

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

DANIELA GIL RIOS

Publicidade: dever de informação ao consumidor e consumo consciente

**São Paulo
2011**

DANIELA GIL RIOS

**PUBLICIDADE: DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E CONSUMO
CONSCIENTE**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto

São Paulo
2011

R586p

Rios, Daniela Gil

Publicidade:dever de informação ao consumidor e consumo
consciente. / Daniela Gil Rios. São Paulo, 2011.

102 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Coordenadoria de Pós-graduação, Universidade Presbiteriana
Mackenzie, 2011.

Orientadora: Dr. José Francisco Siqueira Neto

Bibliografia : f. 99-102.

1. Publicidade. 2. Consumo. 3. Responsabilidades. I. Autor.
II. Título.

CDD 341.361

DANIELA GIL RIOS

**PUBLICIDADE: DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E CONSUMO
CONSCIENTE**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 22 de março de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^a. Dr^a. Samantha Ribeiro Meyer Pflug

Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Aos meus avós pelo exemplo de luta, meus pais pelo exemplo de dedicação, meus irmãos pelo exemplo de conhecimento, meu marido pelo exemplo de companheirismo, ao pequeno Gú pelo exemplo de doçura, às minhas quatro cunhadas, ao sogro, à sogra, à Genizinha e à Batchan pelo exemplo de amizade e a todos estes pelo grande amor que me faz querer ser uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus por uma vida cheia de oportunidades, alegrias e ótimas pessoas sempre ao meu lado.

Aos meus familiares a quem dedico esse trabalho e tudo o mais que eu possa realizar, reforçando a minha gratidão pelo que sou e o que tenho.

Aos meus professores do Mackenzie, que na graduação me ofereceram base sólida, na especialização prática profissional e no mestrado reflexão.

Aos meus colegas de trabalho, aos colegas da Associação Brasileira de Anunciantes e Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, agradeço pela divisão de experiências.

Aos Ilustres Professores Gianpaolo Poggio Smanio e Sérgio Seiji Shimura pela valiosa contribuição no decorrer do exame de qualificação.

Ao estimado Professor José Francisco Siqueira Neto, por ter sido professor e orientador dedicado, paciente, sincero e sempre gentil que, com muita competência me auxiliou na conclusão de mais esta empreitada.

RESUMO

A publicidade, por ser forma de comunicação da empresa direcionada a potenciais consumidores, possui proteção constitucional. Porém, em mesmo nível hierárquico encontram-se as normas protetivas ao consumidor.

Os anunciantes, concorrentes entre si, muitas vezes se unem a fim de tratarem iniciativas que antecipem eventuais restrições à liberdade de veiculação e divulgação em mídia, bem como para a uniformização de posturas, como ocorrido com a Autorregulamentação Publicitária.

Embora exista acordo entre aqueles que disputam uma fatia do mercado, naturalmente há legislação ordinária que reforça a necessidade da veracidade do conteúdo informativo e cumprimento daquilo que foi prometido.

O processo de criação não é realizado individualmente pelo anunciante e sim por aqueles que possuem conhecimento técnico para tanto e que, por conseguinte, possuem responsabilidades pela execução de suas obras e atuação.

Se de um lado são atribuídos direitos e garantias ao potencial consumidor, por outro, caberá a este também cabe agir de forma responsável, inclusive observando informações e modo de utilização daquilo que pretende adquirir.

A harmonização de todos esses direitos e não a sobreposição de um em detrimento ao outro é o que se objetiva pelas mais diversas entidades que tratam das relações de consumo e se faz diretriz mais acertada em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Publicidade. Consumo. Responsabilidades.

ABSTRACT

Advertising, being the Company's form of communication directed to potential consumers, has constitutional protection. However, in the same hierarchical level there are consumer's protective rules.

Advertisers, as competitors among themselves, often gather in order to address initiatives that anticipate possible restrictions on the liberty of media transmission and dissemination, as well as to unify postures, as occurred with the Advertising Self-Regulation.

Although there is agreement among those disputing a slice of the market, naturally there are ordinary legislation that reinforces the need for veracity of information content and fulfillment of what was promised.

The creation process is not done individually by the advertiser, but for those with technical skills to do so and, therefore, have responsibilities for implementation of their work and their performance.

If from one standpoint rights and guarantees are granted to potential consumers, on the other it will also be the consumer's duty to act with responsibility, including with regard to the observation of informations and mode of utilization of what intend to acquire.

The harmonization of all these rights but not the overlapping of one over the other is the objective of various entities that deal with consumer relations and it is indeed the more accurate guideline in a democratic state.

Keywords: Advertising. Consumption. Responsibilities.

Sumário

Introdução.....	10
1. Dos preceitos constitucionais que envolvem a comunicação como atividade publicitária	13
1.1 O direito de divulgação de produtos por parte das empresas	13
1.2 A questão da ordem econômica	18
1.3 A proteção dada ao consumidor	21
2. Da atuação dos anunciantes e suas responsabilidades.....	23
2.1 A autorregulamentação e o sistema híbrido adotado no Brasil	23
2.2 As iniciativas conjuntas das empresas na busca de estabelecer um padrão de qualidade	30
2.3 As determinações trazidas pelo direito consumerista	36
2.3.1 A oferta como promessa e compromisso exigível	36
2.3.2 As práticas abusivas decorrentes da veiculação publicitária	42
2.3.3 As práticas enganosas decorrentes da veiculação publicitária.....	44
2.3.3.1 Da enganosidade por omissão	50
2.3.4 O serviço de atendimento e a possibilidade de contato direto	56
2.3.5 O recall como reconhecimento do erro e a postura adequada	59
3. A atuação das agências de publicidade e suas responsabilidades	62
3.1 As diretrizes trazidas pelas Normas – Padrão da Atividade Publicitária	65
4. A atuação do consumidor e suas responsabilidades.....	71
4.1 A observância das instruções e informações relacionadas às suas aquisições.....	72
4.2 A boa-fé como obrigação de qualquer parte em uma relação	75
4.3 A possibilidade de desvios comportamentais como condutas a serem tratadas individualmente.....	76

5. A atuação de terceiros na relação de consumo	83
5.1 As tentativas da Anvisa em intervir na autorregulamentação	83
5.2 Procon, Idec e a confiança dos consumidores	88
5.3 Instituto Akatu e a lição de consumo consciente	91
5.4 Projetos de Lei relacionados à propaganda	92
Considerações Finais	97
Referencias Bibliográficas	99

Introdução

Essa dissertação, fruto de pesquisa e dedicação acadêmica, é resultado de inquietação pessoal em relação a necessidade de um compilado em que fosse possível visualizar cada relação jurídica resultante das relações de marketing¹, decorrentes da propaganda e publicidade.

Inicialmente cumpre dizer que ainda que a legislação muitas vezes trata a publicidade e a propaganda como sinônimos, e em certos momentos isso acontecerá no decorrer desta dissertação, é importante ressaltar de que embora ambas sejam formas de divulgação de idéias, conceitos ou valores, tais conceitos possuem uma diferença que repousa no fato de que a publicidade o faz com objetivo de lucratividade por parte do anunciante, motivo pelo qual se faz prudente uma análise sob o viés jurídico, vez que tal situação gera uma série de responsabilidades e conseqüências peculiares.

Geralmente, aqueles que estudam as relações de consumo, “escolhem” um dos lados da relação para abordar, seja defendendo a licitude daquele que utiliza-se do marketing como forma lícita para angariar clientes e obter o crescimento econômico, seja defendendo os direitos dos consumidores que diariamente são bombardeados por mensagens publicitárias e que em razão disso possuem não só um poder de escolha, mas também de exigir o cumprimento do que lhe foi prometido.

¹A expressão “Marketing” deriva da palavra “*mercari*” que em latim tem por significado: comércio, ato de mercar, comercializar ou transacionar.

Vale dizer que o consumidor e fornecedor são os extremos nessa relação de divulgação de produtos e serviços, porém via de regra e, em alguns casos por determinação legal, tal relação é intermediada por uma agência de publicidade que também é sujeito de direito e que possui obrigações perante os anunciantes e consumidores finais.

Imaginar que uma relação econômica deve ser absolutamente livre de qualquer regulamentação e que o mercado regula-se por si, não parece razoável na medida que essas são demasiadamente complexas e, em que pese o fato de cada qual possuir seu papel dentro da cadeia capitalista, esses papéis nem sempre são disponibilizados de forma igualitária, já que o exagerado poder de alguns faz com que outros tenham pouca participação nas decisões que afetam a todos aqueles que de alguma forma são afetados.

A partir disso, temos que o Estado deve ser atuante na busca de inclusão de informações mínimas devendo sempre atingir o interesse público, independentemente se a atuação venha através do Poder Judiciário, por meio de decisões, pelo Legislativo na edição de normas, ou mesmo pelo Executivo em sua atuação política, seja por meio de resposta aos problemas enfrentados pela sociedade, ou mesmo pela antecipação desses problemas com decisões preventivas.

Além da atuação política de planejamento e controle do Estado importante frisar que o mesmo também trata-se do principal agente econômico presente no mercado, de modo que também está intimamente interessado nas formas com que as limitações e objetivos estarão definidos no domínio econômico.

Com a finalidade didática de organizar as responsabilidades decorrentes da divulgação de produtos e serviços, o presente trabalho foi dividido em cinco partes.

A primeira possui caráter mais amplo, pois trata dos aspectos constitucionais relevantes e das premissas para a divulgação lícita e possível, de modo geral, são as responsabilidades do Estado como garantidor da harmonia e equilíbrio das relações.

Em seguida a abordagem torna-se mais específica, e nos próximos pontos são tratadas das responsabilidades de cada um dos envolvidos com a atividade publicitária, de modo que são estudadas as obrigações e iniciativas dos anunciantes no segundo tópico, das agências de publicidade no terceiro e dos consumidores no quarto.

No quinto ponto são mencionados terceiros estranhos à divulgação e consumo que agem com a finalidade de orientar e resguardar as relações, bem como auxiliar em políticas voltadas ao consumo consciente, por fim são traçadas as considerações finais.

1. Dos preceitos constitucionais que envolvem a comunicação como atividade publicitária

A Constituição Federal pode ser entendida como a lei fundamental que possui como intento organizar o Estado, tutelar os interesses da coletividade e delinear os limites do Poder Público.

De forma sintética, o professor José Afonso da Silva define a constituição como o “modo de ser do Estado”², posto que a Constituição Federal deve ser tratada como norma suprema, estando na posição hierarquicamente superior do ordenamento jurídico como um todo.

Irrefutavelmente devemos contextualizar o tema a ser tratado no âmbito constitucional a medida que todas as normas e condutas jurídicas devem estar em consonância com a Magna Carta, que contém os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, reflexo dos anseios deste povo manifestos através da atuação do Poder Constituinte, representado por um documento formal de conteúdo rígido e de preceitos dogmáticos.

1.1 O direito de divulgação de produtos por parte das empresas

A comunicação social é tratada pelo Capítulo V da Constituição Federal e nele constam os preceitos basilares que norteiam a toda e qualquer forma de comunicação de massa, seja de conteúdo jornalístico ou mesmo referente a publicidade comercial,

² *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

de modo que o artigo 220 aduz de maneira expressa a intolerância na restrição de manifestação de pensamento.

Essa liberdade contida na Lei Maior demonstra que vivemos em um Estado democrático, a medida em que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”³ em nosso país, de modo que as opiniões serão respeitadas, assim como devem ser as propagandas de produtos, práticas e serviços que não sejam nocivos a saúde e meio ambiente.

A conduta de proteger a saúde e o meio ambiente parece a única forma acertada de estabelecer uma limitação à propaganda, posto que essa amplitude do que está protegido leva em conta a generalidade de pessoas e não uma questão individual como aspectos religiosos ou mesmo políticos.

Vale lembrar que a Constituição Federal estabelece os parâmetros e por isso tem razão em ser genérica a ressalva a publicidade, até porque dentro da validade de uma Constituição podemos ter momentos históricos bastante diferentes que deverão ser balizados pelas normas e julgados específicos.

Em relação às normas que poderão ser aplicadas em caso de divulgação de produtos, estas dependerão do direito a ser protegido, posto que uma simples aparição desautorizada poderá alcançar as mais diversas áreas do direito, desde a violação de

³ Artigo 220 § 2º da Constituição Federal.

direitos de imagem e direitos autorais, como a infração à propriedade intelectual, direito concorrencial, do consumidor ou mesmo normas de direito penal.

Nesse sentido, interessante verificar decisão em Habeas Corpus em caso de outdoor de divulgação de produtos em que eram vistas nádegas desnudas:

“PENAL. PROCESSUAL. NUDEZ EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. ATENTADO AO PUDOR. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.⁴

.⁵ 1. Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exhibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234.2. O Código penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos. 3. A moral vigente não se dissocia do costume vigente. assim quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940.4. É desperdício de dinheiro público manter um

⁴ HC 7809 / SP HABEAS CORPUS -1998/0058495-1 T5 - Quinta Turma

Data do julgamento: 24/11/1998

Relator: ministro José Arnaldo da Fonseca

Relator para Acórdão: Edson Vidigal

⁵ Bagnoli, Vicente. Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.125

processo sobre o qual se tem certeza, antemão, que vai dar em nada. Do ponto de vista do acusado em face dos seus direitos constitucionais individuais, é constrangimento ilegal reparável por "habeas corpus". 5. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal, que não admite qualquer censura. (CF, art. 220, § 2º). 6. "Habeas corpus conhecido como substitutivo de Recurso Ordinário e provido para trancar o Inquérito Policial por falta de justa causa."

Evidentemente esse julgado demonstra uma decisão contextualizada pelo tempo e espaço em que ela foi proferida, afinal certamente dificilmente seria nesse sentido uma decisão proferida por um Tribunal localizado em países radicalmente conservadores ou ainda que no Brasil, porém em um tempo em que a existência de traje de banho em duas peças seria considerado atentatório à moral, bons costumes e a bom convívio em sociedade.

Justamente em razão dessa amplitude do alcance que possui a comunicação, entendida esta não somente como aquela que se presta à divulgação de fatos, mas também de produtos e serviços, é que torna-se pertinente a tratativa do tema em âmbito constitucional.

Quando a empresa é constituída de forma regular e, portanto, produz ou fornece produtos e serviços lícitos, a divulgação destes produtos não pode ser tida como ilícita.

Por óbvio que, apesar de lícitos, alguns produtos possuem especificidades em relação ao público que se destina ou até mesmo a situação em que seu consumo é aceitável, de modo que é possível haver restrições em relação a forma ou veículo de divulgação dos mesmos sem que isso seja caracterizado como vedação à liberdade de comunicação, já que algumas restrições visam a proteção da coletividade.

Nesse sentido razoável restringir a publicidade tão somente em relação ao que a própria Constituição Federal atribui como ressalva, ou seja, o que é tratado pelo artigo 220, § 4º⁶.

“A garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra a *liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*. O que se pretende proteger nesse novo capítulo é o *meio* pelo qual o *direito individual constitucionalmente garantido* será difundido, por intermédio dos meios de comunicação em massa.”⁷

⁶ A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. O inciso mencionado nesse artigo aduz: §3º Compete a lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

⁷ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 6ª ed. atual. Até a EC n. 52/06. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 2181

Essa diretriz constitucional no que se refere a necessidade de lei federal para tratar o tema, por vezes é ignorada por projetos estaduais ou municipais que pretendem estabelecer restrições para esse tipo de comunicação, o que não prospera, em virtude da inconstitucionalidade formal.

Em consonância a estes preceitos constitucionais, a lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 regulamenta essas restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal.

1.2 A questão da ordem econômica

A divulgação de produtos e serviços também se presta servir como forma de apresentação de empresas e concorrentes no mercado de consumo, o que faz com que o eventual adquirente verifique suas possibilidades e julgue os atributos que mais lhe convencem a respeito de qualidade ou adequação às suas necessidades.

A pluralidade de fabricantes e fornecedores traz um benefício enorme a todos os potenciais consumidores, a medida que o leque de opções para sua decisão é ampliado, de modo que por meio do acesso prévio às informações a respeito da empresa ou o que ela pode oferecer, faz com que haja uma reflexão maior sobre o que está mais adequado às possibilidades e anseios, sendo possível manifestação democrática de consumo, já que esta é feita com base nos mais variados critérios de escolha.

Esses benefícios derivados da concorrência, ou seja, da variedade de fornecedores de um mesmo produto ou serviço merece proteção em caráter constitucional, que com propriedade trata a professora Paula Forgini:

“O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, em obediência ao *caput* do art. 170 e ao art. 3º⁸.”

Na mesma linha e reforçando que o beneficiário da proteção a livre concorrência é o consumidor, o professor Vicente Bagnoli elucida:

“Isso porque, garantindo-se a plena e equilibrada competição, as empresas que concorrem entre si esforçam-se para oferecer produtos e serviços de melhor qualidade e preços mais atrativos para o consumidor. Percebe-se, então, que, ao defender

⁸ Forgini, Paula A. Os fundamentos do antitruste, 2ª ed. 2 tir. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 191

a concorrência em prol do mercado, o grande beneficiário com a defesa da concorrência acaba sendo o consumidor.”⁹

Importante mencionar que a propaganda não se confunde com “marca”, inclusive sendo vedado o seu registro nesta condição por força do que preceitua o artigo 124, VII da Lei 9.279/96¹⁰.

Muito embora não exista registro a título de marca, o material publicitário deve ser protegido e respeitado como criação intelectual pertencente a empresa que a explora, de certo que tal proteção se dá nos campos do direito do autor, bem como no direito concorrencial como pode se observar abaixo:

“De qualquer sorte, é fundamental ter-se por certo que não se está, em relação a tal matéria, numa área sem proteção jurídica específica. Nesse sentido, ressalta-se o artigo 195 da Lei 9.279/96, a definir o crime de concorrência desleal, a punir quem, entre outras hipóteses, (1) emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (2) usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; (3) usa, indevidamente, nome

⁹ Bagnoli, Vicente. Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.125

¹⁰ artigo 124 – Não são registráveis como marca:
VII – sinal ou expressão empregada como meio de propaganda;”

comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem estoque produto com essas referências; (4) vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou se por acaso se utiliza do recipiente ou invólucro de outrem para negociar produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave.”¹¹

1.3 A proteção dada ao consumidor

O Legislador constituinte trouxe no bojo da Magna Carta de 1988, o Direito do Consumidor como direito fundamental, nesse sentido a professora Eliana Passarelli¹² bem define o conteúdo de um direito fundamental, no sentido de ser “aquele direito inerente à pessoa humana, cuja natureza tem por consequência o fato de ser direito indisponível, inalienável e irrenunciável”

Igualmente insere-se no ordenamento constitucional como direito coletivo, compreendendo no conjunto de direitos fundamentais de cada um dos seres consideradas individualmente, que são imediatamente unidos por um vínculo jurídico originando assim um direito único¹³.

¹¹ Mamede, Gladson. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial, volume 1. São Paulo: Atlas, 2004. p. 245 e 246.

¹² PASSARELLI; Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo. Editora Saraiva, 2002, p.12

¹³ Artigo 5º, inciso XXXII – Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”

Além de direito fundamental, o direito do consumidor insere-se no campo dos direitos coletivos (o que denota certas circunstâncias peculiares), tratando-se de cláusula pétrea, ou também denominada norma rígida, não podendo ser alterada a partir de emendas constitucionais, passível de alteração tão somente no caso de elaboração de nova Constituição, posto que estaria diante de poder constituinte originário, portanto de caráter ilimitado com relação ao conteúdo.

Importante frisar que as relações de consumo não podem ser compreendidas de maneira reducionista compreendida por tão somente a inter-relação jurídica entre pólo ativo e pólo passivo, já que referidas relações são muito mais abrangentes, traduzindo-se no reflexo da atuação do Estado frente ao particular bem como, perante os costumes de mercado¹⁴.

¹⁴ Exemplo disso é o popularmente chamado de “cheque pré-datado”, que muito embora não seja tratado em forma de lei, já integra o ordenamento jurídico, tendo sido compreendido pelos Tribunais como costume já arraigado no país, que manifestaram-se várias vezes no sentido de que o depósito anterior a data avençada fere a boa-fé nas relações de consumo, podendo ensejar inclusive condenação em danos morais, desde que comprovado o prejuízo decorrente desta prática.”

2. Da atuação dos anunciantes e suas responsabilidades

Uma avaliação superficial não encontra ligação entre o “mundo jurídico” e o “mundo publicitário”, já que o Direito se volta ao justo e válido enquanto a propaganda busca a difusão de idéias, mercadorias ou serviços¹⁵, assim a produção jurídica específica sobre publicidade e propaganda é bastante escassa, sendo necessário recorrer a um conjunto de matérias jurídicas a fim de delimitar o que seria abordado por uma matéria específica relacionada ao tema.

Seria simplista imaginar que para a Publicidade, o Direito só se presta a formalizar as atividades desempenhadas, pois isso ainda segmentaria demais essas atividades que devem ser consideradas interdependentes.

2.1 A autorregulamentação e o sistema híbrido adotado no Brasil

A atividade publicitária além de se tratar de um técnica em particular, deve ser percebida como arte e da mesma forma que ocorre com toda expressão artística, reflete demasiadamente o momento histórico e político que uma determinada nação vive, a partir disso já pode ser verificado um vínculo forte entre o Direito e a Publicidade, já que ambos são instrumentos de mudanças, seja por consequência de evolução social ou mesmo como forma de manifestação de insatisfação frente a determinada situação.

¹⁵ Inteligência do artigo 5º da Lei nº 4.680 de 1965 que Dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda.

Prova disso é que a criação do Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária que surgiu nos anos 70, quando o governo federal pensava em sancionar lei que criava uma espécie de censura prévia à propaganda, em que essas somente poderiam ser veiculadas se fossem autorizadas por meio de um carimbo que constasse o “de acordo” ou outra mensagem nesse sentido¹⁶.

Certamente esse tipo de situação além de cercear a liberdade de expressão daqueles que pretendiam divulgar um produto ou uma idéia, traria gasto e toda a forma de burocracia e inconveniência que acompanharia a criação e o funcionamento de uma entidade pública.

Seguindo um modelo inglês representantes das agências, anunciantes e veículos de informação se uniram para a criação de referido Código, buscando o diálogo com o governo na tentativa de arquivar o a projeto de lei e reconhecer a possibilidade de autorregulamentação do setor.

Esse instrumento, de suma importância, serviu de alicerce para a criação de uma Organização não Governamental que seria responsável por sua aplicação de maneira célere e que contasse com representantes do setor que apreciariam os processos éticos de maneira rápida e sem burocracia, manifestando suas recomendações¹⁷ que raras as vezes foram descumpridas ou contestadas.

¹⁶ SCHNEIDER, Ari. CONAR 25 anos: ética na prática. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2005.

¹⁷ Tendo em vista que o Conar não é autoridade pública, não possui poder de polícia, de modo que não pode punir aqueles que descumprirem o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, mas somente manifestar-se através de recomendação aos associados.

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária é iniciado por um preâmbulo, que se entende como fundamentos que devem reger a atividade publicitária, nesse diapasão o artigo 1º estabelece que “Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.”

Referido preceito vem por confirmar o já aduzido sistema híbrido, que consiste na aplicação da auto-regulamentação, sem prejuízo as demais leis vigentes, além de um critério subjetivo que nada mais é do que uma interpretação do Código de Defesa do Consumidor.

Há uma preocupação com a responsabilidade social, inclusive ressaltando que não devem ser acentuadas diferenças sociais ou diferenças de poder aquisitivo de forma depreciativa, a fim de que nenhum atingido pela mídia seja ofendido, ainda que por via indireta.

Reforça ainda que deve haver respeito a leal concorrência, a atividade publicitária com um todo, havendo responsabilidade do anunciante, agência de publicidade e veículo de divulgação perante o consumidor.

Da mesma forma, os anúncios devem respeitar a atividade publicitária, devendo estar em conformidade com os objetivos de desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais, sendo recomendado que os anúncios sejam criados por agências e profissionais sediados no país.

Deste modo, embora criado na década de 70, percebe-se um forte alinhamento principiológico entre o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a Constituição “cidadã” de 1988.

O Código de Autorregulamentação Publicitária traz no bojo do capítulo II, o que seriam seus princípios, intituladas de seções e tendo por explicação do que se pretende em cada uma dessas seções por meio de artigos.

Funcionando como uma espécie de “Jurisdição”¹⁸ autônoma, o Conar, buscou tratar de forma individualizada os anúncios, estabelecendo normas especiais conforme a categoria de produto envolvido, desta forma o capítulo III do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária atribui como anexos ao Código as seguintes categorias de produtos:

ANEXO "A" - Bebidas Alcoólicas

ANEXO "B" - Educação, Cursos, Ensino

ANEXO "C" - Empregos e Oportunidades

ANEXO "D" - Imóveis: Venda e Aluguel

ANEXO "E" - Investimentos, Empréstimos e Mercado de Capitais

ANEXO "F" - Lojas e Varejo

ANEXO "G" - Médicos, Dentistas, Veterinários, Parteiras, Massagistas,

Enfermeiros, Serviços Hospitalares, Paramédicos, Para-hospitalares, Produtos

¹⁸ Tendo em vista o fato de que jurisdição trata-se do poder de dizer o direito aplicável a determinado caso, o mesmo restringe-se ao Estado por força da Constituição Federal: artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Protéticos e Tratamentos

ANEXO "H" - Alimentos, Refrigerantes, Sucos e Bebidas Assemelhadas

ANEXO "I" - Produtos Farmacêuticos Isentos de Prescrição

ANEXO "J" - Produtos de Fumo

ANEXO "K" - Produtos Inibidores do Fumo

ANEXO "L" - Profissionais Liberais

ANEXO "M" - Reembolso Postal ou Vendas pelo Correio

ANEXO "N" - Turismo, Viagens, Excursões, Hotelaria

ANEXO "O" - Veículos Motorizados

ANEXO "P" - Cervejas e Vinhos

ANEXO "Q" - Testemunhais, Atestados, Endossos

ANEXO "R" - Defensivos Agrícolas

ANEXO "S" - Armas de Fogo

ANEXO "T" - Ices e Bebidas Assemelhadas

O sucesso da auto-regulamentação publicitária no Brasil esta muito relacionado com a agilidade em dar respostas no que se refere ao considerado ético e o que viola a respeitabilidade e veracidade.

Além de ter um dos textos mais completos e claros do mundo, possui adesão extremamente elevada no meio empresarial, seja das agências, associações setoriais, veículos ou anunciantes.

Desde o atingimento do objetivo inicial com a elaboração de dispositivos compatíveis com a atividade, com linguagem adequada e adesão elevada, o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) é extremamente respeitado pelos anunciantes e veículos, com relação as decisões tomadas a partir dos julgamentos realizados pelo Conselho de Ética, que tem sua competência estabelecida pelo artigo 42 de seu Estatuto: “receber, processar e julgar as representações por infração ao Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária e seus recursos”.

As normas do Conar são basicamente um sistema autônomo em relação a justiça e muitos advogados de empresas tem como atividade precípua a elaboração defesas perante o Conselho de Ética¹⁹, utilizando-se desse sistema híbrido em que alega-se o conteúdo das normas internas, bem como a legislação brasileira.

Os julgamentos são realizadas por um colegiado formado por técnicos atuantes na área publicitária, com formação acadêmica bastante variada, deste modo, não se tratando de uma “audiência” (sic) entre advogados e bacharéis, mas sim da apreciação da publicidade levando em conta os mais variados critérios desde a forma de elaboração até o que se pretende com aquela mídia.

Talvez o que seja mais interessante para as empresas em relação ao ingresso com Representação no Conar em detrimento ao ajuizamento de ações perante o

¹⁹ Inteligência do Artigo 50, §1º do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

judiciário seja a supracitada celeridade com relação a decisão, que pode ter as penalidades descritas no artigo 50 do Código²⁰.

O que mais espanta em relação a essas decisões é a espontaneidade com relação ao cumprimento, já que os associados, via de regra, cumprem a decisão de imediato, mesmo não havendo carga de coercitividade nessas normas, vez que não foram emanadas pelo Poder Público.

Não é difícil ouvir em Seminários e Congressos sobre o assunto a equiparação dessa sistemática com o instituto da Arbitragem, contudo, deve-se lembrar que na arbitragem somente há possibilidade de levar a decisão ao Judiciário no caso de nulidade.

A afirmativa de que seria uma “Câmara Arbitral” se faz equivocada por uma série de motivos já que por essência não formam título executivo, o que seria o caso de uma decisão arbitral²¹.

As Representações do Conar podem ser elaboradas por associado, de ofício ou mesmo por consumidor²².

²⁰ Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus Anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades:

- a. advertência;
- b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio;
- c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio;

divulgação da posição do Conar com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas

²¹ Conforme estabelece o artigo 41 da Lei 9.307 de 1996, que alterou o inciso III do artigo 584 do Código de Processo Civil.

Conforme supracitado, as decisões do Conar não são exequíveis, portanto, não obsta a empresa de ter uma nova apreciação pelo Poder Judiciário, embora se observe que o Judiciário somente é provocado pelas empresas para se manifestar sobre determinada publicidade em casos extremos, justamente quando a veiculação possui conseqüências maiores, com relação a prejuízos, restrições na divulgação de produtos, descumprimento de contratos²³, etc.

Apesar de livre a apreciação do juiz, muitas vezes as decisões do Conar corroboram as iniciais e contestações dos advogados de empresa, na expectativa de que o Magistrado leve em conta a análise técnica trazida aos autos, tentando os advogados defender a publicidade da empresa a qual é patrono ou mesmo coibir divulgação de outras marcas, reforçando a idéia de que o Conar seria guardada as devidas proporções, um perito e que em última análise suas decisões seriam laudos de conformidade ou não de material publicitário.

2.2 A iniciativas conjuntas das empresas na busca de estabelecer um padrão de qualidade

Os grandes anunciantes além de pautarem-se na autorregulamentação publicitária, por meio da observância das normas estabelecidas pelo Código de

²² As Representações elaboradas por consumidores são encaminhadas por meio eletrônico.

²³ Exemplo de ação judicial que tornou-se amplamente divulgado é o processo nº 04.109.435-2 e 04.027.913-8, que tramitou na 36ª Vara Central da Capital de São Paulo em que a empresa titular da marca "Nova Schin" buscou a reparação do dano causado pelo cantor vulgarmente conhecido como "Zeca Pagodinho" tendo em vista a quebra de contrato de exclusividade na cessão de imagem e voz para campanha publicitária da marca, a medida que o mesmo realizou campanha para divulgação do produto Brahma, um dos principais concorrentes.

Autoregulação, buscam sempre estudar as condutas das outras empresas, ainda que concorrentes, a fim de estabelecerem conjuntamente o que seriam “boas práticas” publicitárias, que abrangem desde os veículos e horários adequados para publicidade até o pós venda realizado por meio do Serviço de Atendimento ao Consumidor.

A organização dessas empresas pode se dar em relação ao segmento de atuação, como por exemplo a ABRABE (Associação Brasileira de Bebidas), ABIR (Associação Brasileira da Indústria de Refrigerantes), ABIA (Associação Brasileira da Indústria de Alimentos), de forma a defender interesses comuns à determinadas categorias.

É importante dizer que se as empresas somente se comunicassem com seu segmento de atuação, seriam muito mais limitadas e menos inovadoras, já que estariam restritas a vislumbrar situações de forma bastante superficial, visto que nem sempre é interessante a uma empresa abrir os problemas que enfrentam juntamente a seus concorrentes diretos.

Com isso, tratando de publicidade, fundamental situar o local em que as maiores empresas, dos mais variados segmentos se encontram para dividir experiência e sobretudo “estudar” a melhor forma de comunicar, antecipando-se a demandas, buscando adoção das melhores posturas encontradas mundialmente: a ABA – Associação Brasileira de Anunciantes.

A ABA é uma associação sem fins lucrativos, fundada em 1959 e que reúne as maiores empresas anunciantes do país, responsáveis por cerca de 70% dos investimentos em propaganda realizados no país, filiada à WFA (World Federations of Advertisers) entidade presente em 55 países através das Associações nestes locais, abrangendo mais de 60% dos investimentos publicitários internacionais.²⁴

Além da ABA ser uma das responsáveis pela formulação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, ela contribui efetivamente para os anunciantes e para a qualidade dos anúncios, de modo que isso se reflete em benefícios aos consumidores e à toda sociedade, visto que conta com Comitês técnicos que periodicamente reúne representantes das mais variadas empresas a fim de combater as iniciativas contra o direito de anunciar que estejam evadas de ilegalidade, bem como para desenvolver a excelência na forma e conteúdo dos anúncios do mercado brasileiro.

Desta forma, temos que a ABA não somente atua de forma combativa, mas também está voltada para a inovação, de modo a refletir uma postura pró ativa, seja por meio de cursos e seminários, publicações, conferências, etc.

Uma dessas formas de atuação realiza-se este ano, já que conjuntamente à ABAP (Associação Brasileira das Agências de Publicidade) a ABA promove uma campanha denominada “Publicidade faz diferença”, como forma de demonstrar que a

²⁴ Informações obtidas através do site da ABA: <http://www.aba.com.br/Pagina.aspx?IdSecao=1899,1901.>, em 22 de abril de 2010 às 10:25.

publicidade não obriga ao consumo, mas sim oferece a opção de consumo, a título de exemplo de veiculação em mídia impressa tem-se:



Lider.



Vice-lider.

O que explica o sucesso de vendas de um produto? Seria o preço? A eficiência? A praticidade? Sim, seria tudo isso. Agora, o que explica o sucesso de um produto cujo preço, eficiência e praticidade são muito parecidos com os da concorrência? Bom, neste caso, talvez a propaganda seja uma boa resposta. A propaganda ajuda uma marca a ser mais admirada, mais desejada e, conseqüentemente, mais consumida que seus concorrentes. Se você procurar saber quais são as marcas mais lembradas pelos consumidores brasileiros – segundo o ranking top of mind – vai reparar que são as mesmas que investem consistentemente em propaganda. O mesmo acontece com as marcas mais valiosas do mundo: a número 1 desta lista é a Coca-Cola®, não por coincidência, um dos maiores anunciantes do planeta. A propaganda aumenta as vendas, mas só a boa propaganda constrói marcas fortes. Convenhamos, ninguém conseguiu conquistar o coração do seu público dizendo “Corra, o gerente ficou louco!!!” ou argumentando que “Nós fazemos aniversário, mas quem ganha o presente é você!” Por outro lado, uma grande ideia como “o primeiro Valisére® a gente nunca esquece” continua sendo citada, mesmo tanto tempo depois de ter sido veiculada. A propaganda criativa é discutida nas rodas de amigos, vira bordão, entra para a cultura popular. No mundo todo, comerciais (os bons, é claro) estão entre os vídeos mais assistidos no YouTube®. E há casos de peças publicitárias expostas em renomados museus de arte moderna. Isto prova uma coisa: a grande maioria das pessoas gosta de propaganda. E, quando alguém não gosta, faz o óbvio: muda de canal na hora do intervalo, troca a estação do rádio, deixa de ler um anúncio publicado no jornal. Resumindo: quando o consumidor se interessa por uma peça publicitária, faz questão de ouvir o que ela tem a dizer. Quando não gosta, ele a ignora solenemente. É impressão nossa ou isso é o direito de escolha levado a sério?

Propaganda. Faz diferença.

Outra movimentação de destaque em que diversas empresas em variados seguimentos de atuação se uniram a fim de antecipar questão polêmica relacionada à publicidade, diz respeito a um compromisso público firmado espontaneamente em agosto de 2009 sobre “Publicidade Responsável para Alimentos e Bebidas Dirigidas às Crianças”.

Tal iniciativa confirma a expansão de outros compromissos firmados, por multinacionais, ao redor de todo o mundo, a exemplo do EU-PLEDGE em que empresas como Danone, Nestlé, Pepsico, Coca-cola entre outras restringem a comunicar-se com público de idade superior a 12 anos, inclusive fazendo ressalvas sobre a possibilidade de divulgar suas marcas em programação e locais direcionados a este público.

O Brasil é um país exemplo na publicidade não só pela criatividade comumente premiada ao redor do mundo e pelo respeito às normas consumeristas, mas também pelo efetivo interessa das empresas em reunirem-se a fim de estabelecer conduta linear e padrão publicitário inovador e consciente, o que pode ser verificado a partir dos aderentes a este compromisso voluntário, que não ficou restrito aos assinantes em outros países²⁵.

²⁵ O Grupo Schincariol, a Sadia, a Bimbo, a BRF Brasil Foods e a Parmalat são algumas das empresas nacionais que aderiram ao “Brazilian Pledge” pela divulgação responsável ao público infantil.

O acordo firmado entre as empresas no Brasil, não somente confirma os preceitos elencados pelo Conar, mas também estabelece outras restrições à publicidade voltada ao público infantil, que passaram a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2010, a destacando-se:

“1) Não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas; com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas.

- Os critérios mencionados serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias.

- Para efeito desse compromisso, as limitações são para inserções publicitárias em televisão, rádio, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças de menos de 12 anos.

2) Nas escolas, não realizar, para crianças com menos de 12 anos, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam aos critérios descritos anteriormente, exceto quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos.

3) Promover no contexto de seu material publicitário e promocional, quando aplicável, práticas e hábitos saudáveis, tais como a adoção

de alimentação balanceada e/ou a realização de atividades físicas.”

Verifica-se que, todas as signatárias comprometeram-se também a divulgar suas políticas próprias para divulgação de alimentos e bebidas ao público infantil até o início de 2010, sendo certo que estas devem respeitar as bases mínimas estabelecidas pelo Compromisso Público.

2.3 As determinações trazidas pelo direito consumerista

O Código de Defesa do consumidor, mudou o comportamento das pessoas, tornando o consumidor mais consciente, sendo que essa situação decorre da importância reconhecida pela Constituição Federal, que incluiu a proteção ao consumidor como um direito fundamental, conforme mencionado alhures.

2.3.1 A oferta como promessa e compromisso exigível

Inicialmente cumpre situar que o termo oferta deve ser contextualizado de acordo com o seu destinatário, assim, a oferta poderá ser individual, quando o seu destinatário for uma pessoa ou diversas pessoas identificadas; poderá ser coletiva, quando trata-se de direcionamento a uma determinada classe de pessoas identificáveis por alguma base racional, ou ainda indeterminada, quando a oferta direcionar-se ao público em geral.

Quando há uma opção do fornecedor em divulgar seu produto ou serviço e não somente realizar uma campanha institucional como forma de apresentação, considera-se que essa divulgação pode ter em seu conteúdo uma oferta indeterminada, assim além de ser verdadeira, a mesma possui força vinculativa, ou seja, trata-se de proposta a qual aquele identificado como consumidor poderá exigir o cumprimento de forma objetiva.

Para exigência deste cumprimento basta que o interessado comprove a sua existência, abre-se então a possibilidade de cumprimento forçado, assim, as ofertas veiculadas através de campanhas publicitárias, são suficientes para que o anunciante seja compelido a realizar a comercialização do produto, ou prestação de serviço, na forma divulgada.

Vale dizer que a única possibilidade de descumprimento da oferta, por parte do anunciante é aquela em que é observado um erro grosseiro na oferta, o exemplo dado por Luiz Antônio Rizatto Nunes²⁶, para essa exceção, verifica-se no caso de constar o preço de R\$ 5,00 a produto que normalmente custaria R\$ 500, de fato o erro de digitação é grosseiro e salta aos olhos o equívoco de impressão, não podendo ser invocado o cumprimento de tal preço absurdo, sob pena de infringir os princípios da boa-fé nas relações de consumo e equilíbrio.

²⁶ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54) São Paulo: Saraiva, 2000, p. 367.

Voltando ao caso em que a oferta é vinculativa, ou seja, a situação em que há uma promessa geral a todos aqueles que acessem a oferta, ainda que algum benefício divulgado não conste do contrato individual de consumo, é subentendido que dele consta de forma implícita, com isso verifica-se que a oferta trata-se de parte integrante do contrato e a interpretação dessa situação, sempre se dará de forma mais favorável ao consumidor que foi atraído e impactado pela proposta.

Quando o erro de proposta não for grosseiro, está o anunciante da oferta obrigado a cumpri-lo independentemente de ter fornecido proposta de mídia adequada ao veículo de informação, assim, a responsabilidade do anunciante é mantida em relação a oferta, não podendo recusar o cumprimento, podendo tão somente atuar de forma regressiva em relação a quem lhe atribuiu eventual prejuízo pelo anúncio inapropriado.

Se o fornecedor recusa-se ao cumprimento da oferta, o consumidor poderá exigí-la, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou ainda rescindir o contrato, restituindo os valores de forma corrigida em conjunto com a cobrança pelas perdas e danos experimentados, conforme preceitua o artigo 35 da Lei 8.078/90.

Diversos juristas, ao tratarem oferta, atribuem a mesma uma vinculação no significado de anúncio ou publicidade, como o fez o Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin ao comentar o artigo 429 do Código Civil:

“...o tipo de oferta ao público que o legislador equiparou à proposta inexistente, em regra, na prática do mercado. E se existisse, não seria anúncio (= oferta ao público), mas algo assemelhado a bula de remédio. Querer que a oferta ao público (= publicidade), para ter efeito vinculante, encerre “que os requisitos essenciais ao contrato” é impor condição juridicamente possível, mas concretamente implausível.

Quem já viu um anúncio que traga todos “os requisitos essenciais ao contrato? Se é que tal modalidade publicitária ocorre, certamente não é comum, menos ainda nos meios maciços de comunicação, como o rádio e televisão.”²⁷

De fato, a propaganda é muito mais ampla justamente por ser o anúncio publicitário passível de criação e fantasia, enquanto a oferta deve sempre ser correspondente a realidade da negociação bem como por haver conteúdo obrigatório na oferta²⁸ que não existe no conteúdo publicitário, bastando para a mesma que seu conteúdo informativo seja verdadeiro.

Com isso, é possível perceber que uma campanha publicitária pode sim conter uma proposta, que certamente é vinculativa, mas essa campanha não é o mesmo que uma oferta, pois se o fosse deveria ser dotada dos elementos essenciais, o que traria o entendimento de que o conteúdo publicitário brasileiro em sua grande maioria estaria

²⁷ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/Ada Pellegrini Grinover...(et. Tal), 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 281-282

²⁸ O artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor descreve informações que devem conter na oferta ao consumidor

descumprindo a legislação, por não incluir questões como validade, composição e garantia dos produtos e serviços que nela são divulgados.

Deste modo, o entendimento é de que realmente a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, porém o anúncio publicitário não tem o conteúdo obrigatório de uma oferta pública, já que pode se prestar tão somente a divulgar uma marca, ou empresa, sem necessariamente se tratar de uma oferta para a aquisição de um determinado produto, tanto o é que existe uma quantidade enorme de anúncios realizados por empresas que sequer comercializam seus produtos diretamente ao consumidor final.²⁹

A partir dessas considerações e de encontro com aqueles que entendem a inaplicabilidade do artigo 429 do Código Civil nas relações de consumo, vê-se que a coexistência da determinação deste e das normas consumeristas é possível, quando entendida a oferta pública como algo distinto do anúncio publicitário.

Ainda no campo da promessa ao consumidor, é importante mencionar a amplitude da proteção à veracidade, inclusive tendo classificada como conduta criminosa a descrita no artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

²⁹ Exemplo de empresas que anunciam ao consumidor final, sem poder realizar oferta são as empresas que comercializam no mercado de “venda direta”, considerado este, aquele em que os produtos são comercializados por revendedoras autônomas, como Jequiti, Natura e Avon. Nesse mercado, os anunciantes buscam presença de marcas e divulgar produtos, mas não podem dar condições de aquisição dos mesmos, justamente pelo fato de não terem qualquer autonomia para estabelecer preços e condições ao consumidor final.

³⁰ “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produto ou serviço.”

Bem reforça Luiz Antônio Rizzatto Nunes que o tipo penal referido acima trata-se de tipo “doloso e o dolo consiste na consciência e vontade de oferecer no mercado produtos ou serviços diferentes de suas reais características ou finalidades. Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e conseqüências, só pode apoiar-se em prova cabal e estreme de dúvidas, sendo certo que, presunções e indícios, não ostentam aquelas qualidades de segurança e certeza, pelo que não podem servir de fundamento para um decreto condenatório.”³¹

Certamente as empresas buscam acertar na comunicação com seus potenciais consumidores e para isso valem-se das mais variadas técnicas de pesquisas, a título de informação, em março de 2007 a revista Época já trazia reportagem em agências de propaganda iniciaram a utilização de equipamentos de imagem por ressonância magnética funcional para saber como os consumidores reagem aos estímulos de marketing.

Universidades Americanas e Européias haviam iniciado os estudos sobre a eficácia do método e “Gerald Zaltman” na época professor de marketing da Harvard Business School manifestou-se no seguinte sentido:

“Não podemos ler pensamentos específicos. Apenas temos condições de afirmar que certas áreas do cérebro, conhecidas por estar

³¹ Nunes, Luiz Antônio Rizzatto. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial, 2ª ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 442.

associadas a determinados tipos de pensamentos e sentimentos, estão sendo ativadas.”

2.3.2 As práticas abusivas decorrentes da veiculação publicitária

A partir do entendimento de que a mensagem publicitária reflete o anúncio de condições básicas, ou seja, parte de um contrato individual de consumo, havendo informações à coletividade, que por sua vez vinculam o anunciante em relação a cada um dos possíveis contratantes, entende-se que aquele indivíduo interessado pela oferta poderá exigir as condições veiculadas.

Com isso, tem-se que as variáveis criativas daquele que roteiriza uma campanha publicitária, não podem sob hipótese alguma afetar a mensagem final que diz respeito à informação transmitida ao potencial consumidor, que deverá estar apto a diferenciar de maneira evidente o que seria argumento criativo e o que seria o conteúdo da proposta comercial contida na mensagem.

O sistema consumerista brasileiro trata da publicidade prejudicial ao consumidor, em diversos diplomas legais, contudo, de forma amplificada, o Código de Defesa do Consumidor, traz em seus dispositivos, dois conceitos bastante abertos, que realmente foram incorporados a cultura deste país, são eles: a publicidade abusiva e a publicidade enganosa.

A prática de conduta abusiva por parte do fornecedor é vedada no direito brasileiro de forma ainda mais incisiva do que acontece nas demais relações jurídicas, já que pela natureza desta, existe uma disparidade entre as capacidades envolvidas, de modo que ao tratar a posição favorável do fornecedor, a mesma poderá estar repousada não só sobre a maior possibilidade financeira, mas também por conhecimento técnico mais amplo em relação ao objeto da relação.

As condutas abusivas estão elencadas no Código de Defesa do Consumidor de forma exemplificativa no artigo 39, afinal seria impossível prever todas as situações em que o fornecedor agiria em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”³².

Esse rol de condutas leva em conta situações que podem acontecer durante a contratação, previamente a contratação e posteriormente a contratação, entretanto todas elas têm em comum o fato de todas causarem danos ao consumidor, por se tratarem de situações que abalam a própria estrutura negocial, afrontando o princípio da boa-fé.

Embora o artigo 39 traga exemplos de situações em que o fornecedor age de forma abusiva, não existe o detalhamento da conduta publicitária. Isso não significa que a esta não tenha sido contemplada por referida legislação, pelo contrário, tratou-se de

³² Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/Ada Pellegrini Grinover...(et. Tal), 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 372

conduta essencialmente combativa e por tamanha relevância, a proteção em relação a mesma deu-se como direito básico do consumidor³³.

Nesse mesmo sentido preceitua o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor³⁴.

Bem assevera Luiz Antônio Rizzatto Nunes ao comentar jurisprudência relativa a propaganda comparativa³⁵:

“O Código de Defesa do Consumidor não regulamentou a publicidade comercial. Apenas proibiu a publicidade enganosa e abusiva (art. 37, §§ 1º, 2º e 3º), tratou o chamado merchandising (art. 36, caput) e regulou certas provas da criação publicitária, bem como sua produção em juízo (Parágrafo único dos arts. 36 e 38). Regrou, também, a oferta dos produtos e serviços quanto a veracidade e forma de sua apresentação (arts. 29 a 35).

2.3.3 As práticas enganosas decorrentes da veiculação publicitária

³³ São direitos básicos do consumidor:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas ao fornecimento de produtos e serviços;

³⁴ Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

³⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

Como mencionado alhures, a publicidade além de dar ciência do que está a disposição do consumidor, contém apelo fantasioso, a medida que traz “promessas” ao mesmo tempo em que traz “desejos” do público ao qual se destina. Nesse contexto, uma mensagem publicitária normalmente insere a fantasia, ou mesmo o desejo do consumidor como pano de fundo para informar suas promessas, de modo que apesar da contradição evidente temos pessoas jovens e alegres para a divulgação de bebidas alcoólicas e ainda saudáveis e magras nas campanhas de comidas altamente calóricas.

Em situações extremas como essas, o fantasioso e o informativo são de fácil distinção pelo público, passível de discernimento às pessoas minimamente experientes, tratando-se apenas de um tema agradável ao espectador.

O artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor³⁶ preceitua o que é considerada publicidade enganosa.

De suma importância ressaltar que a interpretação de tal dispositivo não pode se dar de forma literal, sob pena inclusive de invalidar o processo criativo de que se constitui o trabalho do publicitário. Por óbvio que não sai gelo da boca daquele que usa um enxaguante bucal, mas a abstração da sensação de refrescância pode e deve ser trabalhada pelo profissional do marketing, que chega em uma materialização

³⁶ 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.

fantasiosa, sem que o consumidor final exija a possibilidade de soprar gelo a partir da aquisição do produto.

Não é plausível a responsabilização por publicidade enganosa, do anunciante que não se restringiu a utilizar a informação em seu anúncio, ampliando o espaço destinado para a divulgação, alcançando o entretenimento pela abstração seja oriunda da imaginação, comédia, surpresa, afeto, enfim, quando a divulgação do produto ou serviço nos chega com emoção, assim:

“ Apesar da redação empregada no art. 37, § 1º, do código de Defesa do Consumidor, uma mensagem publicitária pode conter informações falsas, como, por exemplo, a levitação dos consumidores do *drops* em promoção, e nem por isso representar infração à lei. A presença no anúncio de informações não confirmadas pela experiência dos espectadores não é fator suficiente para a caracterização de publicidade enganosa.”³⁷

Ao coibir a propaganda enganosa, caracterizando-a como crime, o direito consumerista objetivou a proteção ao comportamento lesivo, pautado em informações falsas que geram conduta prejudicial por parte daquele consumidor que acreditou na oferta que lhe foi efetuada pela publicidade.

³⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 248.

Entende-se que a conduta enganosa aproveita da credulidade das pessoas, possui maior capacidade lesiva e geralmente faz com que a decisão de consumo seja diferente da que seria tomada se houvesse a verdadeira informação sobre as condições e propriedades do produto ou serviço.

Além da busca de tutela judicial, em que o potencial de uma condenação vai do cumprimento daquilo que foi divulgado, reparar o dano, contrapropaganda e ainda pena de detenção aos responsáveis, é possível verificar que o consumidor muitas vezes publica suas experiências e críticas em relação a uma má prestação de serviços, inclusive criando canais específicos para a divulgação de sua percepção em relação ao que foi colocado à disposição no mercado.

Desse modo, com o advento da tecnologia, não foram só as empresas que aumentaram o alcance na divulgação de seus produtos, mas também os consumidores que podem dar publicidade às decisões que lhe foram favoráveis, ou ainda expandir suas opiniões sobre a divergência entre o oferecido e o que lhe foi entregue.

Nesse sentido, existem “espaços” virtuais com as mais diversas manifestações, a título de exemplo destacam-se sites como “Reclame aqui” ou o blog “Coma com os olhos” que muitas vezes servem como canal de contato entre as empresas e aqueles que se sentem prejudicados ou ainda possuem uma funcionalidade maior no que se refere a direitos difusos³⁸, já que muitas vezes o Ministério Público se vale dessas

reclamações para iniciar seus procedimentos na busca de proteção a esse direito, ou ainda para corroborar suas alegações.

Abaixo, alguns exemplos de imagens veiculadas³⁹ em blogs e sites, como manifestação de consumidores insatisfeitos com a divergência entre a publicidade e o produto disponibilizado no mercado:



³⁹ Imagens extraídas de <http://www.flickr.com/photos/sergimbsb/265909470/in/set-72157594355771443/> em 09 de outubro de 2010 às 13:39

A REALIDADE



A PROPAGANDA



A embalagem



A Realidade



2.3.3.1 Da enganosidade por omissão

A enganosidade da publicidade não se restringe a divergência entre o divulgado e entregue e também pode se dar por meio da realização de publicidade clandestina, qual seja aquela que o consumidor final não percebe a verdadeira intenção do fornecedor, por exemplo no caso de um programa de televisão com caráter “informativo” sobre determinada região do país em que são tratadas as belezas turísticas, mencionando as facilidades de pacotes turísticos, sendo que somente uma empresa (que sequer é citada na reportagem) fornece aquele serviço especificado, o que implica em manipulação o potencial consumidor.

Em contrapartida, a publicidade pode ser bastante esclarecedora, inclusive como mencionado, o Brasil é uma potência em publicidade, seja pela criatividade, seja pelo conteúdo.

Atualmente com a crescente preocupação na conservação do meio ambiente, pode ser observada uma alta demanda de publicidade focada em divulgar a atuação das empresas de forma ecologicamente sustentável, o que nem sempre pode refletir a realidade, a medida que não são observados critérios mínimos, como a consistência do que se apresenta.

Isso porque, o entendimento mais razoável e direto que se pode ter é e toda a propaganda que contenha dados informativos, deverá ter a fonte e comprovação dos dados divulgados em posse da empresa a disposição dos interessados, sejam esses consumidores ou outros interessados.

Referidos dados devem ser acessíveis, inclusive para os fins de fiscalização, de modo que as autoridades públicas podem solicitar a comprovação de toda e qualquer informação que a empresa disponibilizar ao mercado, justamente pelo alcance e responsabilidade que esta possui em relação às suas declarações.

A imprensa vez ou outra busca alertar sobre a publicidade enganosa, disseminando a cultura de questionamento aos consumidores, de modo que no final de 2009, a Revista Veja, publicou uma edição especial denominada “Especial 2010 – O ano zero da economia sustentável” que trouxe um quadro com informações sobre a publicidade ecológica enganosa, incluindo um caso para a familiarização, a saber:

7 SINAIS DA PROPAGANDA ECOLÓGICA ENGANOSA...

1. Palavras vazias

Uso de termos cujo significado é obscuro, como "eco-friendly", geralmente em inglês



2. Imagens sugestivas

A foto sugere um feito impossível, como flores brotando do escapamento de um carro



3. Amigos imaginários

Selos que parecem fornecidos por órgãos independentes, mas são apenas parte da propaganda



4. Relativo, mas não absoluto

Ser mais "verde" que os concorrentes pode não ser bom, se os outros forem terríveis



5. Falta de credibilidade

O produto pode ser ecológico, o que não significa que seja seguro ou saudável



6. Linguagem hermética

Vocabulário ou dados que apenas os especialistas compreendem



7. Fala, mas não prova

Além do discurso, é preciso mostrar evidências que comprovem o que é dito



...E COMO IDENTIFICÁ-LA NA PRÁTICA

Imagens chamativas demais

Voe AeroGreen Jato
(e apague suas pegadas de carbono)

Viaje com a AeroGreen Jato, a companhia aérea de baixa emissão de carbono. Estamos plantando árvores para que você possa viajar o quanto quiser

CERTIFICADO ECO

Não pensamos apenas em viagem. Os alimentos que servimos são orgânicos e obtidos em fornecedores locais. Nossos fornecedores de café seguem os preceitos do comércio justo

Mentira óbvia!

Texto sem significado claro

Selo fajuto: não deixa claro quem o deu nem a que se refere

Nenhuma relação com o produto

Em relação a omissão por parte dos anúncios publicitários, temos que alguns países, a exemplo do "Truth in Lending Act"⁴⁰ Estados Unidos da América, adotam a teoria do "tudo ou nada", com isso, os anunciante podem ou não incluir as condições

⁴⁰ Consumer Credit Protection Act, title I, com alterações dadas pelo Truth in Lending Simplification and Reform Act, de março de 1980.

contratuais em sua campanha publicitária, porém se optarem pela inclusão, esta deverá estar em sua íntegra, detalhada em seus pormenores, a fim de que o atingido pela mensagem não tenha qualquer dúvida ou possibilidade de complementação das informações divulgadas, tendo assim o princípio da transparência no bojo das relações.

No Brasil, partilhamos do entendimento do professor Fábio Ulhoa Coelho⁴¹ no sentido de que o legislador nacional não ultrapassou os limites da veracidade em relação a publicidade, considerada a proteção dos interesses difusos e coletivos, sendo que o princípio da transparência está sim contemplado em nosso sistema, tão somente quando o contrato individual é realizado:

“A transparência, portanto é princípio aplicável apenas à disciplina das relações de consumo individuais e não à das coletivas. Diante de cada consumidor, o fornecedor tem o dever de informar prévia, ampla e adequadamente acerca de seu fornecimento. Diante da coletividade dos consumidores, porém inexistente esse dever, e o fornecedor está obrigado somente a não enganar em sua publicidade.”⁴²

O próprio jurista em comento complementa ressaltando o caso em que o anunciante está obrigado a produzir determinado conteúdo publicitário, mencionando o

⁴¹ O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 257-259.

⁴² Ob. Cit. p. 258.

caso em que o fornecedor, após colocar em circulação determinado produto, constata grau de periculosidade, anteriormente desconhecido.

Em que pese, a ausência de obrigação de detalhamento ao coletivo, a lei estabelece que a divulgação tenha um conteúdo dotado do atributo da essencialidade.

Diversos são os legisladores, órgãos e entidades que tentam formatar soluções que definem quais são as informações essenciais para toda e qualquer publicidade, luta essa que não parece fazer sentido, a medida que a generalidade do termo tem razão de ser, a medida que o essencial por definição, é algo que só pode ser observado em uma situação concreta e não em abstrato.

O mais razoável trata-se de verificar o essencial com a análise da classe de pessoas que de fato estão atingidas por aquela mensagem, ou seja, os reais potenciais consumidores, por isso, para dizer que uma mensagem não possui o conteúdo essencial é imprescindível a verificação do canal de comunicação, as informações necessárias para a individualização e escolha do tipo de produto ou serviço oferecido e também se a linguagem é acessível ao destinatário padrão.

Além do envio de ofertas aos consumidores, é possível que a própria formalização do contrato entre essas partes também seja efetuado à distância, através de aquisições de serviços e produtos por meio de Internet, telefone, representantes comercial, etc.

Em que pese a facilidade desse meio de compra, existe uma proteção ao consumidor que adquiriu um produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, o que se trata de prática bastante usual em relação a serviços de telefonia, cartão de crédito e compras de produto através de catálogos e folhetos de ofertas, de modo que o Código de Defesa do Consumidor, estabelece um direito de arrependimento por aquele que efetuou a contratação fora de um estabelecimento comercial no artigo 49⁴³.

Vale dizer que a legislação estabeleceu um prazo limite para a manifestação do arrependido, qual seja 7 (sete) dias, a fim de que sejam observados o preceitos da segurança jurídica e ato jurídico perfeito no que se refere a esta contratação.

Se por um lado o direito brasileiro reforça a necessidade de divulgação de dados que esclareçam o que está sendo oferecido no mercado, por outro lado, cumpre ao adquirente a adequada destinação daquilo que adquiriu, de modo que por vezes, observa-se que pela maciça informação sobre os direitos dos consumidores, muitos desses imaginam que seus direitos são ilimitados.

As obrigações atribuídas ao fornecedor, quando são cumpridas de modo adequado, por si só geram um direito a este fornecedor, qual seja a observância e cumprimento por parte do consumidor da informação que por aquele foi disponibilizada, assim a título de exemplo:

⁴³ O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados

Se por um lado existe a obrigatoriedade do estabelecimento comercial efetuar, em até 7 dias para troca do produto ou a devolução do preço ao consumidor que adquiriu produto fora do estabelecimento⁴⁴, ao consumidor existe uma obrigação de tomada de decisão antes do 8º dia de recebimento do produto.

Da mesma forma, acontece com a informação que é disponibilizada ao consumidor, seja por meio de publicidade, seja através das embalagens de produtos ou materiais explicativos de serviços, de modo que nesse caso temos a título de exemplo a obrigatoriedade das indústrias alimentícias na inclusão da informação sobre a existência ou não de “glúten” ostensivamente em suas embalagens.

2.3.4 O serviço de atendimento e a possibilidade de contato direto

Em cumprimento às ofertas e também como forma de evolução de comunicação no que se refere às obrigações do fornecedor destaca-se a criação do atualmente denominado “Serviço de atendimento ao consumidor”, que possui um canal para esclarecimento de dúvidas, reclamações, sugestões e elogios às empresas.

Apesar de inicialmente ser percebida somente uma vantagem ao consumidor, as empresas também lucram com a sua criação, a medida que possuem um canal de comunicação para entender melhor aquele que lhe trará possibilidades de crescimento

⁴⁴ Inteligência do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor

e desenvolvimento, muitas vezes percepção de um cenário econômico sem a necessidade de investimento em pesquisas de mercado e também poderá lhe antecipar ou mesmo evitar demandas judiciais.

Antes mesmo da existência do Código de Defesa do Consumidor algumas empresas já haviam percebido a necessidade e vantagem de manter um canal direto de comunicação com seu consumidor, assim cita-se a empresa Philips:

“ Desde o início, a filosofia adotada pela Philips foi de fazer sempre o melhor para seus consumidores. Por isso, nada mais natural que a Philips ser uma das precursoras na criação mundial de um Departamento de Relacionamento com o Consumidor (DRC) em 1980, dez anos antes do Código de Defesa do Consumidor ser implantado.”⁴⁵

Por se tratar de uma relação contratual, assim que o fornecedor de produto ou serviço publica uma oferta, há uma vinculação deste na qualidade de proponente, tal vinculação se dá tanto em relação às condições quanto em razão dos benefícios trazidos por ele como forma de atrair adquirentes.

⁴⁵ A história da defesa do consumidor: 1975 - 200p. 86

No Código Brasileiro de Defesa do Consumidor há proteção expressa em relação a publicidade prejudicial, vale a pena verificar os artigos que tratam da publicidade de forma expressa, tanto no artigo 6º, IV⁴⁶, quanto no artigo 37⁴⁷ e no artigo 60⁴⁸.

Veja que o Código de Defesa do Consumidor vem a confirmar os preceitos estabelecidos pela Autorregulamentação Publicitária, inclusive prevendo a “contrapropaganda” em que aqueles que divulgaram de forma prejudicial terão que despende de seus investimentos para informar o público sobre a inadequação daquilo que foi divulgado anteriormente, inclusive valendo-se dos mesmos meios para fazê-lo.

Esse tipo de previsão reforça o interesse das empresas em veicular seus produtos e serviços de forma adequada, até porque uma contrapropaganda não só faz com que essa empresa deixe de vender algo, mas também gera um prejuízo financeiro, pela divulgação em grandes meios e o que é pior, um prejuízo de imagem por parte do público que irá associar à marca a empresa de baixa credibilidade e de condutas duvidosas, afinal “satisfazer o cliente” é máxima antiga, porém sempre atual.

⁴⁶ São direitos básicos do consumidor: (...) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

⁴⁷ É proibida toda a publicidade enganosa ou abusiva. § 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. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a 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 à sua saúde ou segurança. 3º Para efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado de produto ou serviço.

⁴⁸ A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. §1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

2.3.5 O recall como reconhecimento do erro e a postura adequada

Se de um lado, o fornecedor deve trazer esse tipo de dados em sua embalagem, cabe ao consumidor observá-la e decidir sobre o consumo ou não daquele produto, considerando sua condição específica no que se refere a tolerância ou não dessa substância, de modo que, não poderia o consumidor celíaco, ou seja, aquele que possui intolerância física ao glúten responsabilizar um fabricante de alimentos pela ingestão do produto, caso exista a informação visível na embalagem do produto.

De fato, a indústria de alimentos é uma das mais regulamentadas em relação ao conteúdo informativo de embalagem, ao lado das indústrias de fármacos e cosméticos⁴⁹, justamente pelo potencial danoso da ausência, de informações, e justamente em virtude da informação sobre a ausência de glúten, que a empresa Pepsico realizou “Recall” na área de alimentos para o recolhimento do produto disponibilizado no mercado, a saber:

“Procedimento DPDC nº 08012.009543/2004-05

Data de comunicação do Recall: 12/11/2004

"FESTA SNACK" – contém glúten

⁴⁹ Em relação a cosméticos, as informações trazidas sobre a composição dos produtos, há utilização da INCI que trata-se de um sistema internacional de codificação de nomenclatura de ingredientes cosméticos, reconhecido e adotado mundialmente, criado com o objetivo de padronizar os ingredientes na rotulagem dos produtos cosméticos, sendo certo que tal sistema foi adotado pelo Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil através da Resolução RDC nº 211 de 14 de julho de 2005. A adoção dessa regra de padronização, está harmonizada e reconhecida oficialmente por meio da Resolução GMC nº 36/2004, no âmbito do Mercosul SGT 11 Saúde e reflete a preocupação de tal Ministério com a questão consumerista, visto que ao consumidor está garantida a designação única de substâncias, o que pode facilitar o seu acesso à informação, inclusive no que diz respeito à eventuais alergias.

A Pepsico do Brasil Ltda., detendora da marca ELMA CHIPS, Fabricante dos salgadinhos "Festa Snack" confirma ao público a informação descrita no verso da embalagem que o mesmo CONTÉM GLÚTEN.

Somente nos lotes com vencimento em 20/12/2004, 27/12/2004, 03/01/2005 e 17/01/05, deste salgadinho, foi impresso, por engano na frente da embalagem e junto à data de validade do produto, a informação que o salgadinho Festa Snack "não contém glúten".

A Pepsico do Brasil Ltda., que tem como prioridade máxima o respeito e a segurança de seu consumidor, alerta às pessoas sensíveis ao GLÚTEN sobre essa informação equivocada, colocando à disposição o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), através do telefone 08007034444 (ligação gratuita), para prestar mais esclarecimentos sobre o assunto.

Embora o produto "Festa Snack" mantenha o mesmo padrão de qualidade, natureza, sabor e ingredientes, a Pepsico do Brasil Ltda. Já determinou a retirada do mercado de toda as embalagens que possam confundir o consumidor em relação à presença ou não de GLÚTEN no salgadinho.

Os consumidores sensíveis ao GLÚTEN devem procurar o SAC para substituir o produto.

A Pepsico do Brasil Ltda. ressalta, por fim, eu o salgadinho "Festa Snack" está adequada para consumo.

A Pepsico do Brasil Ltda. tem um compromisso real e contínuo com os seus consumidores, oferecendo sempre produtos de alta qualidade e em conformidade com as leis vigentes no País.

Pepsico do Brasil Ltda. - Elma Chips"

Vale dizer que o Recall trata-se de procedimento formal conduzido junto ao Ministério da Justiça, através do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) que em cumprimento ao artigo 10, §1º da Lei 8.078/90⁵⁰, pelo meio do qual o fornecedor informa o público sobre os defeitos detectados em produtos e serviços colocados no mercado e que são apresentados relatórios de acompanhamento sobre o

⁵⁰ Diz o §1º do artigo 10 da Lei 8.078/90: "O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários."

retorno dos consumidores, danos experimentados, etc, a fim de serem estabelecidas as metas e medidas adequadas para evitar que exista maiores vítimas e prejudicados.

De suma importância que o consumidor que preencha os requisitos informados, responda ao chamamento e archive o comprovante de atendimento para assegurar que cumpriu os procedimentos estabelecidos que supostamente evitarão riscos inerentes ao produto ou serviço defeituoso.

3. A atuação das agências de publicidade e suas responsabilidades

Atualmente a divulgação de produtos e serviços, geralmente não acontece através de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, afinal para atingir o público, as empresas precisam estar presentes em canais de comunicação que sejam acessíveis pelos potenciais consumidores, isso pode significar uma mala direta a médicos, uma mensagem em um blog ou mesmo uma campanha publicitária em canal aberto de TV, nesse sentido:

“Antigamente as relações comunicacionais ocorriam de forma pessoal na maioria dos casos; hoje, ao contrário, o mercado exige do competidor que utilize os meios de comunicação de divulgação de mensagens para uma grande quantidade de pessoas, mas de forma impessoal. Portanto, ocorreu uma modificação na comunicação realizada entre os fornecedores e consumidores, ou seja, antes a confiança requerida do fornecedor era medida pelo próprio consumidor, que geralmente procurava o estabelecimento do fornecedor para adquirir o bem ou serviço; hoje, a modificação proporcionada pelas novas formas de comunicação faz com que o fornecedor encontre o consumidor onde estiver, inclusive, na sala de sua residência.”⁵¹

⁵¹ MASSO, Fabiano Del. Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: 2009. p. 119

Justamente em virtude do aumento de possibilidades de divulgação, em dado momento histórico, houve a necessidade de regulamentação dos serviços profissionais daqueles que criam e agenciam a propaganda, deste modo em 1965, a Lei 4.680 foi promulgada para dispor sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dar outras providências.

Em que pese a anterioridade desta lei face o Código de Defesa do Consumidor, interpreta-se tal diploma como mais uma segurança ao consumidor em relação a possibilidade de questionar anúncios publicitários diretamente ao responsável pelo produto ou serviço, já que apesar das responsabilidades da agência, é reforçado que a mesma age por conta e ordem do anunciante.

Nesse sentido, caberá ao anunciante assegurar que suas diretrizes estão sendo estritamente cumpridas, obrigando-se a acompanhar e aprovar previamente toda criação podendo exigir o regresso do publicitário ou agência, caso haja algum prejuízo decorrente do desvio das orientações do fornecedor contratante, o que nem sempre é de fácil comprovação.

Referida legislação estabelece definições não só em relação aos profissionais da área, mas também aos veículos de divulgação, que para serem considerados como tal deverão ser reconhecidos pelas entidades e órgão de classe habilitados⁵².

⁵² O artigo 4º estabelece que: São veículos de divulgação, para os efeitos desta Lei, 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 consideradas as associações civis locais e regionais de propaganda, bem como os sindicatos de publicitários.

Por não esgotar o tema e visto a necessidade de maior detalhamento e uniformização de critérios da atividade exercida por publicitários, agenciadores e veículos de divulgação, consta em referida legislação determinação no sentido de que a atividade publicitária será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais instituído pelo I Congresso de Propaganda, realizado em outubro de 1957⁵³.

Em 1966, o Decreto 57.690 aprova o regulamento para a execução da Lei 4.680, posteriormente a essa regulamentação, as entidades representativas das Anunciantes, das Agências de Propaganda, dos Jornais diários de circulação paga, das Revistas, das emissoras de Rádio e Televisão, das emissoras de Televisão por Assinatura e dos Veículos de Propaganda ao Ar Livre firmaram acordo para relacionamento comercial, por meio das “Normas- Padrão da Atividade Publicitária”, criando o órgão orientador dos agentes denominado Conselho Executivo das Normas-Padrão, ou simplesmente “CENP”.

Hoje, as Normas-Padrão válidas, são aquelas criadas em 1998, alteradas no ano de 2000, 2001 e 2002, bem como pelo Decreto 4.563 que modificou o artigo 7º do

⁵³ Um dos “Considerandos” da Norma-Padrão da Atividade Publicitária reforça a obrigatoriedade de cumprimento do código de Ética dos Profissionais Instituído pelo I Congresso de Propaganda.

Decreto 57.690/66, incluindo a obrigatoriedade do cumprimento das Normas-Padrão do CENP, conferindo-lhe força de Lei⁵⁴.

3.1 As diretrizes trazidas pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária

Como o próprio nome sugere, o intuito da criação dessas normas é atribuir um padrão mínimo para a atuação na área publicitária, assim dela consta uma divisão bastante didática em relação ao conteúdo, com isso em 1998, tratou-se o tema, conforme a seguir descrito:

1. Conceitos Básicos;
2. Das Relações entre Agências, Anunciantes e Veículos;
3. Das Relações entre Agências e Anunciantes;
4. Das Relações entre Agências e Veículos;
5. Das Relações entre Veículos e Agenciadores Autônomos
6. Do CENP – Conselho Nacional das Normas-Padrão

⁵⁴ Art. 1º O art. 7º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão, com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob nº 263447, 263446 e 282131".(NR)

Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, que mantenham contrato com Agência de Propaganda deverão renegociar, em benefício da Administração, as cláusulas de remuneração da contratada

7. Das Disposições Gerais e Transitórias

No que se refere a conceituação básica, é de suma importância a verificação, sobre tudo no que tange a observância do fato de que nela existem certas terminologias que são equiparadas pela norma em apreciação.

A primeira definição trazida, já traz a equiparação entre publicidade e propaganda, definindo ambas como sinônimas, da mesma forma que o faz o Decreto nº 57.690/66, tratando essas como sendo “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado”⁵⁵. Tal referência, reforça a importância da transparência na divulgação, ou seja, ao atingido pela mídia deve estar claro quem é o autor da mensagem.

Também trata-se da mesma figura, o anunciante e cliente, sendo empresa, entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda, o que pode ser definido como beneficiário direto do anúncio, aquele que investiu para a divulgação.

A definição de agência de publicidade ou agência de propaganda também é alicerçada na definição do Decreto nº 57.690/66: “empresa criadora/produzora de conteúdos impressos e audiovisuais especializadas nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, através de profissionais a seu serviço que estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Comunicação, por ordem e conta dos Clientes Anunciantes com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos, serviços e

⁵⁵ Inteligência do artigo 1.1 – Normas-Padrão da Atividade Publicitária

imagem, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem”.

Da mesma forma, as Normas-Padrão trazem em seu bojo a conceituação de veículo de comunicação, fornecedor de serviços, agenciador de propaganda, agenciador autônomo ou corretor, balcão de anúncios, representante do veículo, desconto padrão de agência, valor bruto, valor líquido e “fee”.

Insta ressaltar que o CENP coloca a agência como um intermediador necessário, já que são limitadas e previstas as possibilidades em que o anunciante e veículo podem contratar diretamente.

Interessante o fato de que a própria norma estabelece o percentual referente a remuneração à criação e produção de conteúdo e intermediação técnica entre veículo de comunicação e anunciante, definindo como 20% (vinte por cento) o “desconto padrão de agência”⁵⁶, sendo possível a negociação desses percentuais para reverter ao Anunciante, nos casos previstos:

SISTEMA PROGRESSIVO DE SERVIÇOS/BENEFÍCIOS

Instituído pelo item 4.4 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária

**INVESTIMENTO BRUTO
ANUAL EM MÍDIA**

**PARCELA DO INVESTIMENTO BRUTO
“DESCONTO PADRÃO DE AGÊNCIA”**

⁵⁶ O item 3.10.2 prescreve a possibilidade de remuneração através de “fee”, porém, neste caso, a agência deverá ser remunerada em valor igual ou aproximado ao que receberia em caso de “desconto padrão de agência”.

A REVERTER AO ANUNCIANTE

Até R\$ 2.500.000,00.	Nihil.
De R\$ 2.500.000,01 a R\$ 7.500.000,00.	Até 2% (dois por cento) do investimento bruto
De R\$ 7.500.000,01 a R\$ 25.000.000,00.	Até 3% (três por cento) do investimento bruto.
De R\$ 25.000.000,01 em diante.	Até 5% (cinco por cento) do investimento bruto.

Nos casos em que a responsabilidade da agência for limitada a contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, o anunciante pagará a agência honorários entre 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento), conforme ajustado e no caso de serviços e suprimentos externos haverá pagamento de 15% (quinze por cento) em relação ao preço do fornecedor a título de honorários para agência.⁵⁷

Sobre a relação entre agências de publicidade, anunciantes e veículos de informação, estas buscam a excelência técnica, tratando-se de uma relação de confiança, inclusive no que se refere a relação financeira, a medida que a agência responde pelos valores recebidos que sejam devidos ao veículo, sendo penalizada com suspensão ou mesmo cancelamento do Certificado de Qualificação Técnica concedido pelo CENP

Referido “Certificado de Qualificação Técnica” será recebido pela agência que alcançar as metas estabelecidas pelo CENP, comprometendo-se aos custos e

⁵⁷ Inteligência dos itens 3.6.1 e 3.6.2 da Norma-Padrão da Atividade Publicitária.

atividades a ela relacionadas e será válido pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos, a critério do CENP, sendo requisitos obrigatórios para o pleito do mesmo, uma estrutura profissional e técnica permanente, bem como o conjunto de informações e dados de mídia mínimos estabelecidos pela norma.

Há também um cuidado em tratar a necessidade de assinatura de mídia em caráter singular, ou seja, cada empresa deverá possuir a sua individualmente, vedada a utilização compartilhada com empresas concorrentes do mesmo grupo, já que estas deverão ter suas próprias cópias autorizadas, do mesmo modo as agências associadas, coligadas ou que tenham acordos operacionais com outras agências estão obrigadas a aquisição dos serviços relativos à sua cidade-sede.

O CENP elenca um rol exemplificativo em relação aos serviços que uma agência deve estar habilitada a prestar a seu anunciante em seu artigo 3.1 e desdobramentos⁵⁸.

Ainda no descritivo das relações ente agência e anunciante, existe o reforço ao fato de que a agência não deve ser mera executora, mas também deve agir em

⁵⁸ 3.1.1 Estudo do conceito, idéia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;

3.1.2 Identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, idéia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;

3.1.3 Identificação e análise das idéias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;

3.1.4 Exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

3.1.5 Elaboração do planos publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (Criação) e o estudo dos meios e Veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados Planejamento de Mídia);

3.1.6 Execução do plano publicitário, incluindo orçamento e realização das peças publicitárias (Produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de Mídia), e no pagamento das faturas.

colaboração a seu cliente, o que do ponto de vista legal, conclui-se que agência em alguns casos possui obrigação de resultado, mas em outros, sua obrigação é de meio, falando-se inclusive em “melhores esforços”.

O Conselho Executivo das Normas-Padrão além de atuar como responsável pela certificação dos atuantes na área e responsável pela criação e interpretação de suas normas, possui um conselho Executivo para direção e também um Conselho de Ética criado para julgar infrações à legislação aplicável, impondo as penalidades previstas em seu estatuto, atuando por intermédio de três câmaras especializadas (Câmara de anunciantes, Câmara de Agências e Câmara de Veículos), cada qual constituída por representantes dos três segmentos, havendo ainda a Câmara de Recursos e do Plenário, para apreciação de recursos afetos.

4. A atuação do consumidor e suas responsabilidades

Ato de consumo deve ser considerado um ato civil, ainda que tenha características específicas, como eventual hipossuficiência ou inversão do ônus da prova.

Existe uma série de projetos de lei que buscam excluir a divulgação de produtos infantis na mídia, de fato deve haver maior cautela ao tratar diretamente com as crianças, porém não parece razoável ignorar que a educação é um processo que muito se relaciona com o contato e experimentação, e que por ser um processo, deve se dar de forma gradual, de modo que havendo a educação para o consumo, certamente esse será efetuado de forma mais consciente.

É importante que exista o acompanhamento dos responsáveis pela criança nesse processo de amadurecimento, até porque são estes que no seu dever de zelo e cautela é que devem efetuar a análise e seleção para prover tão somente o que entenderem necessário para o adequado crescimento e desenvolvimento.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, que entrevistou um total de 2748 pessoas pelo Brasil, dentre eles pais, crianças, educadores, profissionais da saúde e cantineiros, há dados dos próprios pais e profissionais da saúde que reconhecem que a

principal influência sobre a alimentação dos filhos vem dos pais e que a menor influência está na imprensa.⁵⁹

No que se refere à tentativa de estabelecer restrições à publicidade, não é somente em relação a publicidade infantil que isso é percebido, mas também no que se refere a alimentos com menor qualidade nutricional, bebidas etc, nesse sentido declaração interessante e coerente foi a do Professor de Filosofia da Unicamp, Roberto Romano, para a Revista Exame de 18 de junho de 2008, que tratou sobre o grande número de projetos de lei tramitando com finalidade desse tipo de limitação, disse ele:

“Existe no Brasil essa tendência do Estado ser um tutor do cidadão, como se a população fosse um conjunto de crianças”, e completou “ É claro que as drogas que possam causar danos à população têm que ser proibidas, mas não faz sentido o governo escolher o que cada um deve comer ou beber.”

4.1 A observância das instruções e informações relacionadas às suas aquisições

Da mesma forma que as empresas devem ser responsáveis pelos prejuízos que causar, os consumidores devem ser os responsáveis por aquelas condutas que realizar em desacordo com a instrução dada pelos fornecedores, ou seja, o denominado mau uso do produto.

⁵⁹ Pesquisa efetuada pelo Instituto Ipsos a pedido da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas e que buscou entender causas da obesidade infantil. Tal pesquisa é divulgada por completo em diversas escolas e está publicada na íntegra no site www.abir.org.br.

Assim, em tende-se que o consumidor possui o dever de observar todas as instruções antes de utilização de um determinado produto, de modo que uma pessoa que adquiriu uma tintura para cabelos não merece indenização por parte do fabricante, caso não tenha realizado o procedimento de tingimento dos cabelos⁶⁰ conforme publicado no manual de instruções, que se presta justamente a trazer material educativo em relação a forma de utilização, destacando itens como testes de alergias (ou comumente conhecido por “teste da mecha”) e ainda condições de preparo e aplicação.

A contrapartida do consumidor em verificar os dados constantes das embalagens dos produtos, como instruções de uso e composição dos produtos, é justamente o que justifica a necessidade brasileira da fabricação de rótulos informativos e que não se prestam simplesmente a divulgação de marca.

A análise de rótulos de produtos fabricados pelos países, diz muito sobre o direito do lugar de origem, de modo que a partir da análise do conteúdo informativos do mesmo é possível verificar as políticas estatais em questões como educação, saúde pública e direito do consumidor.

⁶⁰ A Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na aprovação dos produtos, também avalia a forma com que a empresa publica informações referente aos produtos, tanto no aspecto de utilização, como em relação aos testes realizados para comprovação dos resultados esperados a serem divulgados, assim quando uma empresa menciona que um produto clareia manchas da pele em 70% das mulheres, essa informação deve ser comprovada por testes que serão validados simultaneamente ao processo de autorização para do comercialização produto.

Com isso, é de fácil constatação que o Brasil trata-se de uma potencia em relação a possibilidade de informação que o consumidor recebe por meio de campanha publicitárias e principalmente pela leitura de rótulos e embalagens, sendo certo que a regulamentação do Ministério da Saúde e da Agricultura destacam-se pela atuação cor meio de regulamentação dedicada ao conteúdo informativo.

Nesse sentido, a Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 211 de 14 de julho de 2005 que trata de produtos de higiene pessoal, cosméticos, e perfumes é um exemplo de regulamentação sobre informações obrigatórias e indispensáveis de rotulagem⁶¹, a saber:

REF.	ÍTEM	EMBALAGEM
1	Nome do produto e grupo/tipo a que pertence no caso de não estar implícito no nome.	Primária e Secundária
2	Marca	Primária e Secundária
3	Número de registro do produto	Secundária
4	Lote ou Partida	Primária
5	Prazo de Validade	Secundária
6	Conteúdo	Secundária
7	País de origem	Secundária
8	Fabricante/Importador/Titular	Secundária

⁶¹ A RDC nº 211/05 define rótulo: identificação impressa ou litografada, bem como dizeres pintados ou gravados, decalco sob pressão ou outros, aplicados diretamente sobre recipientes, embalagens, invólucros, envoltórios ou qualquer outro protetor de embalagens.

9	Domicílio do Fabricante/Importador/Titular	Secundária
10	Modo de Uso (se for o caso)	Primária ou Secundária
11	Advertências e Restrições de uso (se for o caso)	Primária e Secundária
12	Rotulagem Específica (Conforme Anexo V desta Resolução)	Primária e Secundária
13	Ingredientes/Composição	Secundária

A fim de que não paire dúvidas a própria RDC define o conteúdo de cada um dos itens constantes da tabela, porém indispensável neste a transcrição do que se entende por embalagem primária e secundária,:

“Embalagem Primária: envoltório ou recipiente que se encontra em contato direto com os produtos.

Embalagem Secundária: é a embalagem destinada a conter a embalagem primária ou as embalagens primárias.”

4.2 A boa-fé como obrigação de qualquer parte em uma relação

Consideramos uma relação adequada aquela em que ambas as partes estão de boa-fé, quando o consumidor está física, psicologicamente e financeiramente habilitado a adquirir produto e serviço e a empresa está habilitada para a disponibilização no mercado.

Importante dizer que dentro dessa relação ambas as partes devem conhecer o interesse da outra, ou seja, a empresa deve saber, ainda que de forma genérica o que o consumidor busca com a contratação, e o consumidor deve saber o que a empresa pretende quando coloca algo no mercado.

Por óbvio que um maior capaz sabe que atividade mercantil se presta para o lucro e por isso não deve imaginar que somente por esse fato, seria justo que o consumidor fosse colocado como hipossuficiente e que o motivo da empresa é um motivo torpe.

A lucratividade da empresa não pode ser vista como algo que somente afeta a vida de seu proprietário, até porque pode trazer não só emprego, mas também estrutura para as pessoas que ali vivem, desenvolvimento para uma região ou mesmo um país, os benéficos e reflexos não podem ser restringidos.

Uma das questões a se enfrentar reside na diferenciação entre a publicidade que pretende impactar e aquela que vende mentiras, sendo a primeira, aquela que traz a reflexão e trata questões delicadas de forma criativa, por exemplo as questões sociais, ambientais ou políticas e a segunda, que deve ser coibida por enganar o consumidor não só no que se refere ao produto, mas também por tudo que envolve a empresa e sua forma de atuação no mercado.

4.3 A possibilidade de desvios comportamentais como condutas a serem tratadas individualmente

Um dos maiores problemas do consumismo é a condição cíclica que ele estabelece, de modo que existe uma expectativa de satisfação que nunca é atendida. Além disso, o excesso de produtos gera um problema de escassez de recursos naturais, degradação do meio ambiente seja pela produção, ou mesmo pelo descarte de material considerado ultrapassado.

A ação de adquirir produtos através da ação de comprar pode fugir do binômio: necessidade – utilidade, de modo que para algumas pessoas, pode acarretar um comportamento indesejado que deve ser tratado como patologia, o que atualmente é chamado pelos psicólogos de “compras compulsivas”⁶²

O estudo desse tipo de patologia vem aguçando o interesse de psicólogos e psiquiatras em todo o mundo, já que passamos por uma onda crescente de casos, sendo que esse tema foi debatido em 2008 no (nome encontro nacional), gerando uma série de reflexões e artigos sobre a temática, que equiparam a dependência dessas pessoas a encontrada nos dependentes químicos e jogadores compulsivos .

Não há que se confundir o “comprador compulsivo” com o pródigo, afinal a norma trata esse último como o relativamente incapaz⁶³ que dilapida o patrimônio, ou seja, aquela pessoa de gastos excessivos, tratando-se da questão comportamental

⁶² A terminologia é uma tradução livre dos estudos relacionados a “compulsive buying, impulsive buying, pathological buying, disordered buying behaviour”

⁶³ Inteligência do artigo 4º, IV do Código Civil, Lei 10.406/02.

daquele que gasta além do que seu patrimônio pode atingir, o que não necessariamente será o caso do “comprador compulsivo”, já que este pode ser alguém com patrimônio mais que suficiente para saldar suas dívidas, sem contudo racionalizar sua necessidade de aquisições, sendo incapaz de controlar seu comportamento de compra.

Com isso, conclui-se que o pródigo geralmente é um “comprador compulsivo”, mas a inversa pode estar dissociada.

Em referido Congresso que tratou a dependência, compulsão e impulsividade Mônica L. Ziberman, Hermano Tavares e Ana Maria Galetti apresentaram dados estatísticos em relação ao transtorno de comprar compulsivo:

- a estimativa é que acomete potencialmente entre 2% e 8% da população geral;
- o diagnóstico é realizado com maior frequência entre as mulheres (entre 80% e 95%);
- o início se dá geralmente em torno dos 18 anos, mas a percepção ocorre mais tarde, em torno dos 30 anos;
- mulheres geralmente compram roupas, bolsas, sapatos, perfumes, jóias e maquiagens e homens preferem eletrônicos;

Aquele que é acometido por tal compulsão geralmente tem em si sentimentos bastante similares aos alcoólatras após os episódios de compras excessivas, pois no momento há uma enorme sensação de bem estar que posteriormente passa para um

sentimento de culpa e remorso, posto que entendem o caráter socialmente reprovável desta conduta, o que leva muitas vezes a esconder suas despesas dos próprios familiares.

Essa aquisição em princípio gera uma segurança, pois sentem que preencheram o vazio de uma necessidade imaginária, que pode surgir tanto pela percepção do indivíduo, quanto por sua vulnerabilidade em relação às informações obtidas por meio da mídia, que reflete um “status social” percebido pelo público.

Os mesmos Doutores presentes do compêndio do Congresso mencionado, sintetizam fatores envolvidos no transtorno de comprar compulsivamente:

- impulsividade elevada
- baixa auto-estima
- vulnerabilidade a emoções negativas
- suscetibilidade à influência cultural

Alguns radicais atribuem toda a responsabilidade por esse tipo de conduta à exposição do sujeito à mídia, o que não parece o mais sensato, afinal, parece mais razoável que esse seja um dos fatores que influenciam o comportamento, mas que de forma alguma pode ser considerado isoladamente a fim de colocar a oferta como a vilã responsável por todos os tipos de desvios de comportamento vinculados a compras e gastos.

A sugestão de tratamento que foi dada pelos estudiosos, passa pela limitação do poder de compra, como a limitação de saldo em conta, com investimentos que não permitam o resgate automático, o planejamento de compras com certa antecedência e caminho a ser percorrido, prescrição de psicofármacos, como antidepressivos e estabilizadores de humor e participação em grupos e ajuda mútua e ainda o tratamento de outras patologias quando associadas.

Deste modo, parece claro que o indivíduo deverá adaptar-se ao mundo capitalista racionalizando suas aquisições, tendo o bom senso e autocontrole suficientes para não se prejudicar por sentimentos exacerbados quando da realização de compras.

Não há que se transferir a responsabilidade de condutas individuais para as empresas que anunciam, guardada as devidas proporções, seria a justificativa equivocada, como a do estupro que atribui culpa à vítima que era jovem, bonita e estava desacompanhada no momento do ataque.

Do ponto de vista jurídico, polêmico o estabelecimento de restrições ao “viciado”⁶⁴ em compras, quando este possuir patrimônio suficiente para saldar suas dívidas.

⁶⁴ O termo “viciado” está sendo empregado como um sinônimo de “dependente” e não tem a ver com o “vício” tratado nas normas consumeristas, que utilizam o termo para mencionar a inadequação do produto ou serviço.

Sem avaliar a questão humana, esse consumidor quando possui comportamento tido como compulsivo sem acarretar dívidas ou prejuízo de terceiro, não deve ser punido de qualquer forma, contudo a partir do momento que sua atitude pode afetar alguém, o prejudicado poderá solicitar medidas que limite a atuação desse indivíduo que consideramos relativamente incapaz por ter seu discernimento reduzido, já que é um doente.

Desse modo, dizer que a mídia é quem manipula a vontade do consumidor, nem sempre é a verdade absoluta, já que existe uma discrepância enorme entre o que pode ou não atingir o anseio de cada indivíduo, já que por essência, o ser humano possui vontades e desejos individuais de acordo com suas experiências próprias:

“Como conceituado acima, a manipulação depende ou do fator emotivo ou do fator racional. A via racional não nos interessa diretamente nesse trabalho, pois esta opera pelo pensamento lógico, decorrente de um discurso do emissor com argumentação consistente que convence o receptor preparado. Entretanto, a via emotiva pretende fascinar, seduzir o receptor. Pode-se votar em um candidato ao senado devido a uma análise minuciosa de seu plano de atuação, de suas atitudes em cargos anteriores, ou até mesmo por sua personalidade ou formação. Outra forma é votar em um candidato porque se veste bem, é casado com uma mulher bonita, utiliza expressões

lingüísticas diferentes, provem de uma família aparentemente honesta.”⁶⁵

⁶⁵ Masso, Fabiano Del. Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: 2009. p. 119

5. A atuação de terceiros na relação de consumo

Em que pese o fato de ser bilateral, a relação de consumo está muito longe de ser uma relação de interesse restrito às partes imediatamente envolvidas, inclusive porque tanto a propaganda quanto o consumo em si mesmo, geram reflexos diretos na política, economia e em toda a sociedade.

Seria pretensioso imaginar a possibilidade de tratar todas as manifestações externas que interferem na cadeia de consumo, porém restaria incompleto um trabalho acadêmico que sequer levantasse algumas das principais atuações externas relacionadas ao tema.

5.1 As tentativas da Anvisa em intervir na autorregulamentação

Veza por outra, existem iniciativas de no sentido de restringir a publicidade, seja por meio de projetos de lei (e são inúmeros aqueles que tramitam) ou até mesmo na forma de Resoluções.

Em relação a Resoluções, existem duas iniciativas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que merecem comentário, frente ao posicionamento manifesto pela Advocacia Geral da União.

Primeiramente houve a tentativa da Anvisa regular a publicidade de bebidas alcoólicas, que almejava ampliar o conceito desse tipo de bebida, passando a

considerar como bebida alcoólica todas aquelas com gradação acima de 0,5º GL⁶⁶, o foco de tal inclusão certamente repousa no mercado de cervejas, ices e vinhos, a medida que atualmente a legislação somente considera bebida alcoólica aquela com gradação acima de 13º GL, as tratadas pelo mercado como “bebidas quentes”.

Por conseqüência dessa amplitude em relação ao conceito de alcoólicos, a Anvisa desejava que houvesse uma equiparação ao tratamento dado para a divulgação de alcoólicos acima de 0,5º GL ao que hoje é dado às bebidas acima de 13ºGL, dentro das quais destaca-se a impossibilidade de veiculação de publicidade em rádio e televisão fora do período compreendido entre 21 e 6 horas.

Em termos práticos, a redução afetaria sobretudo o mercado de cervejas, já que este é encontra-se entre os principais investidores em publicidade do país, sendo anunciantes de grande porte, sempre presentes nas principais formas de divulgação do país, sendo sempre lembrado como segmento polêmico⁶⁷, porém divertido em suas inserções.

A publicidade de cerveja certamente é assunto tanto para os leigos, seja por trazer celebridades, conceitos novos ou situações cômicas, e também por técnicos e estudiosos da área, sendo um exemplo a campanha “Experimenta”⁶⁸ da Schincariol,

⁶⁶ O teor alcoólico de uma bebida é definida de acordo com a medida Gay Lussac, abreviada pela sigla GL.

⁶⁸ “As metas de crescimento projetadas para dois anos foram atingidas em apenas quatro meses (no final de 2003 atingiu 15,2%). Mais uma vez, o domínio das gigantes do setor estava ameaçado pela empresa que veio de Itu, e, quem saber por isso, se acostumou a PENSAR GRANDE” – GIOSA, Lívio. As grandes sacadas do marketing no Brasil. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009 p. 71.

que não só gerou a multiplicação do jargão pelos consumidores, mas também um aumento considerável em market share para sua fabricante, além de iniciar a própria reflexão sobre a possibilidade de determinados termos em Campanhas⁶⁹.

O que a agência e o Ministério da Saúde justificavam para essa restrição estava no crescente número de jovens e crianças que consumiam álcool, a associação de bebidas com violência, criminalidade, acidentes e mortalidade decorrente do consumo imoderado, bem como os gastos públicos exacerbados decorrentes das conseqüências do alcoolismo.

Ocorre que acertadamente a Advocacia Geral da União manifestou-se no sentido de que a Anvisa não é competente para legislar a respeito da publicidade de bebidas, afinal essa somente poderia ser restringida por lei, valendo ressaltar que a Lei nº 9.294/1996 e o Decreto nº 6.117/2007 definem a bebida alcoólica como sendo aquela com gradação acima de 13º GL e que em seu parecer o Advogado Geral da União indica uma série de malefícios oriundos do consumo de alcoólicos, inclusive equiparando seu consumo ao consumo de drogas e arremata dizendo sobre a necessidade de uma política nacional sobre o álcool.

A outra iniciativa da Anvisa em relação à Regulamentação Publicitária se deu em relação a medicamentos, a partir da Resolução nº 96/2008, que novamente foi

⁶⁹ Atualmente o Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária em seu Anexo P, impede que Cervejas e Vinhos utilizem imperativos de consumo em suas campanhas, sendo bastante rigorosos em relação a desvios de conduta nesse sentido.

apreciada pela Advocacia Geral da União a pedido do Conselho Nacional De Autorregulamentação Publicitária.

O Conar argumentou no sentido de que a Anvisa mais uma vez buscou extrapolar sua competência e a legislação existente sobre o assunto, inclusive no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, posto que haveria uma interferência no conceito de publicidade enganosa e entre outros argumentos de destaque, há o de que o número de restrições impostas inviabilizaria economicamente a publicidade por meio de rádio.

O parecer da AGU examinou o assunto sob três aspectos: o poder regulatório da Anvisa; a regulação da propaganda de medicamentos; a legalidade e constitucionalidade do poder regulatório no caso concreto.

No primeiro ponto, concluiu que:

“a ANVISA é agência reguladora voltada precisamente ao *direito administrativo ordenador* (nova nomenclatura do antigo ‘poder de polícia’) com poderes decorrentes de lei e implícita delegação constitucional, que convive com atos normativos fundados em sua prerrogativa *regulatória* e na soberania do legislador.”

Sobre a regulamentação de medicamentos, entendeu que “é absolutamente notória a assimetria de normatização da propaganda comercial de tabaco e etílicos em relação aos medicamentos. Quanto a estes últimos, limitou-se a lei a pronunciar que deverá ser indicada a advertência obrigatória de que se os sintomas persistirem o médico deverá ser consultado, além de que os medicamentos de venda livre e os anódinos ‘poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.”.

Em relação a legalidade diz sobre a Anvisa:

“Sua atuação é reconhecida em lei e deve ser estimulada, cabendo-lhe o controle da publicidade abusiva, enganosa e a que possa, de qualquer modo, reverter em prejuízo ao público consumidor” e complementa “Não se pode admitir, porém, é a inversão da ordem natural das coisas e se inferir que a maior parte da propaganda venha revestida do manto da ilicitude. Ao poder de polícia não se pode aditar a prevenção contra o modo da organização econômica do setor. O marco da lei é a pauta de atuação da ANVISA.”.

Com isso, mais uma vez a Advocacia Geral da União manifesta-se no sentido de que a Anvisa não é competente para legislar sobre a publicidade, cabendo a ela o cumprimento e fiscalização da lei e não a criação de normas para sua restrição.

5.2 Procon, Idec e a confiança dos consumidores

O direito do consumidor realmente é um exemplo, se não for o maior deles, de que a difusão de preceitos legais em linguagem adequada, acessível e difundida pelas mais variadas formas de comunicação é capaz de gerar uma cultura de consciência do cidadão em relação a direitos.

A possibilidade de acesso à Justiça diretamente por parte do consumidor decorrente da competência dos Juizados Especiais também contribui bastante para que os consumidores exerçam um papel mais atuante na busca de seus direitos.

Além da consciência no acesso ao Judiciário, em geral, os brasileiros também confiam na atuação do Procon – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor e do Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

No estado de São Paulo, o Procon foi “pioneiro na defesa do consumidor do Brasil”⁷⁰ criado pela Lei nº 9.192 de 23 de novembro de 1995 e Decreto nº 41.170 de 23 de setembro de 1996, sendo instituição vinculada à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, tendo personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira, buscando o equilíbrio nas relações de consumo a fim de “oferecer melhoria na qualidade de vida da população”, atuando

⁷⁰ Disponível em <http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=206>, consultado em 15 de setembro de 2010 às 21:32

com apoio de um “grupo técnico multidisciplinar que desenvolve atividades nas mais diversas áreas de atuação, tais como:

“educação para o consumo;

recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços;

orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo;

fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor;

acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas;

estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor;

pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor;

suporte técnico para a implantação de Procons Municipais Conveniados;

intercâmbio técnico com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos

com a defesa do consumidor, inclusive internacionais;

disponibilização de uma Ouvidoria para o recebimento, encaminhamento de críticas, sugestões ou elogios feitos pelos cidadão quanto aos serviços prestados pela Fundação Procon, com o objetivo de melhoria continua desses serviços.”

O Idec, sendo uma organização não governamental sem fins lucrativos se “intitula” parceira do consumidor e reforça sua independência em relação a governos, partidos políticos e empresas, inclusive um exemplo dessa situação está em sua “home page” que trata-se de um site sem publicidade e sem qualquer divulgação que possa comprometer sua bandeira “a favor do consumidor”.

Dentre seus objetivos propostos⁷¹ destacam-se a busca do aperfeiçoamento do mercado de consumo e a contribuição para que todos os cidadãos acessem bens e serviços essenciais, bem como a promoção de conscientização e participação do consumidor, de modo que sua atuação está vinculada a ações judiciais coletivas e também a pesquisas e atuação junto aos órgãos oficiais na busca de melhor atender aos objetivos perseguidos.

⁷¹ Disponível em http://www.idec.org.br/reprod_conteudo.asp em 30 de novembro de 2010 às 20:37.

5.3 Instituto Akatu e a lição de consumo consciente

Além da conscientização em relação aos direitos consumerista, há uma outra necessidade de difusão de cultura tão importante quanto a observada com a divulgação de informações de direitos, porém muito menos conhecida, ainda que crescente: é a cultura relacionada ao comportamento de consumo, a evolução do relacionamento entre aquele que adquire e o que ele adquire, na busca de que essa relação tenha melhor qualidade não só para o indivíduo, mas beneficiando toda a sociedade.

O que se busca com uma educação ligada ao consumo não é apenas o que pode ou não ser feito, mas como é feito, de modo que buscar o consumo consciente.

Nesse sentido, destaca-se o Instituto Akatu que atua com foco em comunicação e educação por meio de mídia impressa e eletrônica e contrariamente aos Institutos de proteção aos direitos de consumidores, busca a parceria de empresas para manter seus canais de comunicação e divulgação de mensagens e projetos educativos, a saber:

“Todo esse processo de comunicação e educação utiliza como base uma metodologia chamada “pedagogias de mobilização”, que foi desenvolvida pelo próprio Akatu. Para dar subsídio a todas as

atividades do Instituto, sejam de comunicação ou educação, a base de conceitos, pedagogias, metodologias, pesquisas, jogos e dinâmicas é constantemente ampliada, buscando, dessa forma, apropriar e melhorar continuamente o conhecimento adquirido.”⁷²

Essa terminologia “pedagogia de mobilização” é bastante descritiva para a atitude que se pretende a fim de difundir a cultura de consumo consciente, inclusive porque o que se espera é que o comportamento individual seja tão coerente e responsável, que seja transmitida de forma a construir um mundo melhor.

À essa crescente tendência de adotar o consumo consciente como alternativa, repousa uma tentativa de melhoria dos valores daqueles que irão efetuar escolhas no mercado, o que reflete a liberdade desejada em um Estado Democrático, a medida que não se proíbe a divulgação das opções, mas sim oferece elementos para decisões acertadas e responsáveis.

5.4 Projetos de Lei relacionados à propaganda

A partir da análise descrita nos capítulos anteriores é possível verificar que existe uma infinidade de normas que tratam de publicidade, conteúdo informativo dos

⁷² Disponível em http://www.akatu.org.br/quem_somos/oquefazemos em 02 de outubro de 2010 às 22:49.

produtos também das responsabilidades daqueles que de alguma forma estão presentes na cadeia de consumo.

Embora os principais diplomas legais tenham sido tratados nos capítulos anteriores, a fim de verificar a tendência legislativa do tratamento da propaganda no país, pertinente o exame de alguns dos mais relevantes projetos de lei que tramitam atualmente na esfera federal.

Na Câmara dos Deputados Federais destacam-se:

Projeto de Lei 5921/01 que dispõe sobre a proibição de propaganda para venda de produtos infantis e encontra-se aguardando o parecer do Relator Deputado Bilac Pinto (PR-MG) na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

Projeto de Lei 342/07 que dispõe sobre a regulamentação da atividade de Ouvidor nas empresas públicas e privadas e encontra-se aguardando o parecer do novo Relator Deputado Chico Dalto (PP-MT) na comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Projeto de Lei 3101/08 que modifica o Código de Defesa do Consumidor, dispondo que as informações referentes à quantidade e conteúdo sejam inscritas na embalagem de produto em caracteres maiores do que os utilizados para a inscrição da marca do produto e exige a instalação de instrumento de pesagem nos locais de venda, obrigando ainda o fornecedor a disponibilizar instrumento de pesagem para aferição

das informações. Tal projeto encontra-se aguardando parecer (em reexame) do relator, Deputado Doutor Nechar (PP-SP), na comissão de Defesa do Consumidor.

Projeto de Lei 3646/08 que altera o Código Brasileiro de Telecomunicações, proibindo a utilização de letra reduzida nos comerciais de televisão e encontra-se aguardando parecer do Deputado Felipe Bornier (PHS-RJ), na Comissão de Defesa do Consumidor.

Projeto de Lei 4841/09 que cria o Sistema Nacional de Controle de Acidentes de consumo – SINAC e encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF.

Projeto de Lei 4289/08 que insere o parágrafo único no artigo 31 do Código de Defesa do consumidor, estabelecendo que as informações constantes dos rótulos de produtos alimentícios deverão ser escrito em letra com o tamanho mínimo de 16 e fonte no modelo "Arial", destacando em negrito as advertências. Tal projeto encontra-se aguardando votação do parecer da relatora, Deputada Sandra Rosado (PSB-RN).

Parecer: Pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa deste, com substitutivo, e do Substitutivo da Comissão de Defesa do Consumidor, com subemenda substitutiva, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Projeto de Lei 1637/07 que dispõe sobre oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional. Tal projeto aguarda parecer do relator, Dep. Julio

Semeghini (PSDB-SP), na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Neste há ainda Projetos anexados: PL 3793/2008 e PL 4462/2008. 24/05 - Apensação do PL-7304/2010 a esta proposição, que *dispõe sobre a obrigatoriedade*

de divulgação de mensagens nutricionais e advertências nos estabelecimentos comerciais e nos produtos que especifica.

Projeto de Lei 4068/08 que proíbe a veiculação de mensagem subliminar na propaganda de bens e serviços e aguarda parecer do relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho (PMDB-RS), na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC),

Projeto de Lei 6968/10 que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar mais claros os critérios a serem obedecidos pela programação televisiva veiculada no horário destinado a crianças e adolescentes e está tramitando em regime de prioridade apensado ao PL-1622/2003*. Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário.

Projeto de Lei 2745/08 que acrescenta artigo ao código de Defesa do Consumidor com a finalidade de identificar os responsáveis pelas informações publicitárias, incluindo os panfletos, prevenindo a publicidade enganosa ou abusiva, estando na COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) para publicação do parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática publicado.

No Senado federal destacam-se:

Projeto de Lei 150/09 que altera o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, para regulamentar a propaganda de alimentos e aguarda designação do Relator, na CMA- Comissão de Meio Ambiente

Projeto de Lei 121/2005 que altera o artigo 23 do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos, para estabelecer a obrigatoriedade de informar o valor energético de produtos apresentados em propagandas de alimentos e bebidas e aguarda parecer do relator, Senador Cícero Lucena (PSDB-PB), na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática.

Projeto de Lei 431/2003 que dispõe sobre as restrições à propaganda comercial de refrigerantes e dá outras providências e aguarda parecer do relator, Senador Cícero Lucena (PSDB-PB) Na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática.

Como é possível observar, diversas questões referentes à propaganda e publicidade estão sendo objetos de projetos de lei e, ainda que não haja avaliação da íntegra dos textos propostos, é de fácil percepção o fato de que tais questões não se tratam de preocupações novas, mas sim de projetos que em alguns casos buscam detalhar a informação de sobre o produto no próprio produto ou em sua divulgação.

Considerações Finais

O presente estudo elaborado de forma a estabelecer cada uma das responsabilidades envolvida na divulgação de produtos e serviços com objetivo de lucro, teve como principal efeito, a verificação da diversidade de legislação e normas regulamentadoras pertinentes à temática.

A pesquisa elaborada através de metodologia qualitativa contou com utilização de acervo bibliográfico e documental, realização de pesquisa teórica e legislativa, e com base em artigos científicos, literatura jurídica e demais publicações relacionadas ao tema, bem como com o recolhimento de associações e entidades relacionadas à pesquisa em comento, inclusive contando com a elaboração de questionários direcionados a seus representantes.

Consoante anteriormente observado, a Constituição Federal estabelece os limites de atuação daqueles que pretendem comunicar, não só considerando o que pretende comunicar, mas também por meio de garantias a outros concorrentes, e principalmente frente ao consumidor.

Tais limites ainda são completados por legislação específica e também por meio de outras iniciativas, como a autorregulamentação publicitária, sistema adotado de forma a administrar padrões éticos mínimos e soluções mais ágeis para conflitos, com

decisões geralmente respeitadas por meio do cumprimento espontâneo ou ainda pela Justiça na condição de opinião especializada sobre o tema.

Da mesma forma, existe a responsabilidade por parte das agências que trabalham a comunicação, que devem garantir o estrito cumprimento das diretrizes do anunciante, vez que agem por conta e ordem do mesmo.

Além de comunicação, resta evidenciado que a propaganda guarda em si uma oferta, que na condição de promessa ao potencial consumidor, que poderá exigir seu cumprimento na esfera judicial, de modo a acessar aquilo que lhe foi divulgado como alternativa de consumo.

Vale dizer que o excesso de comunicação não guarda relação com a qualidade de comunicação, assim, oferecer uma enxurrada de informações não significa que a informação é absorvida ou sequer avaliada, nesse sentido, há ainda terceiros que buscam equalizar os interesses envolvidos na relação de consumo e seus desdobramentos.

Com isso, o anseio por alterações legislativas deveria estar relacionado com a adoção de políticas públicas educacionais para o consumo consciente, afinal nada adianta esclarecer qual o teor nutricional de um produto se a população não entende o motivo pelo qual ela recebe essas informações e a diferença que pode fazer o acesso desse tipo de informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993.

BAGNOLI, Vicente e SUCCAR, Paulo Egídio Seabra. Estudos do direito da concorrência. São Paulo: Editora Mackenzie, 2004.

BAGNOLI, Vicente. Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERTOZZI, Rodrigo D. Marketing jurídico: a nova guerra dos advogados. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto . Responsabilidade Social das Empresas: práticas sociais e regulação jurídica. 1a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAGGIANO, Mônica Herman S. e LEMBO, Cláudio. Direito Constitucional Econômico, uma releitura da constituição econômica de 1988. Baueri: Manole Ltda, 2007.

CARVALHO, José Murilo. A Cidadania no Brasil - o longo caminho. São Paulo : Civilização Brasileira, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária. Instituído em 5 de maio de 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do direito. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE LUCCA. Direito do consumidor. Aspectos práticos – perguntas e respostas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2 ed. 2. ed., 2 tir. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GIOSA, Lívio. As grandes sacadas do marketing no Brasil. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. A livre concorrência como garantia do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, FUMEC, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8ª Edição- Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et tal. Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. A publicidade no direito do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOPES, A. Papagaçu Lopes. Ética na propaganda. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação estatal, volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MASSO, Fabiano Del. Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: 2009.

MIRANDA, Pontes de. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Democracia, liberdade, igualdade. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 6ª ed. atual. Até a EC n. 52/06. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NOVAES FILHO. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 45, de 08-12-2004. 8 ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material : arts. 1º ao 54. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

PAES, P. R. Tavares. Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade, no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSARELLI, Eliana. Dos crimes contra as relações de consumo: lei federal nº 8.078/90. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Concorrência desleal por meio da publicidade. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense,

SILVA, Jorge Alberto Quadro Santos. Cláusula abusivas no código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

Sites de referência:

<http://www.anvisa.gov.br>

<http://www.esmp.sp.gov.br>

<http://www.procon.sp.gov.br>

<http://www.idec.org.br>

<http://www.flickr.com>

<http://www.aba.com.br>

<http://www.conar.org.br>

<http://www.presidencia.gov.br>