

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Clério Rodrigues da Costa

O CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA PELO CONAR E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

SÃO PAULO
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

Clério Rodrigues da Costa

O CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA PELO CONAR E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **ESPECIALISTA em DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS**, sob a orientação da Profa. Dra. *Clarissa Ferreira Macedo D'Isep*

SÃO PAULO
2017

Banca Examinadora

.....

.....

.....

Dedico este trabalho a meus filhos, Fernanda, Pedro e Luisa. Por serem meus filhos e por terem aceitado discutir algumas ideias aqui expostas.

Agradeço à minha orientadora, Professora. Doutora. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, pela motivação e ensinamentos preciosos, sem os quais não teria conseguido elaborar este trabalho.

Agradeço também às Professoras Mestras. Patrícia Raysel Emilio, Rita de Cássia Feitosa Nakamoto e Karla Cristina França Castro, pelo inestimável apoio e enriquecedores debates propiciados nas aulas de seminário.

RESUMO

Este trabalho pretende apresentar e discutir uma forma de proteção dos consumidores em relação à publicidade ilícita, exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), como entidade privada, sem fins lucrativos, que tem, como duas de suas finalidades, fazer valer as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) e decidir os conflitos éticos que tenham por objeto a indústria da publicidade ou de questões a ela relativas. Essa forma privada de controle da publicidade ilícita pode ser bastante efetiva, sobretudo se for exercida de forma integrada e complementar, quando for o caso, com os órgãos de controle estatais. Pode, ainda, expandir sua atuação, participando como *amicus curiae*, em processos judiciais envolvendo litígios relacionados à publicidade. Uma análise do Estatuto Social do CONAR, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do Código de Processo Civil, de julgados realizados pelo CONAR e da doutrina permitem concluir que tal forma de controle da publicidade ilícita, dentro de certas limitações, pode ser efetiva na proteção dos interesses dos consumidores.

Palavras chaves: Controle da publicidade, Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, Consumidores, *Amicus curiae*.

ABSTRACT

This paper intends to present and discuss a form of consumer protection against unlawful advertising, exercised by the National self-regulatory Advertising Council (CONAR), as a private, non-profit entity, which has, as two of his purposes, to enforce the rules of the Brazilian Advertising Self-regulation Code (CBAP) and decide the ethical conflicts that have, as their object, the advertising industry or questions related to it. This form of control of illicit advertising can be quite effective, especially if it is carried out in an integrated manner and, when appropriate, with the organs of State control. It is also possible to expand its acting, participating as *amicus curiae* in Court proceedings involving disputes related to advertising. An analysis of CONAR's Estatute, the Brazilian Self-regulatory Advertising Code, the legislation, CONAR's decisions and the doctrine lead to the conclusion that such a way of controlling illicit publicity, within certain limitations, can be effective in protection of consumers' interests.

Key words: control of advertising, Advertising Self-regulation Code, Brazilian National Council of Self-regulation Advertising (CONAR), Consumers, *Amicus curiae*.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
1.PUBLICIDADE, MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADES.....	8
1.1. Publicidade e Propaganda.....	8
1.2. Publicidade e consumo no mundo pós-moderno.....	9
1.3.A concorrência no mercado publicitário pela atenção do consumidor.....	10
1.4. A publicidade em face dos interesses ou direitos difusos.....	12
2. SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA E O CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR).....	14
2.1. Sistema adotado no Brasil.....	14
2.2. O CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP). Breves considerações sobre a relação jurídica que vincula os agentes do mercado publicitário às decisões do CONAR.....	15
2.3. Considerações gerais sobre os processos investigatórios e contenciosos conduzidos pelo CONAR.....	17
3.O CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CBAP)	18
3.1. Responsabilidade da agência, do anunciante, do veículo de divulgação e das pessoas que participem, com poder decisório, do planejamento, criação, execução e veiculação dos anúncios.....	18
3.2. Recomendações e medidas repressivas aplicáveis pelo CONAR.....	20
4. POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO DO CONAR....	21
4.1.Vantagens e limitações da atuação do CONAR.....	21
4.2. Aplicação de “penalidade” de advertência às pessoas que tenham participado, com poder de decisão, do planejamento, execução e veiculação da publicidade “condenada”. Registro das “penalidades” aplicadas, para efeito de posterior verificação de reincidência e informação ao público.....	26
4.3. Possibilidade de atuação como <i>amicus curiae</i> , em processos judiciais que envolvam matéria relacionada à publicidade.....	27
4.4. Necessidade de atuação integrada com os órgãos estatais.....	28
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

INTRODUÇÃO

O mundo vive uma série de transformações tecnológicas, políticas, econômicas e culturais. Para indicar alguns aspectos dessas transformações, uma série de denominações são utilizadas, tais como sociedade pós-industrial, sociedade de informação, sociedade pós-moderna, sociedade de consumo, entre outras. Independente da denominação utilizada, essas transformações afetam o comportamento das pessoas, seus valores, seu modo de vida e o seu bem estar. No mercado de consumo, a publicidade, a serviço da atividade econômica, na ânsia de conquistar consumidores, é uma atividade que pode prejudicar não apenas a livre concorrência, mas também, e principalmente, os interesses difusos e coletivos, relacionados aos consumidores. Todos esses interesses difusos e coletivos, quando prejudicados por publicidade ilícita, podem ser protegidos, mediante acesso ao Poder Judiciário, provocado por um dos legitimados elencados no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (LACP). No entanto, ante a elevada taxa de congestionamento dos processos no Poder Judiciário, que acarretam morosidade na solução dos conflitos judicializados, é importante buscar outras formas de prevenção e solução de conflitos que afetam os interesses difusos. No mercado da relação de consumo, o controle ou autocontrole da publicidade exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), pode ser uma eficiente forma de proteção dos interesses difusos e coletivos dos consumidores. Essa forma de controle privado da publicidade ilícita será examinada nesse trabalho, verificando-se, ainda, se ela pode ser efetiva na proteção dos interesses dos consumidores.

:

1. PUBLICIDADE E CONSUMO

1.1. Publicidade e Propaganda

Alguns autores utilizam indistintamente os termos “propaganda” e “publicidade”, como se fossem sinônimos. Martinez (2001,p.76) tendo em vista a publicidade voltada aos consumidores, define a publicidade de consumo, como:

O ato lícito, efetuado a expensas do fornecedor, voltado a levar ao conhecimento exclusivo do público consumidor uma imagem ou uma mensagem com um conteúdo informativo, com fins econômicos destinados a fomentar direta ou indiretamente a realização de negócios jurídicos de consumo: diretamente quando vier a ofertar a realização de um negócios jurídico de consumo e indiretamente quando vier a divulgar a pessoa do fornecedor ou seus bens de consumo, para que o consumidor, quando da realização de um negócio jurídico de consumo, prefira este ao da concorrência.

Já propaganda, de acordo com o mesmo autor, embora também seja uma forma de divulgação, como a publicidade, não tem ela caráter econômico, porquanto é apenas um “meio de difusão de ideias, princípios ou teorias de natureza política, social, moral ou religiosa” (Sidou, p. 625).

A doutrina, tendo em vista a finalidade imediata, classifica a publicidade de consumo em dois tipos: institucional ou indireta e promocional ou direta. Segundo Rodycz (2002, p.59) , a primeira tem como escopo “promover a imagem da empresa como um todo, sem visar imediatamente a venda de determinado produto ou serviço” e a segunda visa “vender produtos e serviços determinados”.

A distinção entre esses dois tipos de publicidade de consumo tem diferentes repercussões no mundo jurídico, como bem demonstra Martinez, *et al.* (2001, p.87):

(...) segundo PASQUALATTO, ‘o anúncio institucional em nada obriga o anunciante, pois o conteúdo da mensagem é meramente discursivo.’

Ao não obrigar o comerciante, verifica-se a inexistência de vínculo jurídico resultante da divulgação deste tipo de publicidade que, desta maneira, não configura um negócio jurídico no ato publicitário.

Assim, este tipo de publicidade de consumo é caracterizado como um ato não-negocial, só passa a ter repercussão perante o Direito quando vier a tipificar-se como uma publicidade enganosa ou abusiva, de acordo com a descrição prevista nos arts. 36 e 37 do CDC.

Nesse caso, conforme expressa BENJAMIN, haverá a consecução de uma relação jurídica de consumo que não é caracterizada como contratual, mas que é originariamente tipificada pela própria legislação consumerista, e tem, como vítimas em seu pólo

passivo, conforme o art. 29 do CDC, todas as pessoas determináveis ou não, expostas a esta prática comercial.

(...)

Com relação à publicidade de consumo que visa diretamente à realização de negócios jurídicos de consumo, a questão modifica-se, pois, aqui, a publicidade, ao incentivar diretamente a realização do negócio, vincula o fornecedor àquilo que foi ofertado, caracterizando-se este ato publicitário como um negócio jurídico com repercussão no Direito a partir de sua ocorrência, e não somente, como no caso anterior, quando de sua tipificação enganosa ou abusiva. Neste sentido, então, a publicidade de consumo se caracteriza como um ato negocial preparatório e autônomo, com vistas à realização de um outro negócio jurídico de consumo.

O próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), que é aplicável às duas atividades, distingue uma da outra:

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

Portanto, para os fins deste trabalho, será usada indistintamente apenas a expressão “publicidade”.

1.2. Publicidade e consumo no mundo pós-moderno

O mundo vive uma transformação do Capitalismo global, que se desenvolve com características inéditas, apontadas por Castells, Cardoso e Caraça (2013, p.23):

Ela não é meramente econômica, é estrutural e multidimensional. Os acontecimentos que ocorreram, no seu rescaldo imediato, mostram que estamos entrando num mundo com condições econômicas e sociais muito diferentes daquelas que caracterizaram o crescimento global do capitalismo informacional nas últimas três décadas

Afirmam os autores que a ascensão da cultura da liberdade, por um lado, propiciou o desenvolvimento tecnológico, mas, por outro lado, associada à cultura do empreendedorismo, “também abriu caminho à onda de desregulamentação, privatização e liberalização que fez estremecer a economia mundial, alterou os fundamentos das instituições econômicas e desencadeou a globalização do mercado livre.”(Judt, 2011).

Uma faceta dessa nova sociedade mostra que o consumo ganhou enorme importância num mercado de massa, em que a publicidade, a serviço da atividade econômica, exerce papel relevante no “convencimento” do consumidor a adquirir cada vez mais produtos. Nesse mercado de massa, no qual a publicidade opera, os

destinatários da mensagem publicitária são indeterminados, caracterizando uma impessoalidade no tratamento. Bem por isso, o ordenamento jurídico assegura mecanismos de proteção dos diversos interesses¹ que eventualmente podem ser afetados por publicidade ilícita.

1.3. A concorrência no mercado publicitário pela atenção do consumidor

A audiência da publicidade vinha sendo a medida de sua eficiência. Como afirma Otavio (p. 67):

As unidades de medida da comunicação (GRP, por exemplo) são sempre baseadas nessa audiência a quem a mensagem é dirigida, ou seja, parte-se do pressuposto de que, se houver a definição precisa desse consumidor-alvo pelos procedimentos de marketing e uma adequada escolha dos meios, pelas técnicas de mídia, para se chegar a ele com a mensagem correta, o fato de disponibilizar-se a propaganda já é elemento suficiente para garantir a eficiência da comunicação. E é isso que tem sido feito nas últimas décadas: a utilização de muitas técnicas e processos para comprar os melhores espaços comerciais nas TVs, jornais, rádios e demais meios, de maneira que as campanhas publicitárias estejam visíveis aos consumidores finais a quem elas se destinam.

A audiência, como afirma João Batista, “é pensada desse modo por se ter como premissa a disponibilização da comunicação aos olhos (aos sentidos) do consumidor-*target* é suficiente para que tal comunicação seja eficiente, já que todos os processos de marketing e de mídia levariam à escolha desse consumidor pronto e ávido por apreender tudo que a ele for oferecido”(p. 68).

No entanto, ante a escassez de tempo, apenas a audiência da publicidade não tem sido suficiente para garantir sua eficiência, conforme esse mesmo autor afirma:

(...), algumas pesquisas atestam que, os últimos trinta anos, nossa habilidade para lembrar comerciais de TV sofreu uma queda na ordem de 70% - e o processo de ‘esquecimento’ continua se acelerando: em menos de cinco anos, o índice de click-through dos banners na internet caiu 90% e, de acordo com o especialista em comunicação interativa Sth Godin, no começo do século XXI, cada consumidor está sendo atingido por uma média de três milhões de mensagens comerciais por ano (quase nove mil por dia), o que está

¹ Conforme SENISE (2013, p. 190) os interesses podem ser individuais ou transindividuais ou sociais: “são *interesses sociais* as necessidades ou utilidades da coletividade em geral ou de parte dela. Na primeira hipótese (interesse de toda a coletividade), fala-se que os interesses são difusos; na outra (interesses de grupos, classes ou categorias), que os interesses são coletivos.”

muito acima da capacidade humana de absorção (Tavares Longo, 2009, p. 124-127). (...), os dados acima evidenciam que o processo de redução da visibilidade das publicidades, motivado exatamente pela sua presença excessiva, nos permite apreender porque a abordagem tradicional da propaganda vem gradativamente perdendo influência junto aos consumidores e expectadores a quem ela se dirige e, conseqüentemente, dentro do mix de comunicação adotado pelos departamentos de marketing das empresas, como já apontamos – embora certamente continuando como a forma mais importante de comunicação com a audiência de massa. Essa perda de influência, que vai aportar outras maneiras de organizar a comunicação publicitária, está diretamente ligada a alteração profunda em um dos elementos basais da estrutura e da organização da propaganda tradicional: a audiência a quem ela se destina. (pp. 66/67).

Com esse excesso de publicidade, o consumidor é quem decidir o que ver e o que ignorar. Como afirma Otavio, não “se mostra efetivo, portanto, considerar que tudo o que se apresenta a esse consumidor seja, de fato, ‘consumido’, como prescrevem as orientações do enfoque da audiência” (p. 68).

A respeito, esse mesmo autor afirma que

ganham importância outras formas de anúncio dos produtos, como o *merchandising* (inclusão da propaganda do produto na programação e fora do *break* comercial), o *product placement* (o produto inserido no enredo da programação, como parte da trama, sem ser propaganda intrusiva), o patrocínio, as promoções, o *link* patrocinado (pagamento, pelo anunciante, apenas dos itens acessados e vistos pelos internautas na rede de computadores), dentre outros (p. 69).

Outro aspecto da questão, também apontado por esse estudioso, diz respeito ao conteúdo da publicidade, sobre o qual alguns especialistas defendem a “ideia de a publicidade ser também entretenimento, e, nela, em vez de apenas se comunicarem produtos e serviços, busca-se entreter e divertir o consumidor com temas outros que motivem sua atenção. Nesse espaço, o produto seria apenas um dos elementos da comunicação” (p.69).

Assim, apenas a audiência do consumidor não é suficiente para verificação do sucesso ou eficácia da publicidade. É necessário também que a publicidade consiga despertar a atenção do consumidor. Nessa busca pela atenção do consumidor é que a publicidade pode acabar abordando diversos temas de

interesse geral, como o do meio ambiente, com a finalidade principal de atrair a atenção do consumidor. A questão que se coloca, portanto, é se a publicidade pode fazer uso de temas ambientais, sem qualquer lastro no produto ou serviço oferecido, com a finalidade principal de atrair a atenção do consumidor. E se o CONAR, ao exercer o controle privado ou ético da publicidade.

1.4. A publicidade em face dos interesses ou direitos difusos

Num mercado de massa, a publicidade, a serviço da atividade econômica, exerce papel relevante no “convencimento” do consumidor a adquirir cada vez mais produtos. Nesse mercado, no qual a publicidade opera, os destinatários da mensagem publicitária são indeterminados, caracterizando uma impessoalidade no tratamento. Bem por isso, o ordenamento jurídico assegura mecanismos de proteção dos diversos interesses² eventualmente afetados por publicidade ilícita.

Nesse cenário, Vidal (2015, p.154) destaca o potencial danoso da publicidade ilícita, em prejuízo do cidadão, individual ou coletivamente:

A publicidade (...), pelo seu caráter persuasivo, objetiva não raro criar valores, forjar necessidades, estabelecer paradigmas sociais, que, de algum modo, induzam ao consumo. Exatamente por isso encontra nos meios de comunicação de massa seu instrumento básico de veiculação. É indiscutível, deste modo, que, paralelamente a eventual impacto produzido no mercado, em específico, a prática publicitária irradia efeitos perante a sociedade com um todo.

Nesse sentido, cria padrões, influencia valores, constrói e desfaz preconceitos. Dentro dessa diretriz existe um conjunto de normas constitucionais que têm no seu espectro semântico o propósito de defesa do cidadão, individual e coletivamente.

O próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária reconhece que a publicidade exerce forte influência na ordem cultural sobre grandes massas da população:

Art. 7 . De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por

² Conforme SENISE (2013,p.190) os interesses podem ser individuais ou transindividuais ou sociais: “são *interesses sociais* as necessidades ou utilidades da coletividade em geral ou de parte dela. Na primeira hipótese (interesse de toda a coletividade),fala-se que os interesses são difusos; na outra (interesses de grupos, classes ou categorias), que os interesses são coletivos.”

Agências e Profissionais sediados no país – salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por agência aqui estabelecida.

Natural, portanto, que a publicidade esteja sujeita a certas limitações e controles. Sobre as limitações, Vidal (2015, p.162 e 163) afirma:

(...), disposições constitucionais predispostas à proteção do patrimônio cultural; da infância e da juventude; da inclusão social, em todas as suas dimensões; da família; da dignidade da pessoa humana; dos valores sociais do trabalho; da intimidade; do pluralismo político; da segurança pública; do meio ambiente e do idoso constituem, indubitavelmente, limites ao exercício da publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, no artigo no artigo 37, e parágrafos 1 e 2, define e proíbe toda e qualquer publicidade enganosa ou abusiva:

Art. 37. É proibida toda 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 à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Já o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), editado pelo CONAR, com base no artigo 17 da Lei 4.680/65, como Código de Ética dos Profissionais de Propaganda e Publicidade, estabelece logo no artigo 1, seção 1 (Preâmbulo), que “Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país”. Obviamente, não se poderia conceber que algum anúncio pudesse contrariar alguma lei do país. De todo modo, deixa claro que todo anúncio deve respeitar a legislação, inclusive a que diz respeito ao consumidor, como o Código de Defesa do Consumidor.

2.SISTEMAS DE CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA E O CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR)

2.1. Sistema adotado no Brasil

Os sistemas de controle da publicidade podem ser classificados em três tipos: a) privado, autorregulamentar ou ético; b) público, estatal ou governamental; c) misto (entre público e privado).

O sistema público ou estatal subdivide-se em judicial, exercido pelo órgãos do Poder Judiciário, e administrativo, exercido por órgãos administrativos da Administração Pública, tais como os encarregados da proteção dos consumidores. Esses órgãos administrativos de defesa do consumidor podem, administrativamente, exercer o controle da publicidade que prejudicar os interesses individuais ou difusos dos consumidores. Em caso de necessidade, podem também levar a questão à apreciação do Poder Judiciário.

O sistema privado é constituído pelas pessoas físicas e jurídicas, envolvidas no meio publicitário, entre eles os anunciantes, as agências publicitárias e veículos de comunicação social, que, sem qualquer interferência estatal, criam regras de limitação à publicidade, com previsão de aplicação de algumas recomendações em caso de descumprimento, e fiscalizam sua observância. Trata-se de um autocontrole, exercido pelas próprias pessoas envolvidas com a contratação, produção e divulgação da publicidade. No Brasil, este controle privado ou autocontrole é exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que constituído por Comissões.

Embora tenha sido constituído inicialmente para proteção da livre concorrência e do consumidor, em caso de ofensa a qualquer interesse difuso, inclusive do meio ambiente natural, o sistema privado pode ser provocado a atuar.

O sistema misto abrange os dois sistemas mencionados anteriormente, podendo funcionar concomitantemente ou não. É o sistema existente no Brasil. Existe o controle estatal, exercido pelo Poder Judiciário e por órgãos administrativos, paralelamente ao controle privado, exercido pelo CONAR.

2.2. O CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP). Breves considerações sobre a relação jurídica que vincula os agentes do mercado publicitário às decisões do CONAR.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, é uma associação civil sem fins lucrativos, com duração ilimitada, fundada em 05.05.1980, com sede na cidade de São Paulo, na Avenida Paulista, 2073, Conjunto Nacional, Edifício Horsa II, 18 andar, com as seguintes finalidades, de acordo com artigo 5, de seu Estatuto social:

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

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é a denominação atual do antigo Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, a se refere o artigo 17 da Lei Federal n. 4.680, de 18 de junho de 1965, quando determina que a “atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”

É também o mesmo Código referido no Decreto Federal n. 57.690, de 01 de fevereiro de 1966, que regulamenta a Lei Federal n. 4.680/1965, quando estabelece que o a “Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965;”

Importante observar também que o quadro social do CONAR é constituído, de acordo com o artigo 8 de seu Estatuto Social, por “entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor”.

Esses associados, conforme o artigo 11, par. 1, do Estatuto Social do CONAR, são admitidos no quadro social, mediante solicitação do interessado e aprovação da respectiva ficha proposta pelo Conselho Superior, pela qual assumem o compromisso de respeitar e cumprir o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Admitidos ao quadro social, tornam-se sócios, comprometidos a seguir as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a acatar as decisões do Conselho de Ética e do Conselho Superior do CONAR, como expressamente estabelece o artigo 9, nos incisos I e II, do Estatuto social do CONAR:

I. Fundadores: as entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e de anunciantes que tenham subscrito como fundadoras os atos constitutivos do CONAR.

II. Efetivos: entidades e empresas que aderirem ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e se comprometerem a seguir suas normas e a acatar as decisões do Conselho de Ética e do Conselho Superior do CONAR.

III. Titulares: entidades e empresas que aderirem ao Código

Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e se comprometerem a seguir suas normas e a acatar as decisões do Conselho de Ética e do Conselho Superior do CONAR, e que não optarem pela admissão ao quadro social como associado efetivo.

IV.Honorários: pessoas físicas ou jurídicas que tenham prestado relevantes serviços à ética na atividade de propaganda, seja por atuação ou estudos.

§ 1º - O associado fundador estará incluído no quadro social também como efetivo.”

Nota-se, portanto, que os agentes do mercado publicitário estão vinculados à observância tanto do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária quanto às decisões emanadas do CONAR, não apenas por força do disposto no artigo 17 da Lei Federal n. 4.680/196, mas também pelo compromisso que assumem ao se associarem ao CONAR, com o qual estabelecem uma relação contratual.

Aliás, a respeito, O CONAR, em seu site (<http://www.conar.org.br>, “SOBRE O CONAR”, HISTÓRIA, consulta feita em 28.09.2017)), ao relatar sua história, afirma que, para fazer valer o Código, já instaurou mais de 9 mil processos éticos e promoveu um sem-número de conciliações entre associados em conflito e que “Nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso.”

2.3. Considerações gerais sobre os processos investigatórios e contenciosos conduzidos pelo CONAR

Os processos constituem procedimentos administrativos que, além de assegurarem amplo direito de defesa, são orientados pelos critérios da simplicidade, economia processual e celeridade (art. 13, RICE). Podem ser investigatórios ou contenciosos. O investigatório (arts 15 e 16, RICE), que poderá ser convertido em processo contencioso ou arquivado, tem por finalidade apurar: I)Eventual transgressão a recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação

Publicitária; II) Dúvida acerca da responsabilidade pelo anúncio; III) Qualquer elemento indispensável ao conhecimento da causa.

O processo contencioso, será instaurado, tendo em vista anúncio ou campanha publicitária objeto de representação escrita, diante de evidência de transgressão a preceitos do Código, apresentada pelo Presidente do CONAR, de membro do Conselho Superior do CONAR, do Diretor Executivo do CONAR, de associado ou de Grupo de Consumidores (art. 17, RICE). As representações de ofício de iniciativa do Conselho Superior poderão dar corpo a denúncias formuladas por órgãos/autoridades dos Poderes Públicos e as do Diretor Executivo do CONAR poderá inspirar-se em queixas de consumidores (art. 17, par.2, RICE)

Pode atuar também de forma preventiva, respondendo consulta prévia de sócio ou associado sobre a adequação de anúncio às regras do Código.

Em certos casos, é possível a concessão de medida liminar para imediata sustação da veiculação de anúncio, objeto de representação, até a decisão final do processo (arts. 30/34, RCE).

Ademais, o Plenário do Conselho de Ética poderá aprovar Súmulas, que poderão propiciar o processamento e decisão mais rápidos, quando a infração caracterizar hipótese sumulada. O relator poderá substituir seu parecer pela invocação de súmula, inclusive para concessão de medida liminar de sustação da veiculação do anúncio objeto da representação (art. 48, RICE).

Os recursos cabíveis, ordinário e extraordinário, interpostos contra as decisões proferidas não têm efeito suspensivo (arts. 40/47, RICE).

3. O CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CBAP)

3.1. Responsabilidade da agência, do anunciante, do veículo de divulgação e das pessoas que participem, com poder decisório, do planejamento, criação, execução e veiculação dos anúncios.

O maior interessado no sucesso, na publicidade de consumo, nas duas modalidades (direta e indireta) é o anunciante (fornecedor ou produtor); inclusive, é ele quem contrata a publicidade e quem fica vinculado à proposta ou oferta nela

feita, no caso de publicidade promocional. O veículo da publicidade é apenas o meio utilizado para veicular a publicidade. Já a agência de publicidade ou o profissional contratado para elaboração do anúncio, apenas o produziu. A comunicação com o universo potencial de consumidores, por intermédio da publicidade, é feita pelo anunciante; é ele que estabelece uma relação comunicacional com os consumidores. Obviamente, como nenhuma publicidade pode ser veiculada sem sua autorização, ele, anunciante, é o principal responsável por eventuais efeitos danosos gerados pela publicidade. Talvez, por isso, poucos se dão conta de que também a agência e o veículo podem ser responsabilizados.

De acordo com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), a responsabilidade pela observância das normas de condutas que prescreve, cabe ao Anunciante e à sua Agência, bem como ao Veículo (art. 45, caput). O Anunciante, sempre será responsável integralmente pela publicidade (art. 45, alínea “a”).

A Agência, a que cabe ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o cliente anunciante a cumprir sua responsabilidade, responde também, em solidariedade, pela publicidade (art. 45, alínea “b”).

Já os Veículos, recebem a recomendação de, como medida preventiva, estabelecer um sistema de controle interno na recepção de anúncios, cabendo-lhe (art. 45, alíneas “c”): a) recusar o anúncio, “independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, quando entender que seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nessa hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético”; b) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação; c) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9 (“teaser”); d) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça; e) no controle da recepção de anúncios, deverá adotar maiores precauções com relação às peças apresentadas sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. A responsabilidade dos Veículos será equiparada à Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de

recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR.”.

Podem responder, também, perante o CONAR, além das pessoas jurídicas (Agência, Anunciante e Veículos), “os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios” (art. 46, CBAP). Essas pessoas, físicas ou jurídicas, portanto, respondem perante o CONAR por anúncios ilícitos, ou melhor, que contrariem o CBAP, inclusive na parte que dispõe sobre o meio ambiente e ecologia.

3.2. Recomendações e medidas repressivas aplicáveis pelo CONAR

Repressivamente, o CONAR pode, assegurando o contraditório e ampla defesa, aplicar as seguintes recomendações aos infratores das regras do Código de Autorregulamentação Publicitária (CBAP): a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do Anúncio; c) recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Em certos casos que demandam alguma atuação urgente, é possível a concessão de medida liminar para imediata sustação da veiculação de anúncio objeto de representação, até a decisão final do processo (arts. 30/34, do Rice). Importante observar que o CBAP não utiliza a expressão “penalidade”, mas “recomendação”, o que já denota certa insegurança quanto ao caráter coercitivo de suas decisões. No entanto, de acordo com o disposto no artigo 17 da Lei Federal n. 4.680/1965, regulamentada pelo Decreto Federal n. 57.690/1966, e do compromisso que os associados do CONAR assumem de cumprir as normas do CBAP e de acatar suas decisões, de modo que aquelas elencadas no artigo 50 como “recomendações” não são meras recomendações, mas penalidades, sanções mesmo, que podem, inclusive, se necessário, ser executadas mediante provocação do Poder Judiciário. Quer dizer, se suas decisões não forem acatadas, o CONAR pode, a par, a par de divulgar sua posição em veículos de comunicação, aplicar a penalidade ao associado, prevista em seu Estatuto social, buscar a tutela

jurisdicional para fazer valer sua decisão ou obter igual decisão do Poder Judiciário, para o que teria legitimidade. Aliás, como visto, o CONAR relata que, nas poucas vezes em que suas decisões foram questionadas em juízo, saiu-se vencedor nas demandas

4. POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO DO CONAR

4.1. Vantagens e limitações da atuação do CONAR

A taxa de congestionamento de processos no Judiciário, no Brasil, continua alta, como demonstra o Relatório Justiça em Números 2017, ano base 2016 (página 180), recentemente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça:

O numero de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma media de 14,3 processos a cada 100 habitantes.

A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta).

A demora, a par do custo, para solução das lides pelo Poder Judiciário é um dos maiores entraves que, por vezes, pode desestimular a escolha por tal via estatal de solução das controvérsias, inclusive das que envolvam o controle da publicidade ilícita.

O controle da publicidade ilícita exercido pelo CONAR apresenta algumas vantagens em relação ao controle estatal. Repressivamente, pode ser exercido de

forma mais célere, porquanto não depende de excesso de formalismo, assim como poderia mais rapidamente adaptar-se às novas exigências sociais e de mercado, e sem custo para o consumidor.

No entanto, o CONAR não detém poder coercitivo de fazer cumprir suas deliberações de correção ou suspensão da publicidade patológica, porquanto são meras recomendações. Suas deliberações, em caso de não acatamento, levam apenas à divulgação de sua posição em Veículos de divulgação. Nada impede, todavia, que venha a se valer a via judicial para compelir o responsável a cumprir a “recomendação” que deliberou no processo administrativo.

Não se tem notícia de casos em que as recomendações do CONAR não tenham sido acatadas. No entanto, também não se tem notícias de aplicação de qualquer “penalidade” de advertência às pessoas que, com poder decisão, tenham participado do planejamento, criação, execução e veiculação de anúncios patológicos.

Ademais, o CONAR não cuida dos danos causados, morais e materiais, gerados por publicidade ilícita. Ou seja, não cuida dos efeitos danosos gerados pela publicidade ilícita, o que configura uma limitação de sua atuação. Em casos assim, as pessoas prejudicadas terão de se socorrer do controle estatal para buscar ressarcimento dos prejuízos sofridos.

De todo modo, a atuação célere do CONAR que levar à alteração ou sustação da publicidade ilícita já terá sido útil à sociedade, porque, pelo menos, levará à cessação da atividade danosa.

Grande parte das denúncias recebidas pelo CONAR tem sido feitas por consumidores, como demonstram os seguintes dados colhidos entre os anos 2010 e 2014, divulgados no site do CONAR. Nesse período, foram recebidas as seguintes quantidades de representações: 2010 (376), 2011 (325), 2012 (357), 2013 (340) e 2014 (308). Entre as denúncias recebidas em 2014, 56,8% foram apresentadas por consumidores, 28,2% por associados, 9,1% pelo CONAR de ofício, 4,9% pelo Conselho Superior. Por setores anunciantes, figuraram: 20,5% - medicamentos, outros produtos e serviços para saúde; 15% - outros setores; 12% - alimentos, sucos e refrigerantes; 9,4% - bebidas alcoólicas; 8,1% - moda, lojas e varejo.

Com relação ao tema, motivo ou questionamento das representações recebidas em 2014, podem ser destacados o seguinte: 36,4% - apresentação

verdadeira; 14,2% - respeitabilidade; 7,4 % - adequação às leis; 6,5% - cuidados com o público infantil; 6,3% - responsabilidade social.

No ano de 2014, o CONAR proferiu 344 decisões, das quais 41% foram arquivadas e 59% foram julgadas procedentes, com: 36,5% - alteração do anúncio; 13% - sustação do anúncio e 9,5% - advertência.

Abaixo, seguem alguns casos julgados pelo CONAR:

Caso 1:

“VERACIDADE”

“BG – PATRÍCIA POETA CHOCA AO PARECER 10 KG MAIS MAGRA”

Representação n. 229/16

Autor: Conar mediante queixa de consumidor

Decisão: Sustação e advertência

Fundamento: Artigos 1, 3, 6, 9 e 27, parágrafos 1 e 2, 28, 30 e 50, letras “a” e “c” do Código e seus Anexos H e I.

“Consumidora carioca enviou e-mail ao Conar queixando-se de postagem em internet que não deixa clara a sua natureza publicitária. Além disso, o anúncio não divulga o registro do produto junto às autoridades sanitárias e não comprova os resultados apregoados, de perda de peso.

A B G Comércio (Nutreo) não apresentou defesa.

A relatora recomendou a sustação da peça publicitária, agravada por advertência à B G Comércio, citando também os veículos onde o anúncio foi divulgado. “É muito preocupante a postura desta anunciante, que usa de forma totalmente incorreta e de má fé a ferramenta de *branded content*, não deixando claro que se trata de conteúdo publicitário, além do próprio conteúdo não ter nenhuma comprovação”, escreveu ela em seu voto. “Ainda mais preocupante é a quantidade de veículos que têm sido cúmplices deste tipo de comunicação. No momento em que o compartilhamento de *fake news* tem crescido exponencialmente, é um dever dos veículos prezarem ainda mais sua credibilidade e idoneidade”. Seu voto foi aceito por unanimidade”

Caso 2:

“A MAIOR PROMOÇÃO DO ANA CAO A”

Representação n. 299/16

Autor: Conar, mediante queixa de consumidor

Decisão : Alteração e advertência

Fundamento: Artigos 1, 3, 27, parágrafos 1, 2 e 3, e 50, letras “a” e “b”, do Código.

“Anúncio em jornal da revenda Ford Caoa atraiu reclamação de consumidor de Belo Horizonte (MG), que considerou incompletas as informações referentes às condições de pagamento, destacando “Taxa 0%”, o que é desmentido por *lettering* presente no anúncio.

O anunciante e sua agência negaram razão à denúncia, considerando as informações exatas, correspondendo às recomendações do Código.

O relator não aceitou os argumentos da Ford Caoa e Z+, propondo a alteração, de forma que sejam mais bem expostas as condições para se obter a prometida taxa.

Seu voto foi acolhido por unanimidade e recebeu complemento, este por maioria de votos, de advertência ao anunciante e sua agência, pelo entendimento que a conduta de ambos induz o consumidor ao erro.”

Caso3:

"NOVA PAJERO."

Representação nº 51/00

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: MMC Automotores e Lowe Loducca

Decisão: Advertência.

“Consumidor envia e-mail ao Conar reclamando de anúncio em revista da Mitsubishi Motors criado pela Lowe Loducca, onde uma Pajero aparece sobre um tapete feito a partir do couro de um rinoceronte. O consumidor diz considerar o anúncio um "incentivo ao desrespeito à natureza", pelo fato de os rinocerontes serem animais em risco de extinção. A Lowe Loducca enviou defesa, onde informa que a idéia central do anúncio visa apenas mostrar a capacidade do veículo de superar qualquer obstáculo. A escolha do animal recaiu sobre o rinoceronte por ser conhecida a facilidade com que derruba carros. "Mas a Mitsubishi tem uma grande preocupação com a ecologia, e foi necessária muita criatividade para conjugar a Pajero e o rinoceronte de modo que parecesse imediatamente que se tratava de uma cena irreal, *nonsense*. Por isso, optamos por uma imagem impossível, totalmente inconcebível", diz a agência em sua defesa, frisando que a imagem do tapete é uma montagem manipulada em computador. Os argumentos da defesa convenceram parcialmente os membros da 1ª Câmara que, após longo debate, deliberaram pela advertência ao anunciante”.

Caso 4:

"Fiat Strada Adventure - 25 anos mudando conceitos"

Representação 222/01

Autor: Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante e agência: Fiat e Leo Burnett

Decisão: Advertência.

“ Um iguana está parado no meio de uma estrada sem movimento. Ao ouvir o barulho de um carro se aproximando, ele se desloca lentamente em direção ao acostamento. A câmara não acompanha os movimentos do iguana, de forma que vemos apenas a estrada vazia na medida em que o barulho do motor se torna mais e mais intenso. Repentinamente, ouve-se o splash típico de esmagamento, momento em que a câmara corta para o Fiat Strada

Adventure, trafegando rapidamente no meio de um campo, com locução em off: "Existe vida após o asfalto. Chegou Strada Adventure". Ao longo do filme, pode-se ver em *lettering* a seguinte frase: "O animal deste comercial não sofreu maus-tratos". O filme criado pela Leo Burnett para a Fiat e veiculado em TV provocou protestos de consumidores de Curitiba, Rio, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília e várias outras cidades, num total de nove e-mails enviados ao Conar, um deles com 23 assinaturas. Todos consideraram que, ao sugerir o atropelamento do iguana, o filme pode incentivar maus-tratos em animais ou, ao menos, demonstra descaso para com o regramento ético-publicitário, pois este prega a defesa da ecologia e prescreve preocupações com a responsabilidade social. Em sua defesa, Fiat e Leo Burnett lembram a inserção do *lettering* no filme e consideram que o barulho de esmagamento pode ser interpretado como o de um obstáculo superado, e não necessariamente a do atropelamento do animal. O relator recomendou advertência ao anunciante e sua agência. "Não se pode ignorar a percepção dos consumidores reclamantes, que interpretaram o áudio como sendo de um atropelamento. Ainda que o argumento da defesa indique que a interpretação é fruto da imaginação, o fato é que a percepção dos reclamantes e a sua imaginação refletiram a cena descrita", escreveu o relator em seu voto. Ele propôs advertência por entender que houve procedência na representação, mas não intenção de dano ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária pela Fiat e Leo Burnett. Seu voto foi aceito por maioria.

RELATÓRIO

Esta representação de ofício movida pelo Diretor Executivo do Conar, nos termos do § 1º do artigo 49, dos Estatutos Sociais, tem fundamento nos artigos 1º, 2º, 3º, 6º e 36 do CBARP e base em queixas de consumidores formuladas ao comercial do produto FIAT STRADA ADVENTURE, do título "Lagarto", que acaba de ser exibido nesta câmara, veiculado pela agência Leo Burnet Publicidade Ltda. No período de 08 a 23 de setembro, o Conar recebeu 9 reclamações, sendo uma delas de entidades ligadas à defesa do meio ambiente e proteção da natureza contendo 23 assinaturas. As reclamações referem-se ao fato de o comercial sugerir o atropelamento ou o esmagamento do animal, o que seria um incentivo a maus-tratos aos animais e descaso com a ética publicitária e com a defesa da ecologia. As queixas são contundentes, apesar do *lettering* inserido no anúncio, que adverte: "o animal deste comercial não sofreu maus-tratos". Eis algumas frases extraídas aleatoriamente das mesmas: - "tal anúncio fere frontalmente a legislação ambiental do País (Lei 9.605 de crimes ambientais), bem como a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (UNESCO, 1978)"; - "Se a Fiat pode atropelar iguanas, por que aqueles que não respeitam animais não podem fazer o mesmo?"; - "Muito embora em letras diminutas a Fiat declare no comercial que nenhum animal foi ferido na produção do VT, o comercial é de mau gosto, sugere o desrespeito à natureza e a falta de segurança de todo ser que respira"; - "Isto é um absurdo! Como se fosse pouco o total desrespeito à vida dos animais que impera neste País."; - "Absurdo V.Sas. deixarem ir ao ar propagandas que desenvolvam sentimentos de destruição";

A DEFESA

Referindo-se à degradação do comercial, a defesa pondera que as queixas são decorrentes da interpretação dada ao comercial pelos queixosos e não retratam o que ocorre no filme publicitário. Que o barulho ouvido além de ser interpretado como um choque com a Iguana, poderia sê-lo como a ultrapassagem de um obstáculo na estrada, ou de outras maneiras, conforme a imaginação. E que o *lettering* "O animal deste comercial não sofreu maus-tratos" fora colocado justamente para evitar que o barulho fosse interpretado como agressão ao animal, que é nascido e criado em cativeiro e seu proprietário tem autorização do IBAMA para participar de produções de comerciais. Conclui por solicitar o arquivamento desta representação, por considerá-la improcedente, pois que a peça publicitária não afronta os artigos do CBARP que a fundamentaram, não fere as leis vigentes, respeita o meio ambiente, não falta à responsabilidade junto ao consumidor e não há qualquer depredação da fauna. Este é o resumo dos fatos.

PARECER E VOTO

Não se trata de avaliação da solução criativa e sua pertinência, nível de impacto e capacidade de retenção da mensagem junto ao público-alvo, aspectos que despertam a atenção de publicitários. Ao se fazer uma reflexão detida sobre esta representação, não se pode ignorar a percepção dos consumidores reclamantes, que interpretaram o áudio como o atropelamento do animal. Ainda que o argumento da defesa indique que a interpretação é fruto da imaginação, com o que concordamos, o fato é que a percepção dos reclamantes e a sua imaginação refletiram a cena descrita por eles. Em assim sendo, considero procedente a Representação e, por considerar não havendo a intenção por parte da Fiat Automóveis S/A e sua Agência em causar prejuízo à fauna e ao meio ambiente, voto pela aplicação da medida de advertência, com base no artigo 24, § 2º, do Regimento Interno do Conselho de Ética.”

]

4.2. Aplicação de “penalidade” de advertência às pessoas que tenham participado, com poder de decisão, do planejamento, execução e veiculação da publicidade “condenada”. Registro das “penalidades” aplicadas, para efeito de posterior verificação de reincidência e informação ao público.

As “penalidades” (recomendações) mais severas que podem ser aplicadas pelo CONAR são as de alteração e de sustação do anúncio. Deliberações que já podem até ser antevistas pelos interessados, mas que ainda assim preferem veicular a publicidade, de modo que, calculadamente, por qualquer tempo que ela permaneça em veiculação já terá valido a pena para o anunciante.

Essas penalidades, alterar ou sustar (interromper) o anúncio podem até já terem sido previstas pelo Anunciante, a Agência ou pelo Veículo que arcariam apenas com eventuais custos da alteração ou da sustação, que se, já internalizados no custo da produção, possivelmente até já previstos, não configuram qualquer efeito pedagógico para evitar novas infrações ao CBAP.

Como o próprio CBAP prevê, além das Agências, dos Anunciantes e dos Veículos, as pessoas, com poder de decisão, que tenham participado do planejamento, criação, execução e veiculação da publicidade, são responsáveis pela infração ao CBAP. De maneira que, a par das recomendações de alteração ou sustação da publicidades “condenada”, nos casos em ficar evidenciado o dolo, o CONAR deveria também aplicar a penalidade de advertência à Agência e ao Anunciante e, se o caso, ao Veículo, bem como a todas as pessoas, com poder de decisão, que participaram do planejamento, criação, execução e veiculação, Mas não é isso o que acontece. Pelos dados divulgados pelo CONAR, percebe-se que o

número de advertências é bem inferior ao somatório das recomendações de alteração ou correção dos anúncios.

A atuação do CONAR poderia ser mais efetiva, se em todos os casos em que reconhecesse a procedência da denúncia, também avaliasse a conduta dos profissionais que contribuíram, com poder de decisão, para produção e veiculação da publicidade, aplicando-lhes a “penalidade de advertência”, quando lhes fosse reconhecida responsabilidade para tanto. Essa atuação, teria efeito pedagógico, prevenindo novas infrações ao CBAP e serviria para que o público tivesse acesso a tais informações, que poderia ser para formar seu convencimento do momento de consumir. Poderiam até ser úteis para se saber, mediante simples pesquisa no site do CONAR, a existência de denúncias ou de decisões condenando anúncios, com identificação das respectivas agências, anunciantes, veículos e profissionais envolvidos nos anúncios “condenados”. Tais penalidades poderiam ser registradas em um cadastro para consulta pública e até mesmo para verificação de eventual reincidência.

4.3. Possibilidade de atuação como *amicus curiae*, em processos judiciais que envolvam matéria relacionada à publicidade.

O CONAR tem, entre suas finalidades, conforme dispõe o artigo 5, inciso III, de seu Estatuto Social, “Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada”. A finalidade de prestar assessoria técnica às autoridades públicas, pode ser compreendida também como fornecer subsídios técnicos em matéria de publicidade às autoridades judiciais; ela pode ser plenamente atendida, ao funcionar como *amicus curiae*, em processos judiciais que envolvam matéria relacionada à publicidade.

O novo Código de Processo Civil, por seu artigo 138, autoriza tal intervenção judicial:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão

social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

Desse modo, o CONAR pode cumprir tal finalidade, intervindo nos processos judiciais que envolvam matéria relacionada à publicidade para fornecer ao magistrado, condutor do feito, subsídios técnicos para o julgamento da causa.

4.4. Necessidade de atuação integrada com os órgãos estatais

Como visto, a atuação do CONAR encontra algumas limitações naturais no que diz respeito à proteção dos interesses dos consumidores. Ainda que implantasse e aplicasse todas as medidas de sua alçada, alguns casos de publicidade ilícita ou patológica, ainda demandariam a atuação estatal, especialmente nos casos de geração de danos morais e ou materiais. A atuação estatal poderia ser exercida tanto pelo órgão administrativo, com aplicação de multa ou mediação entre as partes, quanto por órgão jurisdicional, devidamente provocado pelas pessoas legitimadas.

É importante, portanto, que o CONAR, os órgãos administrativos estatais e as pessoas legitimadas para a defesa dos interesses difusos mantenham constantes canais de comunicação, de modo a noticiar um ao outro a ocorrência de casos que supostamente poderiam demandar atuação paralela ou complementar.

CONCLUSÃO

Cabe ao CONAR, de ofício ou mediante representação, observado o devido processo administrativo, decidir e expedir recomendação pela alteração ou sustação de publicidade que cause ou possa causar dano aos consumidores, além de advertir o profissional da publicidade, a pessoa representante do anunciante, responsável pela decisão de aceitação do anúncio, ou a pessoa representante do veículo, responsável para aceitação da veiculação do anúncio a ser alterado ou sustado. Essa atuação do CONAR é de grande importância para o controle da publicidade patológica ou ilícita, mormente porque é exercido por pessoas envolvidas no meio publicitário e que podem mais facilmente contribuir para o desenvolvimento e difusão de uma cultura ética, de respeito à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões, e de respeito ao ordenamento jurídico. Para maior efetividade de sua atuação, poderia, ainda, buscar maior aproximação com os diversos órgãos estatais responsáveis pela defesa dos interesses dos consumidores e dos demais interesses difusos e coletivos, para uma atuação complementar com o sistema estatal. Poderia, ainda, por sua “expertise”, funcionar como *amicus curiae* em demandas judiciais que versarem sobre matéria relacionada a publicidade, e criar um cadastro das recomendações expedidas, com identificação dos profissionais da publicidade, das agências e dos veículos envolvidos na publicidade alterada ou sustada, para consulta pública e verificação de eventual reincidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTELLS, M., CARDOSO, G. e CARAÇA, J. **A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

JUDT, T. **III Fares the Land**. London: Penguin Books, 2011.

SENISE, R. **Manual de Direito Civil: Teoria do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 8 Ed., 2013.

LEMOS, P. F. I.. **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora RT, 2 Ed., 2008

NUNES JR, V. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2015.

MARTÍNEZ, R. **Publicidade de Consumo & Propedêutica do Controle**. São Paulo: Juruá, 2001.

SIDOU, J. M. O. **Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 10 Ed., 2009.

BARROS FILHO, C. e DAINEZE, G. **Devaneios sobre a atualidade do Capital**. Porto Alegre: CDG, 2014.

DUPAS, G. **Ética e poder na sociedade da informação**. São Paulo: UNESP, 2000.

SILVA, A.B. **Mentes Consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 1 Ed., 2014.

Regimento Interno do Conselho de Ética do CONAR – RICE. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 11/06/2015.

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 11/06/2015.

Relatório Justiça em Números 2017: Disponível em: www.cnj.br. Acesso em 27/09/2017