

Publicidade Abusiva em Mídia Exterior: responsabilidade pela fiscalização¹

Adriana Rodrigues FERREIRA²

Leila Carvalho Fernandes PARANAIBA³

Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-Goiás

Resumo:

O objetivo deste trabalho é compreender a quem compete a responsabilidade por fiscalizar e como acontece a fiscalização da administração pública sobre a publicidade abusiva em mídia exterior em Goiânia. Para tanto foi utilizada pesquisa bibliográfica, documental e entrevista pessoal. O estudo revelou que não há um consenso estático sobre a competência de fiscalização, bem como não há uma definição precisa sobre o que vem a ser publicidade abusiva.

Palavras-chave: publicidade abusiva; Direito do Consumidor; fiscalização.

1. Introdução

Este trabalho discute a efetividade da fiscalização da publicidade abusiva em mídia exterior, compreendendo a veiculação de mensagens de divulgação de produtos e serviços por meio de *outdoor* e similares. O tema foi escolhido porque constantemente se tem observado a veiculação desse tipo de mensagem em vias públicas e também por ser um assunto pouco debatido entre os operadores do Direito, além de ser polêmico nos julgados encontrados na jurisprudência, haja vista a dificuldade de conceituação ou separação entre o que é publicidade abusiva e publicidade enganosa e também para definir quem são os legítimos a serem autuados e a qual órgão cabe a fiscalização.

Os legisladores cuidaram para que essa matéria também fosse tutelada pelo Direito, daí a sua importância, mas o contraponto está em saber de que forma o Estado acompanha a aplicação do Direito ao caso concreto, ou seja, a partir da veiculação da publicidade abusiva, quais medidas são tomadas em desfavor daqueles que infringem a lei? Apenas o Estado é o responsável por coibir essa prática?

¹ Trabalho apresentado no IJ 06 – Interfaces Comunicacionais do XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste realizado de 19 a 21 de maio de 2016.

² Orientadora do trabalho e professora do curso de Publicidade e Propaganda da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-Goiás, e-mail: adrianarf.cos@gmail.com.

³ Estudante do 10º período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-Goiás, e-mail: leilacarvalho.adv@gmail.com.

Diante do exposto, este trabalho estuda a forma de fiscalização pública sobre a Publicidade compreendida como abusiva em mídia exterior no município de Goiânia, capital do Estado de Goiás. Para a realização do estudo foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e documental e a entrevista pessoal.

2. A publicidade abusiva

Em sentido amplo, prática abusiva é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, afrontando os princípios que devem ser observados. Segundo Fernandes Neto (2004), a publicidade abusiva está relacionada ao conteúdo da mensagem publicitária que afronta a moral, a ética e os bons costumes, causando mal-estar ou constrangimento sem, necessariamente, ter relação com o produto ou serviço que se está divulgando. De modo genérico, estaria diretamente ligada à ideia de desatenção ou desrespeito explícito aos valores que norteiam os sistemas normativos no qual a sociedade está inserida.

A publicidade abusiva não se confunde com a enganosa, visto essa geralmente estar relacionada à divulgação de uma inverdade sobre o produto ou serviço que induz o consumidor a erro, causando prejuízo econômico a uma coletividade de consumidores.

A publicidade abusiva se alicerça no abuso do direito de se manifestar o pensamento, afrontando princípios e normas basilares do Estado Democrático de Direito e também específicos da Comunicação Social, qual seja, o Princípio da Função Social da Comunicação.

O artigo 187 do Código Civil assevera que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Daí a importância de se limitar o abuso do direito à comunicação ou veiculação de produtos e serviços de forma indiscriminada.

No Código de Direito do Consumidor o conceito de publicidade abusiva não está totalmente preciso, pois traz situações exemplificativas. É o que se extrai do artigo. 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que enumera circunstâncias em que há afronta à moral pública e aos valores do ordenamento jurídico:

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

A publicidade abusiva aparenta ter obediência às normas e princípios da comunicação social, mas na verdade, não obedece, sendo prejudicial aos interesses da sociedade em geral e do meio social em que se insere, afrontando o que determina o artigo 37 do CDC.

Como já delineado, a natureza abusiva da publicidade não está relacionada a um público específico, nem ao produto ou serviço que está sendo divulgado, e sim se relaciona com a mensagem que está sendo publicitada, no contexto social que ela está sendo divulgada.

A publicidade abusiva tem caráter difuso, isto significa dizer que esta circula indiscriminadamente a qualquer tipo de público e tem leitura atentatória às garantias elencadas no artigo 37 do CDC, valores estes defendidos pela Constituição Federal, quais sejam, a não discriminação, a promoção da paz social, a proteção à criança, ao adolescente e ao idoso, o respeito aos valores ambientais, à tutela da saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros necessários ao desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária.

Quando o legislador enumerou diversos objetos jurídicos incluindo no texto a expressão ‘dentre outras’, tornou ilimitados os objetos jurídicos que podem ser tutelados quando da emissão de publicidade abusiva. Assim, a mensagem que seja contrária à ética, a moral ou à ordem pública também será considerada abusiva, pois o rol é exemplificativo.

Fernandes Neto (2004) acha importante frisar que a valoração do que pode ser considerado como mensagem abusiva deve levar em conta o interesse juridicamente protegido pela norma, os valores e os usos e costumes da sociedade. O interesse jurídico é sempre coletivo e a vedação não pode ser aplicada a partir do interesse de um grupo isolado de consumidores ou a partir de subjetivismos e posições pessoais de um ou outro.

3. Da responsabilidade sobre a publicidade abusiva

Diversos ordenamentos protegem o receptor da mensagem publicitária antijurídica, não sendo relevante o fato de ter adquirido ou não o produto ou serviço. No direito consumerista

brasileiro há forte corrente que prega a responsabilidade civil objetiva para a agência, o veículo e a até mesmo à celebridade que emprestou a sua imagem ao produto ou serviço.

Além do CDC, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que vem para regulamentar as normas éticas aplicáveis à publicidade, no artigo 3º assevera que “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor”, pela leitura do artigo é possível entender que a responsabilidade pela publicidade divulgada ao consumidor é de todos aqueles que concorrem para a sua circulação.

Em verdade, a responsabilização pela circulação de publicidade abusiva é matéria de ordem controvertida porque nenhuma norma deixou incontestes de dúvida esse assunto. O artigo 7º, parágrafo único do CDC especificamente prega que “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Como se observa, o núcleo da norma é amplo, não restringe o sujeito responsável pela infração, de forma que toda pessoa que praticar a conduta vedada responderá pelas sanções cominadas.

No Brasil, a responsabilidade civil pela divulgação de mensagem abusiva é objetiva para o anunciante e subjetiva para a agência ou veículo de comunicação, ou seja, pode ser requerida quando provada a culpa ou o dolo. Porém, há divergência doutrinária para a matéria, pois existem doutrinadores que pregam a responsabilidade tanto do anunciante quanto da agência e do veículo de comunicação, de forma solidária.

Assim, em regra, todos os integrantes da cadeia de consumo são responsáveis por eventuais danos causados aos consumidores, razão pela qual é cabível a propositura de ação de indenização em face do anunciante, da agência de publicidade que produziu o anúncio e do veículo utilizado para fazer a mensagem circular.

No entanto, tal responsabilização não ocorrerá caso o veículo de comunicação não tenha condições reais de saber o caráter ilícito da publicidade, isso representa que a agência e o veículo só serão corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente, mesmo na esfera cível. Nesse sentido, segue a corrente doutrinária com o entendimento de que as empresas de comunicação não respondem pela publicidade de cunho abusivo. Tal responsabilidade se direciona aos fornecedores que a patrocinam, no caso, os anunciantes.

Esse entendimento segue a responsabilização na medida da culpabilidade de cada envolvido na cadeia de comunicação. Logo, tem-se a responsabilização se o veículo de comunicação agiu dolosamente.

Percebe-se, então, que pelo CDC impingir dualidade de interpretação, parte da doutrina consumerista entende que a responsabilidade sobre o reparo dos danos causados pela veiculação de publicidade abusiva é objetiva e recai tanto para o fornecedor quanto para quem produziu e difundiu a mensagem. Contata-se também que nessa seara há controvérsias, pois pode ser encontrado nos tribunais julgados que não responsabilizam os veículos de comunicação que promoveram a circulação da peça publicitária, mas apenas o proprietário do produto ou serviço que difundiu a mensagem de cunho abusivo.

A doutrina também orienta que ao ser constatado que a mensagem é abusiva, o poder público, que é parte legítima em primeiro grau para fazer cessar o abuso, deve retirar a mensagem de circulação sem fazer alarde, para que o fornecedor não alcance o objetivo de chamar a atenção para aquele produto ou serviço.

4. Poder de Polícia da Administração Pública

O Direito Administrativo trata praticamente de matérias que versam sobre o conflito da liberdade individual com a autoridade que a Administração Pública tem para estabelecer limites para a convivência pacífica em sociedade e o poder dever de ingerência do Estado nas causas que envolvem as questões sociais.

O Estado é dotado de poderes políticos e administrativos capazes de estabelecer esses limites de convivência, os poderes políticos são exercidos pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Já os poderes administrativos são desenvolvidos por todos os que integram os poderes políticos, que atuam à sombra do princípio administrativo da supremacia do interesse público.

Dentro dos poderes administrativos figura, com especial atenção, o poder de polícia que é o poder fiscalizador, limitador, presente nos três níveis da Administração Pública. Em regra, tem competência para policiar quem dispõe do poder de regulamentar e é a Constituição que delimita a competência de cada ente da federação.

Em princípio, a competência de fiscalizar é exclusiva de cada ente que regulamentou a matéria, por exemplo, matéria de competência nacional é regulamentada e fiscalizada pela União, a exceção é a concorrência da competência, por exemplo, matéria regulamentada pela União ser fiscalizada tanto pela própria União quanto pelos estados e pelos municípios. O que irá influenciar essa dimensão será o interesse da matéria para a sociedade e, é claro, para a Administração Pública.

Com esse preâmbulo já se consegue formatar uma definição de como a Administração Pública se utiliza dessa ferramenta administrativa para “condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. (MEIRELLES, p. 129, 2004)

Quando trata do poder de polícia, dois aspectos ficam bem evidenciados, de um lado, o cidadão que quer exercer de modo pleno seus direitos e de outro, a Administração Pública, que tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo.

Além das particularidades do poder de polícia, resta evidenciar algumas diferenciações entre o poder de polícia administrativo do poder de polícia judiciária e do poder de manutenção da ordem pública. Os dois últimos são exercidos sobre os cidadãos individualmente e respectivamente pela Polícia Civil e Polícia Militar. Já o poder de polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades e não sobre as pessoas.

Contemporaneamente, tem-se também a distinção entre o poder de polícia geral e o poder de polícia especial, sendo esta a que cuida de setores específicos da atividade humana, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar e aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas.

Ainda falta demonstrar que o poder de polícia originário se diferencia do poder de polícia delegado, posto que, aquele nasce com a entidade que o exerce e este provém de outra, por meio de transferência legal. O poder de polícia originário é pleno, e o delegado é limitado.

A competência para exercer o poder de polícia é, em primeiro plano, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria. Assim, para Meirelles (2004, p.128) “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos a regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia

estadual, e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”.

4.1 Formas de Fiscalização

A tarefa de defender o consumidor exige atuação integrada de diversos órgãos públicos, além do órgão específico, responsável por aplicar a Política Nacional de Relações de Consumo, que é o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

No Brasil adota-se a modalidade do controle misto, em que a intervenção sobre a publicidade é distribuída entre o Estado e os organismos privados (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e Associação das Agências de Publicidade, por exemplo). A Constituição não permite que haja censura prévia, ou seja, a fiscalização sobre os anúncios sempre ocorrerá em momento posterior.

Na esfera pública, a fiscalização é distribuída entre os entes federal, estadual e municipal que atuam de forma provocada. Na esfera privada, os órgãos privados que fiscalizam a mensagem publicitária atuam na forma de autodisciplina ou autorregulamentação, o que não vincula todos os envolvidos na cadeia de comunicação, apenas os que aderem voluntariamente à tal modalidade, pois não são normas jurídicas.

A fiscalização dos diferentes tipos de publicidade não é direcionada a apenas um órgão, pois depende do conteúdo que está sendo divulgado ou do veículo de comunicação que está sendo utilizado. Assim, as obrigações de fiscalização de cada agente variam de acordo com a atividade e o segmento de atuação.

Como exemplo tem-se a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – que é uma autarquia com a missão de promover e proteger a saúde da população e intervir nos riscos decorrentes da produção e do uso de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária, em ação coordenada com os estados, os municípios e o Distrito Federal.

Essa agência é responsável pelo controle sanitário e pela fiscalização da propaganda de todos os produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde pública, tais como, medicamentos, alimentos, saneantes, cosméticos, hemoderivados, imunobiológicos, agrotóxicos, insumos médico-hospitalares, produtos derivados do tabaco, inclusive em portos, aeroportos e fronteiras.

Então a regulação e a fiscalização da propaganda, da publicidade, da informação e da promoção de produtos sujeitos à vigilância sanitária que versam sobre essas matérias são fiscalizadas pela ANVISA. Essa agência foi responsável pela redução da promoção dos produtos derivados do tabaco por meio de materiais publicitários, que passaram a ser acompanhados de imagens de advertência.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR – é a instituição que fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil, norteando-se pelas disposições contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. É mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados (anunciantes, agências e veículos) e tem sede na cidade de São Paulo, atuando em todo o país.

O CONAR não exerce censura prévia sobre as peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Sua missão inclui principalmente o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou tentar impedir a veiculação do anúncio.

Essa entidade é uma organização não governamental e não tem poder legal de tomar qualquer atitude para proibir a propaganda. O órgão não tem autonomia para aplicar multa. A instituição pode apenas recomendar a suspensão de certa publicidade por ferir as normas. Cabe às agências aceitar ou não as recomendações do órgão. Hoje sua principal função é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial evitando que tais propagandas possam prejudicar o consumidor, bem como proteger os bons costumes das diferentes regiões do país, o que acaba muitas vezes gerando grandes polêmicas no que diz respeito às decisões do órgão.

Em Goiânia, compete à Agência Municipal do Meio Ambiente (AMMA) a fiscalização da mensagem publicitária abusiva em mídia exterior.

Essa agência foi criada pela Lei municipal nº. 8.537, de 20 de junho de 2007, e substituiu a extinta Secretaria Municipal do Meio Ambiente – Semma. Trata-se de uma

autarquia municipal, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, que integra a estrutura administrativa indireta da Prefeitura de Goiânia e é jurisdicionada à Secretaria de Governo.

O trabalho da AMMA consiste em coibir, de forma ostensiva, a instalação de qualquer tipo de peça publicitária que interfira na paisagem urbana e que esteja contra as normas determinadas pela legislação, garantindo a eficácia de sua ação fiscalizadora.

Os artigos 138 e 150 do Código de Posturas do município de Goiânia definem:

Art. 138. A exploração ou utilização dos meios de publicidade e propaganda nos logradouros públicos ou em qualquer lugar de acesso ao público depende de autorização prévia do órgão competente da Prefeitura.

§ 1º As exigências e autorização do presente artigo serão aplicadas e concedidas às empresas de publicidade e propaganda, e abrangerão todos e quaisquer meios e formas de publicidade e propaganda, de qualquer natureza

[...]

Art. 150 - É expressamente proibida a inscrição e a afixação de anúncios e publicidade de qualquer natureza nos seguintes casos:

[...]

II - quando forem ofensivas à moral ou contiverem referências desprimorosas a indivíduos, estabelecimentos, constituições ou crenças;

De outro ponto, em sendo a publicidade classificada como prestação de serviço, está sujeita ao poder de polícia dos órgãos de defesa do consumidor. Assim, além da fiscalização pelos órgãos públicos responsáveis por fiscalizar a atividade publicitária de veiculação, destacando-se aqui a competência da Prefeitura de Goiânia, há a atividade de outros órgãos igualmente competentes por fiscalizar a mensagem publicitária, referindo-se, à Anvisa, ao CONAR, dentre outros. Vê-se, então que a competência é concorrente. Depende de quem aciona e ambas têm a característica de ser provocada, pois não existe controle prévio.

Para desenvolvimento deste trabalho foi realizada entrevista pessoal com a Coordenadora de Programação e Controle Fiscal da AMMA, Nedy de Castro Jandiroba, que afirmou que em Goiânia apenas a AMMA é o órgão competente para fiscalizar a publicidade exterior.

Segundo a coordenadora, a maior parte das ações de fiscalização acontece de forma provocada, ou seja, via denúncia. Nely de Castro explicou, ainda, que a fiscalização ocorre

de forma espontânea ou direcionada, sendo a direcionada por meio de denúncias e a espontânea é aquela que o fiscal trabalha nas regiões sob a responsabilidade dele.

A coordenadora relatou que os fiscais não têm conhecimento técnico sobre os conceitos e interpretação do que venha a ser publicidade abusiva, o que acaba deixando o julgamento do fiscal sem fundamentação técnica, conseqüentemente, admitindo que a fiscalização seja realizada de forma discricionária.

5. Conclusão

O presente trabalho trouxe a discussão sobre a fiscalização pública sobre as mensagens publicitárias abusivas veiculadas em mídia *outdoor* no município de Goiânia, tendo como ponto de partida o que é definido pelo ordenamento jurídico.

Obteve-se o entendimento que todo o ordenamento está permeado por princípios que servem como esteio para a aplicação do direito. Não obstante, a Publicidade também tem seus próprios princípios que norteiam a mensagem desde a criação até a sua efetiva circulação. As mensagens publicitárias que destoam desses princípios são interpretadas pelo Direito como mensagens ilícitas.

A publicidade é parte de um amplo universo que alcança os fenômenos de mercado e na perspectiva jurídica está amparada pelo Direito do Consumidor, porque afeta sujeitos vulneráveis, que são os consumidores. O Direito reconhece o poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores, porque cria expectativas que precisam ser protegidas e os protege por meio do Código de Defesa do Consumidor.

As matérias veiculadas em diferentes meios publicitários são fiscalizadas por diferentes órgãos. Não há um consenso estático sobre a competência de fiscalização. Da mesma forma que não há uma definição precisa sobre o que vem a ser publicidade abusiva.

Outra divergência encontrada se refere à imputação da responsabilidade sobre a circulação da mensagem abusiva. Há quem defenda que todos da cadeia de comunicação podem ser responsabilizados, mas encontram-se também aqueles que identificam que tão somente o anunciante deve ser responsabilizado.

A fiscalização da publicidade abusiva, segundo a Constituição, acontece de forma concorrente entre os três entes da federação. Em Goiânia, o poder executivo determinou à

Agência Municipal de Meio Ambiente a competência para fiscalizar o veículo de comunicação e a mensagem veiculada em espaços públicos. Porém, há ainda o obstáculo de especializar tecnicamente esse órgão, pois o julgamento sobre o que é ou não é abusivo é realizado por pessoas sem capacidade técnica especializada, o que acaba deixando o procedimento vulnerável à discricionariedade do agente fiscalizador.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda [*et al.*]. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. São Paulo: Ed. RT, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CENP. **Normas Padrão da Atividade Publicitária**. São Paulo: CENP, 1998.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo. CONAR, 1980.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FACHINI, Dedé. **A importância da publicidade na sociedade de consumo**. Disponível em: <http://dedefachini.blogspot.com.br/2011/04/importancia-da-publicidade-na-sociedade.html>. Acesso em set. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; [*et al.*]. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Gen, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NETO, Guilherme Fernandes. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Direito do consumidor**: oferta e publicidade. São Paulo: Anhanguera, 2010.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A influência da publicidade na relação de consumo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/imprimir/4982/influencia-da-publicidade-na-relacao-de-consumo>. Acesso em set. 2015.

VILELA GUGLINSKI, Vitor. **Princípios norteadores do direito do consumidor**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12232&revista_caderno=10>. Acesso em maio 2015.

WIERZCHÓN, Silvana Aparecida [*et al.*]. **Princípios gerais da defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor.** *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2702. Acesso em set. 2015.