quando:

a – Alteração ou a Sustação recomendada tenha decorrido de infração literal a normativo disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária ou a Súmula de Jurisprudência do CONAR;

b – persistirem as razões invocadas no artigo 30, deste Regimento;

c – o interessado, direta ou indiretamente, seu anúncio, produto, serviço ou causa institucional já tenham merecido Divulgação Pública transitada em julgado ou constar dos autos ou dos assentamentos do CONAR que o interessado não faz jus à regalia regimental em face de sua relutância em enquadrar-se à ética publicitária.

As decisões proferidas pelos colegiados em sede de uma das Câmaras do Conselho de Ética, da Câmara Especial de Recursos ou do Plenário do Conselho de ética, são praticadas pela maioria simples, por força do artigo 46 do Estatuto Social do CONAR.

Em linhas gerais, foi apresentada a estrutura do Conselho de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária bem como o procedimento do processo ético – seja ele investigatório ou contencioso – e que, no que pese não possuir ele características de jurisdição estatal (judicial ou administrativa), é ele informado pelos princípios do contraditório e ampla defesa, é um instrumento ágil, simplificado e barato para a resolução das demandas, e que a experiência comprova a real eficácia de suas decisões mesmo que sem o atributo *coertio*, próprio das entidades estatais.

4.3.2 Controle exclusivamente estatal

Ao contrário do acima exposto, o controle estatal é aquele exercido pelo Estado sob a égide do “poder de polícia”, mediante a utilização de seus princípios e características próprios, dos quais se cite o princípio da legalidade e a possibilidade do uso da força (*coertio*) para fazer valer suas decisões.

Também denominado de sistema público, governamental¹⁷⁴ ou controle externo¹⁷⁵, a forma de controle da atividade publicitária estatal se baseia na promulgação de disposições de ordem pública (art. 1º do Microsistema do Código de Defesa do Consumidor), em eventual julgamento por parte das instâncias do Poder Judiciário, e pela fiscalização e polícia de entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor¹⁷⁶.

Neste sentido, sob o ponto de vista da regulação exclusivamente privada, a controle estatal visa proteger outros valores que não aqueles envolvendo a ética e valorização da profissão, mas sim tendo em vistas, sobremaneira considerando o contexto de um Estado Democrático de Direito, à proteção do consumidor vulnerável.

Sobre este tocante, há de se destacar a sua grande efetividade quando do ressarcimento do dano ao consumidor quando da veiculação da publicidade, o que não é

¹⁷⁴ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. *op. cit.* p. 247.

¹⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.* p. 51.

¹⁷⁶ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 45.

verificável no controle exclusivamente privado, bem como a força coercitiva necessária para fazer valer a ordem de, por exemplo, desveicular determinada peça publicitária.

Entretanto, cite-se as desvantagens quanto aos altos custos sociais provocados pela ingerência estatal tanto no que toca aos gastos com pagamento de taxas judiciárias ou de poder de polícia, e a lentidão burocrática – mormente relativas à obediência dos princípios da administração pública as quais pregam a legalidade, transparência, etc. – e a carência por acompanhar as rápidas mudanças da sociedade.

4.3.3 Controle misto

Conforme já dito, é o controle adotado no Brasil e na maior parte dos outros países do mundo, pois que, indubitavelmente, se mostra o mais eficiente.

A razão de tal afirmativa é a combinação das duas formas de controle previamente elencadas – o controle exclusivamente privado e o controle exclusivamente estatal – que quando juntos somam suas qualidades (vantagens) e anulam suas desvantagens, garantindo tanto a maior proteção ao consumidor vulnerável (motivo maior para a regulação publicitária), quanto a valorização da classe dos profissionais da publicidade.

Capítulo 5 – O tratamento da publicidade abusiva que desrespeita o “princípio geral da decência” no âmbito do autorregulamentar

5.1 A construção do sistema autorregulamentar pautado em princípios gerais

A palavra “Decência”, prevista como uma das formas de abusividade publicitária no artigo 22 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária juntamente ao genérico artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, que apesar de serem normas de naturezas distintas (estatal e privada), se complementam para a maior e mais efetiva proteção ao consumidor-expectador vulnerável.

A construção de um microssistema de proteção ao consumidor baseado – além do que toca ao objeto do presente estudo “Decência” – em conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais de conduta ética, permite que o próprio sistema se adapte às mudanças sociais sem a necessidade de intervenção legiferante, estatal ou privada, garantindo-lhe legitimidade e atualidade do dispositivo normativo às realidades da sociedade que se alteram diuturnamente.

Em brevíssimo escorço histórico, partindo como marco temporal os Estados absolutistas europeus do século XVI e XVII, o movimento iluminista representado pelas Revoluções Americana e, sobretudo, Francesa impuseram novos paradigmas à organização social da época. Dentre eles, é possível citar o movimento das codificações, em que se superou o modelo adotado anteriormente (em que o soberano ditava as leis) mediante a formulação das hipóteses legais presentes nos grandes códigos.

Procuravam os jusfilósofos e legisladores à época impor maior certeza e garantias de aplicação da lei, e o conseqüente ideário de justiça, sob a idéia de que caberia ao Estado-juiz um simples exercício de subsunção da hipótese geral e abstrata (*fattispecie*) ao caso concreto, também denominada técnica da casuística¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Neste sentido: COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais: doutrina civil*, São Paulo, a. 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.p. 24-27.; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*(trad. de J. Baptista Machado). 8. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 205-208.

Pouco a pouco, entretanto, a experiência demonstrou que não se fazia possível prescrever nas hipóteses normativas todos os fatos da vida, e quiçá acompanhar as evoluções sociais, que se à época ainda eram um pouco mais vagarosas, hoje são exponencialmente mais rápidas, em muito por conta dos meios de comunicação.

E neste contexto se insere a publicidade comercial, a qual tem regulada as suas formas viciadas em dois tipos: enganosa e abusiva. Especialmente no que toca à forma viciada de publicidade denominada “abusiva”, verifica-se que os legisladores ordinário e autorregulamentar adotaram um sistema repleto de expressões vagas.

Partindo deste dado, o doutrinador Karl Engisch¹⁷⁸ distingue os modos de expressão de tal técnica legislativa, as quais se mostram como de maior relevância ao tema o “conceito jurídico indeterminado”.

O autor começa por descrever que na seara do direito, são raros os conceitos absolutamente determinados, e que nesses casos o são, geralmente, conceitos numéricos (exatos, objetivos)¹⁷⁹. Portanto, em larga escala, os mandamentos legais (estatal e autorregulamentar), por serem palavras – e não números – possuem grandes quantidades dos denominados conceitos jurídicos indeterminados.

Embora reconhecido por Karl Engisch que se trata de um conceito cujo conteúdo e extensão sejam, em larga medida, incertos¹⁸⁰ há de se reconhecer que para a sua interpretação, existe um *núcleo* conceitual determinado, permeado por um *halo* indeterminado.

Acerca do tema, o qual é tratado sob a nomenclatura “princípios gerais” no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a incidência do linguajar característico próprio da construção da norma-princípio (v. Capítulo 2), adicionado ao núcleo de significância do comando normativo, se adestram a clara vagueza que será interpretada a cada caso, diferentemente da denominada “casuística”.

“Casuística” é “aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”¹⁸¹. Portanto, são os comandos normativos que se valem da utilização da linguagem descritiva pormenorizadamente, abrindo

¹⁷⁸ *Idem ibidem.*

¹⁷⁹ *Idem ibidem.*

¹⁸⁰ *Idem ibidem.*

¹⁸¹ ENGISCH, Karl. *op. cit.* p. 228.

margem a uma interpretação mais restrita. Por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível atribuir como “casuística” o método utilizado para tipificação das condutas na parte especial do Código Penal.

Por outro lado, o denominado “princípio geral da decência” (art. 22 do CBAP), adota um critério prescritivo com maior vagueza e utilização de linguagem carregada por conceito jurídico indeterminado como chave, o qual graça a sua generalidade e vagueza torna possível sujeitar um mais vasto grupo de situações. Para mais bem ilustrar, transcreve-se o artigo 22 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Art. 22. Os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir.

Há de se ressaltar, que o denominado no diploma privado autorregulamentar “princípio geral da decência” é, conforme já acima mencionado, precioso instrumento para o ordenamento jurídico na qual se insere, bem como para a Ciência do Direito em si considerada, no tocante à abertura para a constante adaptabilidade da legislação quando de sua interpretação, somada – consequentemente – à qualidade e atualidade das decisões¹⁸².

Conforme Karl Larenz¹⁸³ corretamente expõe é impossível traçar objetivamente parâmetros de decisões “absolutamente corretas” no sentido a serem definitivas, como válidas a todas as épocas. Nunca são definitivas as decisões, apoiadas em legislação, pois que a variedade “inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões.”¹⁸⁴.

O autor prossegue, em afirmação categórica, de que “Toda a interpretação da lei está, até certo ponto, condicionado pela época.”¹⁸⁵, e que caberá ao intérprete e aplicador da lei – seja no âmbito estatal ou autorregulamentar – seguir a par e passo cada tendência da

¹⁸² Neste sentido, o Capítulo 2 da presente tese já elucidou a importância das “normas-princípio” para a sistemática de um ordenamento jurídico.

¹⁸³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (trad. de José Lamego). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

¹⁸⁴ LARENZ, Karl. *op. cit.* p. 443.

¹⁸⁵ *Idem ibidem.* p. 443.

época ou, até mesmo, da moda, valores éticos, ideários midiaticamente criados (através de telenovelas, por exemplo).

Poder-se-ia levantar a discussão que um determinado sistema que se baseia em “princípios gerais” dotado em seu núcleo de significação por “conceitos jurídicos indeterminados” amarga grande insegurança jurídica, pois que não seria verificado um limiar constante decisório, ou quando da aplicação do direito¹⁸⁶.

Porém, no que pese tal afirmação, há de se reconhecer que a abordagem está pautada na verificação da hipótese de incidência da qualificação de uma publicidade comercial quanto a ser “abusiva”, em especial sob o critério da “decência”. Para a aplicação de sanções, o sistema reserva dispositivos os quais comportam a técnica acima delineada “casuística”, como por exemplo os arts. 14 e 15 do Estatuto Social do CONAR ou em sede de regulação estatal os artigos 55 a 80 do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, constata-se que as mais diversas decisões do Conselho de Ética formam sólido repertório jurisprudencial, que não abrem margem a uma completa insegurança jurídica em razão das representações (Processos Éticos) se pautarem em infrações aos “princípios gerais” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Por isso, a legislação publicitária autorregulamentar acertadamente adota em sua maioria regras de conduta ético-profissionais baseadas em “princípios gerais” (Capítulo II do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária) que a deixam imune a se tornar anacrônica, sendo possível aplicá-la/interpretá-la de maneira diferente em relação ao mesmo caso concreto, se constatável que se localizam em contextos sociais, econômicos e filosóficos diferentes.

5.2 Da “decência” como conceito jurídico indeterminado

Segundo o dicionário HOUAISS¹⁸⁷, decência é:

¹⁸⁶ COSTA, Judith Martins. *op. cit.* p. 48.

¹⁸⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 918.

1. Conformidade com os padrões morais e éticos da sociedade; dignidade, correção, decoro.
2. Conformidade com o que se espera de sua apresentação, qualidade, utilidade, etc.
3. Atitude de modéstia; honradez, honestidade.

Conforme é possível se depreender, não se trata de um elemento objetivamente identificável, a exemplo da já citada “publicidade enganosa” (v. Capítulo 3) na qual incorre a peça publicitária em determinada ação (comissiva ou omissiva) que possa ter a aptidão a induzir o consumidor em erro, capturando-o, portanto, de forma viciada.

Característica comum às demais publicidades viciadas denominadas “abusivas”, há de se considerar que está incutido em seu centro de significação, conforme acima mencionado, conceitos jurídicos indeterminados, os quais o legislador estatal e autorregulamentar – em técnica legislativa – tratou mediante a exemplificação de certas condutas “abusivas”, dentre as quais está que deverá a publicidade obedecer um “princípio geral da decência”.

A peça de publicidade comercial veiculada através de um veículo de comunicação (mídia) adquire o imperativo legal principiológico, seja através da interpretação estrita do diploma autorregulamentar (CBAP, art. 22) ou em razão da interpretação sistemática do ordenamento jurídico estatal (especialmente em relação ao Microsistema de Defesa do Consumidor, e à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), que possui como núcleo de significação o conceito jurídico indeterminado “decência”, a qual é definida como a obediência à moral e aos bons costumes, comumente aceitos socialmente.

Definir, *in abstracto*, o que seria “moral” ou “bons costumes” é tarefa de difícil (impossível) realização, que mesmo os jusfilósofos não possuem a fórmula pronta e definitiva, válida atemporalmente.

Para Hans Kelsen¹⁸⁸, em sua obra mais conhecida, ao desenvolver uma teoria pura do direito reconhece que é difícil desvincular a influência de outra norma social denominada “moral” quando da feitura de um comando *abstracto* imperativo, a qual equipara moral ao conceito de “justiça”.

Prossegue o autor elencando que uma das diferenças primordiais entre “direito” e “moral” é o caráter coercitivo que aquele possui – até mesmo por conta de sua

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 67.

origem legislativa ou decisória – em relação a esta¹⁸⁹, bem como quanto ao fato de que existe a complicação de se conceber um “valor moral absoluto” – o qual em raciocínio de Hans Kelsen, apenas seria concebível mediante a religião em razão da autoridade espiritual – pois que¹⁹⁰

Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.

O Brasil, na condição de país com dimensões continentais, o qual constitui um “caldeirão de povos” – em razão das imigrações, miscigenação das mais diversas etnias, culturas, etc. – possui um entrave ainda mais desafiador nesse tocante de definir um – e apenas um – valor moral absoluto.

Posto isso, ainda há de se somar o tocante à publicidade comercial que, desde logo quando da veiculação da peça publicitária por um veículo de comunicação/mídia, adquire instantaneamente o caráter “público”, no qual o acesso dos mais variados consumidores-expectadores não é passível de verificação exata e objetiva.

Por mais que a presente tese trate de um diploma privado de natureza autorregulamentar (Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária) desprovido de poder coercitivo ligado às legislações estatais, como já verificado (v. Capítulo 4), as decisões proferidas no âmbito do Conselho de Ética do CONAR possuem tamanho grau de vinculação, aliado ao fato que o CBAP é instrumento o qual vem a acrescentar o Microsistema Protetivo do Consumidor estatal, que no que pese serem os mecanismos autorregulamentares do sistema misto de regulação publicitária brasileiro desprovidos da *coertio*, para todos os efeitos, pode-se afirmar que agrupam comandos “de direito” para a matéria.

Diante da soma das questões suscitadas, isto é, da problemática da conceituação de “decência” (moral), das características próprias do Brasil (“caldeirão de povos”) e do caráter público e difuso adquirido pela peça publicitária após sua veiculação,

¹⁸⁹*Idem ibidem*. p. 71.

¹⁹⁰*Idem ibidem*. p. 73.

com base em quais critérios é possível o julgador (em especial, o autorregulamentar) se pautar para que obtenha a decisão mais justa e condizente ao caso concreto?

Primeiramente, conforme já mencionado nesta tese (v. Capítulo 4), a prática da regulação da publicidade no Brasil – tanto no que toca à estatal ou autorregulamentar – é apenas exercitada *a posteriori*, isto é, não existe sob nenhuma forma o impedimento da veiculação da peça publicitária em caráter de censura, pois que protegida pelo princípio constitucional da “liberdade de expressão” até o momento em que se torna pública, apenas será aferível a ilicitude da publicidade comercial após a sua exposição ao consumidor-expectador.

Portanto, o “princípio geral da decência” a qual deve se pautar toda publicidade não é uma fórmula pronta e acabada, a qual o intérprete poderá se basear dantes da veiculação da peça publicitária. Será ela aferível, deste modo, tão logo seja colocada em cheque a licitude da publicidade mediante sua legítima representação no Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a qual, como já visto, é gratuita, célere e garante alta representatividade e legitimidade.

Inclusive neste tocante, há de se mencionar que o “princípio geral da decência” passa pelo crivo dos criadores do anúncio publicitário antes que seja remetido ao veículo de comunicação/mídia para sua veiculação. Conforme Armando Sant’anna¹⁹¹, uma das diferenças do publicitário para o vendedor é que na medida em que o vendedor cuida com um consumidor típico e individual, o publicitário irá lidar com uma fatia do mercado (público-alvo) em termos de massa, o que lhe atribui maior responsabilidade moral em veicular apenas aquilo o qual considere o mais eficiente para sua atividade.

Ou seja, mesmo que se tenha por conta que a publicidade será veiculada para o público em geral, será ela formulada tendo em vistas um conhecimento prévio do publicitário em relação ao seu público-alvo¹⁹², tendo por conta: as necessidades básicas, desejos e paixões, hábitos que motivam as comprar, veículo de comunicação escolhido, etc.

Leva-se em consideração tal estudo sociológico do mercado por conta do agente da publicidade para, de maneira mais eficiente, ser apto a impulsionar a que se chama

¹⁹¹ SANT’ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 4. reimpr. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 88.

¹⁹² *Idem ibidem*. p. 88.

em linguajar da ciência do *marketing* “molas da ação humana”¹⁹³, assim compreendida como o conhecimento psicológico e social que de certa maneira realiza a movimentação da força motriz para a quebra do *statusquo* do consumidor e o faça adquirir o bem (produto ou serviço).

Neste sentido, além do método utilizado quando da criação da peça publicitária, talvez mais importante seja a pesquisa prévia pelo profissional da publicidade acerca dos melhores meios de comunicação aptos a levarem ao conhecimento do consumidor-padrão (público-alvo) o anúncio, despertando-lhe o desejo (ou reforçá-lo) em relação ao que se anuncia¹⁹⁴.

O já citado publicitário Armando Sant’anna¹⁹⁵ explora o tema argumentando o chamado “princípio da canalização”, na qual maior será a eficiência da publicidade na medida em que o veículo de comunicação espelhar o público alvo o qual se deseja atingir com a publicidade, pois que o “impacto” causado sobre o público-alvo será quanto maior seja o perfil dos usuais compradores do bem (produto ou serviço).

Mediante o levantamento desta discussão, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹⁹⁶ expõe com clareza e muita razão as vantagens e dificuldades dos meios de sondagem como recurso para a definição do caráter abusivo da publicidade, para que seja evitado o extremo subjetivismo por parte do julgador.

Como vantagens apontadas, indubitavelmente, reside no fato de que seria trazido ao conhecimento do órgão julgador dados objetivos (percentagens com base em um espaço amostral) segundo os quais – no caso da discussão do apelo por parte de grupos de consumidores – seria aferido da maneira a mais democrática, envolvendo o mínimo possível a subjetividade julgadora¹⁹⁷.

Entretanto, tais meios de sondagem mediante pesquisas estatísticas criam grandes problemas no tocante ao custo, tempo e garantia do contraditório na produção de tal prova¹⁹⁸, o que lhe garantiria pouca efetividade se, por exemplo, tivesse a medida que ser

¹⁹³ *Idem ibidem*. p. 88-90.

¹⁹⁴ *Idem ibidem*. p. 90-98.

¹⁹⁵ *Idem ibidem*. p. 201.

¹⁹⁶ MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *op. cit.* p. 197-202.

¹⁹⁷ *Idem ibidem*.

¹⁹⁸ *Idem ibidem*. p. 199.

tomada em caráter liminar, ou ainda perderia a eficácia se verificada a delonga no tempo a sua realização.

Além disso, deverá o julgador se basear em qual percentagem para que seja considerada abusiva ou não a publicidade sob o critério da decência? Ao mesmo tempo em que se deve assegurar o direito de minorias, para a efetiva proteção da democracia em um Estado Democrático de Direito, também não há de se favorecer uma minoria que abarque apenas aqueles que não sejam aptos a demonstrar o potencial abusivo dentre os consumidores médios, sendo apenas uma minoria desavisada¹⁹⁹.

Por isso, deverá o órgão julgador autorregulamentar, utilizando-se de sua técnica inata – considerando seus membros especializados na matéria – para fazer valer os objetivos constantes no Código de Defesa do Consumidor, em especial no tocante à harmonização dos interesses dos participantes na relação de consumo (art. 4, III), tendo em conta a boa-fé objetiva a qual deve permear por toda a relação pré-contratual, que poderá variar caso a caso, porém sempre considerando que o “princípio geral da decência” deverá por se analisar: a peça publicitária em si considerada; o público-alvo a qual é dirigida; e o veículo midiático escolhido para tanto.

5.3 Da análise jurisprudencial no âmbito do Conselho de Ética do CONAR

Primeiramente, há de se ressaltar a dificuldade em se pesquisar a jurisprudência no âmbito do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária porque, na qualidade de jurisdição privada, não está ela cingida sob o prisma constitucional da publicidade processual (art. 93, IX) relativo aos processos judiciais, conforme é possível depreender do artigo 13, §2º do Regimento Interno do Conselho de Ética o qual regula a questão:

Artigo 13 – Os processos éticos constituem procedimentos administrativos que, além assegurarem amplo direito de defesa, serão orientados pelos critérios da simplicidade, economia processual e celeridade.

§ 1º. – A representação processual perante o Conselho de Ética não é privativa de advogado.

¹⁹⁹*Idem ibidem*. p. 198-200.

§ 2º. – Os processos éticos não poderão ser retirados das dependências do CONAR pelas partes interessadas. Cópias de suas peças serão fornecidas a requerimento de parte legítima, atendida a tabela de custas.(grifou-se do original)

Logo, a análise jurisprudencial será baseada nas informações que são oferecidas ao público em geral, disponíveis no sítio eletrônico do CONAR²⁰⁰.

O método utilizado foi a procura dentro do ícone “resumo das decisões” – presente em “decisões e casos” – pelos processos éticos os quais tinham por fundamentação o artigo 22 do Código de Autorregulamentação Publicitária, isto é, o “princípio geral da decência”.

Demais dados estatísticos, como o universo amostral total de representações, bem como a quantidade de anúncios sustados no geral foram retirados dentre as estatísticas do próprio Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o qual também está presente no sítio eletrônico.

Neste particular, pelo oferecimento dos dados presente no *site* do CONAR, somado à verificação de incidência, considera-se para a presente tese o período base dentre os anos de 2004 até 2011, pela verificação de maiores números de julgados aliado ao fator “atualidade”²⁰¹.

No total, verificou-se a incidência de 51 processos éticos instaurados com base no fundamento do artigo 22 (“princípio geral da decência”) no período em um total de 2795 processos (1,82%), sendo que em 66% dos casos decidiu o Conselho de Ética pela sustação da peça publicitária (34 casos), média esta maior do que a verificada em relação à totalidade do universo amostral²⁰².

Foi possível observar mediante a leitura dos resumos das decisões, que a interpretação usual do órgão julgador privado em relação ao “princípio geral da decência” (art. 22 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária) é ligado ao conteúdo erótico, sensual ou sexual (84,3%), e que a partir de tal constatação é verificado o conteúdo da mensagem publicitária em si (o linguajar utilizado, por exemplo), o veículo de

²⁰⁰ <www.conar.org.br>

²⁰¹ Tendo em vista que, conforme já amplamente abordado, é essencial para o tema a verificação dos padrões sócio-culturais da época em que se analisa a publicidade comercial que fira o “princípio geral da decência”.

²⁰² 1162 processos no total, os quais perfazem a porcentagem de 41,6%.

comunicação/mídia e, em casos de mídia eletrônica audiovisual (televisão) o horário veiculado também foi levado a apreciação.

Não houve a incidência de nenhum caso em que o processo ético possuía como fundamento exclusivo o artigo 22 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o que faz presumir que usualmente é ele analisado sistematicamente aos demais “princípios gerais” os quais permeiam a ética publicitária (previstos no Capítulo II do CBAP), em que é comum a infração a, por exemplo, os valores de “respeitabilidade” e “decência” na mesma peça publicitária.

Ademais, constatou-se que em diversos casos o “princípio geral da decência” era transgredido na exata medida em que a publicidade comercial se utilizava de linguajar e imagens próprias do mundo infanto-juvenil (23,5%), sendo que tais anúncios em sua vasta maioria (75%) houve a recomendação pela sustação da peça publicitária, em acordo com as diretrizes do Microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente bem como as orientações do próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 37).

A verificação de instauração de processo ético em razão da infração ao “princípio geral da decência” relativo a peças publicitárias de mídia exterior (outdoors, panfletos, banners) obtiveram 100% (todos os 10 casos²⁰³) de recomendação pelo Conselho de Ética para a sustação da peça, haja vista que – conforme em fundamentação da maioria das decisões – tal veículo não abre margens a constatação, ainda que não exata, em relação ao público a qual alcança, sendo o mais difuso dentre os meios (expondo a peça, portanto, aos mais variados públicos dentre todas as faixas etárias).

Não foi verificado nenhum caso de arquivamento sumário do processo ético que tinha por fundamentação o artigo 22 do Código de Autorregulamentação Publicitária, sendo que a recomendação menos gravosa verificada se deu na Representação 196/07²⁰⁴, a qual se lê o resumo da decisão:

Vários consumidores escreveram ao Conar protestando contra comercial de TV da cerveja Sol, da Kaiser, por considerar que a peça é discriminatória e inadequada por ridicularizar um indivíduo obeso e por fazer apelo excessivo ao erotismo ao mostrar mulheres dançando em trajes mínimos sobre mesas

²⁰³ Nesse sentido, as representações: 141/04, 152/04, 54/04, 332/05, 245/05, 51/08, 34/09, 307/09, 112/10 e 133/11.

²⁰⁴ Disponível em <www.conar.org.br> (Acesso em 25/08/2012).

de bar.
A defesa aponta que o uso de estereótipos na publicidade é recorrente e refuta a acusação de erotismo, observando que não há exibição exagerada de corpos femininos e tampouco de qualquer cena erótica. Em seu parecer, o relator sintetizou a questão analisando que a peça consegue atingir o uso surrado do estereótipo do gordo junto com a exploração do feminino, em manifestação barata, muito perto do limite do aceitável. Recomendou, dessa forma, a advertência ao anunciante, acordada por unanimemente pelo Conselho de Ética.

A peça publicitária veiculada pela anunciante Kaiser e a agência de publicidade Fischer América recebeu apenas “advertência” do Conselho de Ética, em razão de a peça ter – aos dizeres do relator – alcançado patamar muito perto ao limite do aceitável.

Chamou a atenção o fato de que a maioria dos processos éticos foram instaurados de ofício após queixa de consumidores individualmente concebidos (70,1%) que, recebida a denúncia e passado o crivo de admissibilidade do CONAR, foram representadas pelo próprio órgão, nos termos do art. 17, §2º do Regimento Interno do Conselho de Ética, e que apenas 8% dos casos foi instaurado o processo ético sob fundamentação de infração ao “princípio geral da decência” em face de representação de concorrente comercial direto, o que faz presumir que o presente tema – a publicidade abusiva que fira o “princípio geral da decência” – é extremamente ligado à proteção do consumidor-expectador da peça publicitária.

O processo ético o qual mais bem simboliza todos os dados estatísticos trazidos no presente capítulo, bem como a linha de raciocínio em razão do que se considera publicidade abusiva e o seu tratamento pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária esboçado nesta tese, é o constante na Representação 238/09, de novembro do ano de 2009.

Tal representação diz respeito a uma peça publicitária da anunciante São Paulo Alpargatas S/A, em conjunto com a agência de publicidade AlmapBBDO, relativo ao produto “Havaianas fit”.

Na peça, em suma, em situação bem-humorada e inesperada, é retratado o diálogo de uma senhora (a avó) e uma jovem em um restaurante, sob o contexto de que, em um primeiro momento, a avó seria “atrasada” por repreender a jovem em razão de calçar chinelo em ambiente inadequado, e em segundo momento a jovem seria “atrasada” por sugerir o relacionamento amoroso como “casamento” e não apenas como sexo casual.

A peça se utiliza de vocabulário leve, em tom bem-humorado, causando diversão e surpresa com a reação da avó, o que causou indignação de determinados consumidores. Neste sentido, o resumo da decisão:

Dezenas de consumidores de diversos estados brasileiros reclamaram ao Conar do comercial “Havaianas – Avó”, veiculado em TV sob a responsabilidade da São Paulo Alpagatas. Em síntese, as queixas fazem referência ao fato de a avó estimular a neta à prática de ato sexual sem compromisso e sem a menção da segurança necessária. Segundo a denúncia, o comercial seria inadequado por constituir apelo excessivamente malicioso e contrário aos valores sócio-educativos.

O anunciante e a agência responsável pelo comercial, a AlmapBBDO, refutaram as acusações, alegando que a publicidade em questão segue a linha de comunicação de Havaianas, que privilegia o bom humor, a diversão e a surpresa, sempre reservada para o final das mensagens. No caso, alegam que a avó é colocada numa situação em que representa a modernidade e, portanto, surpreende. Além disso, teria uma postura condizente com o comportamento do público jovem e adulto contemporâneo.

O relator da representação concordou com a defesa no que tange ao fato de a publicidade em questão ser criativa, bem-humorada e estar em concordância com o comportamento da maioria do público. Contudo, observou que é preciso respeitar a preocupação dos consumidores que se sentiram incomodados com a veiculação.²⁰⁵

Por maioria de votos, o Conselho de Ética acatou o voto do relator e decidiu por recomendar a alteração de exibição do horário da peça publicitária na mídia eletrônica (televisão), que passaria a restringir-se apenas à programação adulta.

Porém, mesmo com a recomendação, a agência de publicidade em conjunto com a empresa anunciante decidiram – voluntariamente – desveicular a publicidade comercial e, ainda, veicularam uma “contrapropaganda”, na qual a senhora protagonista se desculpa publicamente aos consumidores que se sentiram lesados pela publicidade anterior, mas que, em razão de muitos outros que aprovaram a peça publicitária, esta se encontraria disponível no sítio eletrônico “havaianas.com.br”.

Finaliza o discurso sob a fala de que a “vovó”, e extensivamente o produto havaiana, além de “democrático” – por respeitar tanto a vontade de uma minoria que se sentiu prejudicada, bem como vasta maioria a qual gostou do comercial – é moderna.

²⁰⁵ Disponível em <www.conar.org.br> (acesso em 25/08/2012).

Sem dúvidas, a estratégia comercial foi louvável por que além de conquistar o público alvo pelo carisma – agradando tanto aqueles os quais se sentiram incomodados, como os outros que ainda poderão apreciar a peça publicitária – observa que mesmo sem a imposição coercitiva do Estado para a retirada do comercial, ou da recomendação apenas para alteração por parte do Conselho de Ética do CONAR, houve a manobra de *marketing* que permitiu à empresa tanto respeitar os direitos fundamentais do consumidor o qual se sentiu lesado, bem como economicamente tornou eficiente a captura daqueles os quais em primeiro momento haviam sido desmotivados a consumirem o produto “havaianas fit”.

Portanto e em suma, o “princípio geral da decência”, sob o prisma do Conselho de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária está usualmente ligado ao conteúdo de conotação sexual, sensual ou erótico da peça publicitária, a qual, para a ordem de julgamento, é verificada em relação à peça publicitária em si somado ao veículo midiático utilizado, e ainda o alcance que este possui em relação aos expectadores (público-alvo ou não). Porém, mais importante do que tais dados, é o conceito de que a simples discussão de eventual ferimento do “princípio geral da decência” já não é interessante para o anunciante ou agência publicitária, pois que evita o grau máximo de eficiência na captura de consumidores atuais – e futuros.

Considerações Finais

Com a presente tese procurou se elucidar em um primeiro momento as questões e conceitos primordiais em relação à matéria, os quais derivam não apenas da ciência do direito mas também – e principalmente – da ciência do *marketing*.

A interdisciplinariedade é elemento fundamental para a compreensão do tema, ainda mais por se considerar o âmbito de um tribunal de jurisdição privada (autorregulamentar) composto por julgadores técnicos, os quais em sua maioria possuem formação específica para a área do saber publicitário, em detrimento ao conhecimento estritamente jurídico (não que isso impeça respaldos de direito em suas decisões).

Porém tal fato em nada influencia a razão de ser do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, bem como da função judicante do Conselho de Ética, os quais visam além do resguardo e proteção ética da profissão ligada à publicidade comercial, também a proteção efetiva aos direitos do consumidor, nas conformidades do delineado no art. 4º do Microsistema Protetivo do Consumidor (Política Nacional de Relações de Consumo).

Além disso, procurou se demonstrar que existe o diálogo das fontes no tocante aos diplomas legislativos estatal e privado, isto é, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária os quais se complementam para a correta e completa formação de um conceito abstrato da denominada publicidade viciada/ilícita “abusiva”, dentre a qual se insere aquelas que ferem o denominado “princípio geral da decência”.

A atuação do Conselho de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) prova-se suficiente para o controle das publicidades comerciais, pois que ao longo da existência da instituição, e dentre os mais de 7 mil processos já julgados, nunca nenhum veículo de comunicação desrespeitou-a e nas raras vezes em que houve discussão judicial, confirmou-se o acórdão privado²⁰⁶.

²⁰⁶ Neste sentido, <<http://www.conar.org.br/html/quem/historia.htm>>.

Por fim, muito embora o ferimento ao que genericamente é chamado “princípio geral da decência” seja baseado em conceito indeterminado, a prática aponta para vetores de interpretação mais ou menos sólidos a partir das estatísticas apresentadas no tocante à jurisprudência autorregulamentar, que permitem eliminar a completa incerteza quando da aplicação das normas atinentes.

A simples discussão sobre o desrespeito do “princípio geral da decência” já é motivo de alarme o suficiente ao anunciante, uma vez que – como visto – no geral tais processos são instaurados com base em queixas de consumidores, o que torna, a partir da permanência de veiculação da peça publicitária, pouco eficiente a captura presente e futura dos consumidores-expectadores.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Alzira Alves de; PAULA, Christiane Jalles de. *Dicionário histórico-bibliográfico da propaganda no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: ABP, 2007.

ADAMI, Antonio; HELLER, Barbara; CARDOSO, Haydée Dourado de Faria (orgs.). *Mídia, cultura e comunicação 2*. São Paulo: Arte & Ciência Editora, 2003.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 31 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMATRUDO, Rosangela. Publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 13, v. 52, p. 163-221, out./dez. 2004.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, n. 4, p. 1-35, jul. 2001.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed.ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado: com remissões ao novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-01-2002)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 03, p. 78-87, set./dez. 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 09, p. 25-57, jan./mar. 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 126-131, número especial. 1992 .

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406 de janeiro de 2002.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de setembro de 1990.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. <www.stj.jus.br> (acesso em 31/07/2012).

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. <www.tjsp.jus.br> (acesso em 26/08/2012).

BOENING, Evelena. *Porque o CONAR. Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 200-234, número especial. 2004.

BOLKENHAGEN, Lina. *Mershandising como técnica de publicidade: o seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua veiculação. Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 20, v. 80, p. 337-403, out./dez. 2011.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista. (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico: vol. III: IX – direito administrativo regulatório: estatização, privatização e regulação: X – realização das funções administrativas: os agentes públicos, seus atos, o controle e a responsabilidade do estado em suas diversas perspectivas: XI – direito administrativo contratual: XII – direito administrativo processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 20, v. 77, p. 27-46, jan./mar. 2011

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). *Código brasileiro de autorregulamentação publicitária*. São Paulo, 1980. Disponível em: <www.conar.org.br> Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Estatuto social*. São Paulo, 1980. Disponível em: <www.conar.org.br> Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Regimento Interno do Conselho de Ética*. São Paulo, [1980]. Disponível em: <www.conar.org.br> Acesso em: 31 ago. 2012.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais: doutrina civil*, São Paulo, a. 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 132-139, número especial. 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico: Volume 1: A-C*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOMINGUES, Caio A. Publicidade enganosa e abusiva. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 192-199, número especial. 1992.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*(trad. de J. Baptista Machado). 8. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 10. ed. rev., ampl., sist. e atual. de acordo com o código civil de 2002 e leis subseqüentes. São Paulo: Atlas, 2009.

FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa e abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 173-191, número especial. 1992.

FROTA, Mário. Auto-regulamentação: vantagens e desvantagens. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 42-51, número especial. 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. III:contratos e atos unilaterais. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2 ed. 34. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOTLER, Philip. *Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle*. 5 ed. (tradução da 9 ed. Norte-americana). São Paulo: Editora Atlas, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*(trad. de José Lamego). 3. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (Biblioteca de Direito do Consumidor – 1)

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: artigo por artigo: doutrina: jurisprudência: conexões rápidas para citação ou reflexão: diálogo entre o código civil de 2002 e o código de defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: RT, 2006.

MAGALHÃES DIAS, Lucia Ancona Lopez de. *Publicidade e Direito*. São Paulo: RT, 2010.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 15, v. 58, p. 223-254, abr./jun. 2006.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 20, v. 78, p. 225-267, abr./jun. 2011.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, a. 9, v. 35, p. 123-131, jul./set. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR., Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 03, p. 44-77, set./dez. 2004.

OLIVETTO, Washington. Publicidade também é cultura. In: CONAR. *Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do CONAR*. São Paulo: CONAR, [2011]. p. 7-12.

PAULA MARQUES, Guilherme de. *Direito da Publicidade*. 2011. 36 f. Dissertação (Conclusão de Curso) Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PINHO, J.B. *Comunicação em marketing*. 9 ed. Campinas: Papirus, 2008.

_____. *Propaganda institucional: usos e funções da propaganda em relações públicas*. 5 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1990.

RAMOS, Saulo. *Liberdade de informação e propaganda*. In: CONAR. *Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do CONAR*. São Paulo: CONAR, [2011]. p. 13-20.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 26-41, número especial. 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Gilmar. *Princípios da publicidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 4. reimpr. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico: atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 15, v. 60, p. 07-36, out./dez. 2004.

TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 04, p. 52-90, número especial. 1992.

VESTERGAARD, Torben; SCHRØDER, KIM. *A linguagem da propaganda* (trad. Gilson Cesar Cardozo de Souza). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

XAVIER, José Tadeu Neves. Os limites da atuação publicitária na condução de comportamentos sociais: o valor da ética no controle jurídico da publicidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, a. 21, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2011.

XAVIER, Jurema Brasil. *História da publicidade*. São Paulo: Cásper Líbero, 2009. Disponível em: <<http://www.casperlibero.edu.br/noticias/index.php/2009/09/25/historia-da-publicidade,n=1564.html>>. Acesso em: 26 jul. 2012.