

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO DO CONSUMIDOR:

práticas comerciais e proteção contratual

Coordenação:

Lilian Rose Lemos Rocha

Ricardo Morishita Wada



Lilian Rose Lemos Rocha
Ricardo Morishita Wada

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO DO CONSUMIDOR:

práticas comerciais e proteção contratual

Organizadores:

Naiara Ferreira Martins

Pedro Almeida Costa

Rafael de Almeida Guimarães

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Brasília, 2016.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB/ACC | André Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Ar Design

Caderno de pós-graduação em direito : direito do consumidor – práticas comerciais e proteção contratual / Coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, Ricardo Morishita Wada. – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2016. 122 p. : il.

ISBN 978-85-61990-53-4

1. Direito do consumidor. 2. Proteção do consumidor. 3. Desenvolvimento econômico. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU: 347.451.031

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
COLETA DE DADOS NAS NOVAS MÍDIAS DIGITAIS E PRÁTICAS ABUSIVAS: NETWORKING TARGETING E O FACEBOOK.....	11
<i>CAIO FELIPE CAVALCANTE CATARCIONE DE CASTRO</i>	
PUBLICIDADE EM MÍDIAS SOCIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: OS NOVOS ATORES DA PUBLICIDADE ON-LINE.....	33
<i>NATHALIA CORRÊA DE SOUZA</i>	
A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA CONTRA A PUBLICIDADE FRENTE À LIVRE INICIATIVA, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A AUTONOMIA DOS PAIS NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS: ESTUDO DE UM CASO JUDICIAL.....	61
<i>CAMILA DA SILVA BARREIRO</i>	
RESPONSABILIDADE DOS SUPERMERCADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS SEGUROS E COM AS DEVIDAS INFORMAÇÕES AO CONSUMIDOR	87
<i>ALEXANDRE SANCHES DE OLIVEIRA</i>	
PRODUTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO À INFORMAÇÃO	101
<i>EDUARDO HENRIQUE SOUSA GUIMARÃES</i>	



PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *ebook*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.



APRESENTAÇÃO

Os artigos reunidos e selecionados para publicação neste Caderno de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília retratam temas importantes do direito do consumidor.

A linha de convergência entre eles é a atualidade dos conflitos relatados e a preocupação com a proteção dos consumidores e também com o desenvolvimento da sociedade.

Partilha-se de uma perspectiva importante quando se considera o marco legal de proteção ao consumidor não apenas como um instrumento de defesa, mas também de desenvolvimento.

Pode-se afirmar que há uma atualização da dogmática de proteção ao consumidor, como espelhado na revisão levada adiante pelas Nações Unidas no ano de 2015. Se é importante pensar o direito do consumidor como instrumento de proteção, do mesmo modo, fundamental avançar com sua outra dimensão que incentiva a qualidade, competitividade e inovação, estando assim atrelada ao desenvolvimento da sociedade e sua economia.

Os reflexos deste revisão crítica podem ser examinadas nas pesquisas realizadas e que resultaram nos artigos desenvolvidos pelos alunos da pós-graduação. Busca-se um sensível e complexo equilíbrio entre a proteção do consumidor que precisa ser realizada, mas também, sem excluí-la, estabelecer os arcabouços necessários para o desenvolvimento da atividade econômica. Trata-se de etapas – degraus – que precisam ser superados e que ao final resulte no equilíbrio entre a proteção da pessoa e o desenvolvimento econômico.

Dos cinco artigos selecionados, dois artigos tratam das novas tecnologias da informação. No primeiro caso enfrenta-se o desafio da privacidade dos consumidores e os limites necessários para que o uso dos dados seja considerado adequado perante as normas de proteção e defesa do consumidor. No segundo artigo enfrenta-se o tema da publicidade nos blogs, isto é, nas páginas eletrônicas de relatos pessoais de outros consumidores e a incidência do regime jurídico da publicidade prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Nos outros três artigos, os temas são desafiadores e bastante atuais. No artigo que trata da proteção da infância diante dos anúncios publicitários, adotou-se como base para discussão e reflexão um caso de atuação administrativa de um órgão de proteção e defesa do consumidor que levado ao juízo teve no mérito sua aplicação afastada. No centro do debate estava a possibilidade e os limites para intervenção do Estado nas publicidades dirigidas às crianças. Trata-se de um tema sensível e o entendimento, muito bem relatado, pertence ao pós-graduando pesquisador.

Nos dois últimos artigos retrata-se uma preocupação com os produtos alimentícios que chegam até a mesa do consumidor. Num artigo há o relato e a análise dos casos de resíduos de agrotóxicos relatados pelo órgão nacional de vigilância sanitária – ANVISA e os seus efeitos em relação ao direito do consumidor. E no artigo final, o debate sempre caloroso da informação ao consumidor dos produtos transgênicos.

Agradeço e parablenizo aos alunos de pós-graduação pelo trabalho realizado, a professora Fernanda Vilela Oliveira pela assistência nas aulas e na revisão dos artigos. Registre-se também meus agradecimentos por todo o apoio da direção do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, na pessoa do Dr. João Herculino de Souza Lopes Filho, assim como, por todo o trabalho, apoio e orientação da Coordenadoria de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília na pessoa da Professora Doutora Lilian R. Lemos Rocha.

Ricardo Morishita Wada

Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)/ICPD

COLETA DE DADOS NAS NOVAS MÍDIAS DIGITAIS E PRÁTICAS ABUSIVAS: NETWORKING TARGETING E O FACEBOOK

THE NEW DIGITAL MÍDIAS DATA COLLECT AND ABUSIVE PRACTICES: NETWORKING TARGETING AND THE FACEBOOK CASE

Caio Felipe Cavalcante Catarcione de Castro¹

SUMÁRIO: 1. Os novos paradigmas das mídias digitais. 2. Métodos de publicidade e a coleta de dados do consumidor. 3. Do direito à informação, do direito à proteção dos dados pessoais e das práticas comerciais abusivas. 4. A coleta de dados e o caso facebook. 5. Conclusão.

RESUMO

As novas tecnologias de mídia digital passaram a coletar os dados dos usuários da rede mundial de computadores com o intuito de segmentar o público-alvo das campanhas publicitárias. O objetivo deste artigo é demonstrar que a coleta indiscriminada das informações dos usuários é prática abusiva que viola o direito à privacidade e à informação adequada, maculando os princípios insculpidos no Marco Civil da Internet e no Código de Defesa do Consumidor. Para demonstrar a aplicação, foi analisada a questão do *networking targeting* a partir da interação com o Facebook, um dos maiores sítios virtuais da atualidade.

Palavras-chave: Direito à privacidade. Práticas abusivas. Direito do consumidor. *Networking targeting*.

ABSTRACT

The new technologies used on digital media are now collecting data from worldwide internet users with the purpose to define a directed public for advertising. The object of the article is to demonstrate that a indiscriminate collection of users data is an abusive practice that violates the right to privacy and adequate information, and dishonours the

¹ Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD). Pós-Graduado Lato Sensu em Teoria do Estado e Constituição pela Universidade Candido Mendes – RJ. Advogado Orientador do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

principles sculptured on the Law n° 12.965/14 and the Consumer Protection Code. To demonstrate this process, the article analyses the ‘networking targeting’ issue based on a Facebook interaction, one of the largest and popular website nowadays.

Key words: Privacy law. Abusive acts. Consumer protection. Network targeting.

1 OS NOVOS PARADIGMAS DAS MÍDIAS DIGITAIS

Com a modernização da tecnologia, a publicidade em rede abandonou o modelo de segmentação por veículo, deixando de privilegiar as práticas do *pop-up* e do *spam*. A quantidade de cliques não era mais capaz de atrair o número suficientes de visitantes que efetivamente consumiriam o produto ou o serviço. Os *banners*, então, passaram a ser utilizados de forma mais eficiente e dirigida, selecionando o público alvo e praticando estratégias de relacionamento a partir da segmentação digital.

Nesse contexto, as empresas necessitam adaptar-se ao modelo de negócios digitais, pautado na segmentação, mobilidade e interatividade². Assim, segundo Kendzierski³, os sítios eletrônicos podem ser classificados de acordo com a geração do *e-business*. Para o autor, os sítios eletrônicos de primeira geração são aqueles não integrados à realidade da empresa, de modo que a publicidade fora da internet não possui nenhuma correlação com a mídia online. Assim, a comunicação se resume à forma individual de comunicação social. Já os sites de segunda geração partem de uma integração maior com as ações tradicionais e digitais, permitindo ao usuário escolher como e quando se comunicar com a empresa. Aqui o gestor do site já se utiliza de ferramentas de análise de audiência para verificação da execução do planejamento de marketing.

Noutro giro, os sítios eletrônicos de terceira geração abordam o público de maneira eficiente, pois o desenvolvimento está integrado com o planejamento da empresa. Para tanto, utilizam-se das ferramentas de detecção de análise do ambiente virtual, identificando o comportamento do visitante, como “os

² KENDZERSKI, Paulo Roberto. *Web Marketing e Comunicação Digital: bem-vindo ao mundo digital*. 2ª edição. 2011. p. 23.

³ KENDZERSKI, Paulo Roberto. *Web Marketing e Comunicação Digital: bem-vindo ao mundo digital*. 2ª edição. 2011. p. 23.

períodos de maior visitação, quais as áreas mais acessadas e como o usuário ‘descobriu’ o site”⁴. A coleta dos dados do usuário gera a informação necessária ao desenvolvedor para definir o tipo de ação digital que precisa ser feita para transformar o visitante em consumidor do produto ou do serviço.

Portanto, a publicidade interativa pode ser definida como uma ação possibilitadora do diálogo direto entre o consumidor e a marca, por meio de experiências trazidas pelos produtos interativos especialmente elaborados para o meio digital (celulares, *browser*, *tablets*), capazes de “acessar o consumidor de modo síncrono e assíncrono, possibilitando uma abordagem segmentada, por ser customizável, e massificada, por ser global”⁵.

Não é despendendo salientar ter a mídia digital redirecionado os modelos padrões de marketing para deixar de oportunizar anúncios padrões para públicos específicos e em veículos específicos, para focar no conteúdo da mensagem publicitária. A mensagem fornecida torna-se segmentada de acordo com o público-alvo, sendo especificamente dirigida ao perfil desejado, na plataforma escolhida, e no momento em que será possível o melhor aproveitamento da campanha. Assim, não restam dúvidas que o marketing reaparece mais preciso e aproveitável, oportunizando, ainda, uma melhor experiência do usuário-comprador, que não mais recebe anúncios indesejados, mas campanhas dirigidas para corresponderem aos seus campos de desejo e interesse.

No entanto, embora as novas formas digitais de comunicação social tenham ampliado a relação entre o consumidor e a empresa, além de terem permitido uma melhor compreensão do perfil do consumidor, o volume das informações as quais as pessoas estão sujeitas é brutal, mormente se consideradas as possibilidades de opção e de acesso existentes⁶. Assim, “na sociedade informacional, em que informação existe em abundância e trafega cada vez mais rápida e de forma móvel, a capacidade de absorção de tamanho conteúdo é

⁴ KENDZERSKI, Paulo Roberto. *Web Marketing e Comunicação Digital: bem-vindo ao mundo digital*. 2ª edição. 2011. p. 24.

⁵ LAPOLLI, Mariana et al. Tecnologias da Informação e da Comunicação como suporte à Publicidade na Era Digital. *Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*, 2009. Disponível em: < <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-1215-1.pdf> > Último acesso em 04/10/2015.

⁶ MOREIRA, Bruno Vieira *apud* CARBONE DE MORA, Giancarlo. *Digital Signage: novas estratégias de marketing e publicidade*. Comunicación e Industria Digital: 14.0. Encuentro Latinoamericano de Facultades de Comunicación Social. 2014.

discutível e, conseqüentemente, a eficácia dos meios de comunicação também”⁷.

Nesse contexto, imperioso consignar os ensinamentos de Marcondes⁸ acerca da eficácia do marketing e da mídia digital nos tempos da comunicação e acessibilidade em massa:

A atenção humana, assim como a água, tornou-se um bem escasso. O tempo, antes um ativo inelástico, ganhou flexibilidade, em uma sociedade na qual somos todos multitarefeiros, fazendo inúmeras coisas de uma só vez e prestando atenção em quase nada, de verdade. A única força que será efetivamente capaz de congelar o tempo na atenção da audiência, onde ela estiver, será a relevância. Muito já se falou sobre isso, sobre a Era da Relevância, pois tudo o que estiver fora dela estará fora da alça de mira e do espectro de interesse da audiência [...] sem relevância, sem atenção e sem impacto não existe eficácia de marketing. Muito menos de comunicação.

Portanto, demonstrada a necessidade de evolução das formas de divulgação dos produtos na sociedade de consumo, insta evidenciar os rumos mais modernos do marketing e a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação entre as empresas e o consumidor, ainda que por equiparação, com o intuito de evitar práticas abusivas vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

2. MÉTODOS DE PUBLICIDADE E A COLETA DE DADOS DO CONSUMIDOR

Inicialmente, o mercado publicitário colhe informações primárias dos usuários da internet por meio da segmentação geográfica ou demográfica, partindo do número do IP do usuário (código único de cada computador), do e-mail, do gênero, da idade, da classe social, do país, da cidade, do bairro, da rua e demais informações fornecidas pelo próprio usuário no momento do cadastro no site ou no *login*. Trata-se, portanto, de coleta de dados por meio de verdadeiros formulários a serem preenchidos pelo consumidor em potencial. Assim, o público alvo da campanha publicitária é selecionado de acordo com as informações fornecidas quando se tratarem de áreas logadas. Noutro giro, em

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ MARCONDES, Pyr. A Nova Ordem Digital vai transformar sua vida profissional e a forma de sua empresa fazer negócios. Entenda por quê e prepare-se. *Revista Meio Digital*, n 1, p. 26-33, ago/set 2007. p. 31.

caso de áreas não logadas, a publicidade é dirigida ao público geograficamente selecionado, permitindo que os sítios eletrônicos selecionem as publicidades de acordo com o país, estado, cidade, município, bairro e afins.

Há também o modelo conhecido como *behavioral targeting* ou segmentação comportamental, que busca personalizar e contextualizar a publicidade de acordo com o que o público gosta, leu ou comprou nos últimos cliques, dirigindo as campanhas publicitárias para o exato público alvo. Para tanto, são utilizados os dados de navegação ou pesquisas no navegador, também conhecidos como *cookies*, para coletar as informações armazenadas referente às páginas visitadas, o tempo gasto em cada uma delas, os *links* clicados, as buscas realizadas e as demais interações feitas. Cria-se, então, um perfil específico para aquele navegador do usuário na rede da companhia, que filtra os grupos de usuários com perfis semelhantes, por meio de algoritmos complexos, permitindo selecionar o que, como e quando direcionar como conteúdo do sítio eletrônico, de acordo com o grupo segmentado de consumidores.

Os *cookies* também podem ser combinados com os dados demográficos ou com as compras já realizadas, oportunizando a inserção da mídia ideal e melhor voltada aos interesses do consumidor com inclinação a determinado tipo de produto ou serviço. Trata-se de tática comercial eficiente por verificar as necessidades ideais, em tese, do consumidor.

Oportuna a definição dos *cookies* e sua utilização prática no meio cibernético. Pois bem, os *cookies* são pequenos arquivos de informações lançados pelos mais variados sítios eletrônicos visitados e que são armazenados dentro do computador do visitante. Dentro do disco rígido, quando há navegação na *web* podem ser utilizados pela memória RAM para facilitar o carregamento do *site* em navegação posterior. Mas também podem ser utilizados para coletar os dados dos visitantes, enviando-os diretamente para o banco de dados do ambiente virtual visitado.

Também é muito comum no mercado midiático atual a tecnologia do *retargeting*, igualmente baseada em *cookies*, e que permite, por meio do código JavaScript, que o anunciante siga anonimamente o público por toda a internet. O anunciante coloca um código no *website* que é imperceptível aos usuários. Quando o usuário navega na internet, o servidor direciona a publicidade exclusivamente para os visitantes que anteriormente surfaram pela sua página.

Diz-se uma publicidade muito efetiva, pois permite o direcionamento da publicidade para os clientes já familiarizados com a marca e que recentemente demonstraram interesse no produto e afins.

Já o *networking targeting* é prática comercial comum entre os gigantes de mídia, como Google, Yahoo, Microsoft ou Facebook. Trata-se de tecnologia que se utiliza dos *cookies*, de *web beacons* (*tracking bugs/JavaScripts tags*) e tecnologias similares (3G, Wi-fi e afins), para coletar automaticamente as informações dos usuários e suas atividades *online*. Os *cookies* são dados armazenados no navegador da internet do usuário que podem ser coletados por sítios eletrônicos, e contém informações acerca do comportamento do cliente, em especial de quais sites entrou, por onde navegou, no que clicou e quanto tempo gastou em cada um desses processos.

Com efeito, as campanhas via *networking targeting* permitem a coleta das informações desvinculadas dos nomes, endereços, e-mail ou número de telefone, de acordo com as informações divulgadas pelos provedores de serviço. No entanto, os dados coletados incluem os endereços de IP, os *cookies*, a numeração exclusiva de identificação do dispositivo do usuário de dispositivo móvel (IMEI), dentre outras. Há, contudo, sítios que criam IDs falsos para acompanhar as informações coletadas sem oportunizar eventuais vazamentos de dados.

Por outro lado, os *beacons* (*mediabeacon digital asset management – DAM*) fazem parte da moderna tecnologia e são capazes de coletar os dados por meio da conexão via 3G, *wireless*, *bluetooth* ou localizador por GPS, permitindo o envio ao usuário de conteúdo personalizado de acordo com as preferências e comportamento de cada pessoa. É verificada a precisa localização espacial do usuário, podendo realizar ofertas por notificações via celular quando o cliente trafega fisicamente pelo produto. É possível, ainda, o cliente compartilhar as informações coletadas pelas mídias sociais que pertence, bem como obter informações adicionais dos produtos sem necessariamente consultar um vendedor.

Sem embargos, os dados são utilizados pelas companhias para inferir a idade, gênero, e possíveis interesses em compras, para que as mídias digitais possam ser personalizadas e facilitar o clique do consumidor. A princípio os dados coletados servem exclusivamente para a venda de produtos e de serviços.

Entretanto registre-se a preocupação crescente dos internautas no tocante

à coleta, ao fornecimento e ao vazamento de dados pessoais na rede mundial de computadores. É legítima a preocupação dos consumidores em saber quais dados são efetivamente coletados, a forma de tratamento ou filtragem aos quais são submetidos, além de como são repassados aos anunciantes e quais são as pessoas que recebem as informações.

Não se descuida a coleta de dados e informações pessoais favorecer os negócios das empresas, melhorar a experiência comercial dos usuários ou quiçá lapidar a qualidade de vida material da sociedade como um todo⁹. Contudo outros vetores devem ser considerados para melhor compreensão do fenômeno, tais como: o direito à privacidade, a vulnerabilidade do consumidor, a necessidade de veiculação de informações claras, precisas e adequadas e a vedação de práticas comerciais abusivas.

3. DO DIREITO À INFORMAÇÃO, DO DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E DAS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

Inicialmente, com o nítido intuito de estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no território nacional (art. 1º), foi sancionada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet. Nesse contexto, impende registrar os fundamentos para o uso da internet no Brasil, a saber:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e**
- VI - a finalidade social da rede. (grifado)

Verifica-se a imediata incidência do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) às relações oriundas da internet,

⁹ REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática – temas polêmicos*. 1ª Ed., Bauru, SP: Edipro, 2002 (432 p.).

pois o uso da rede mundial está devidamente condicionado à defesa dos interesses do consumidor. Aliás, não há ressalva legal entre o nível de proteção dispensado à livre iniciativa, à livre concorrência ou aos interesses do consumidor, cabendo a equalização dos princípios de acordo com sua incidência em concreto.

Portanto de acordo com as diretrizes traçadas pela legislação regulamentadora do uso da internet no Brasil, não há qualquer óbice para a aplicação imediata e direta das disposições trazidas no bojo do CDC às relações virtuais entre consumidores e fornecedores de serviços. Desse modo, partindo das relações entre as partes de um negócio jurídico, eis a definição de consumidor e fornecedor segundo a legislação mencionada:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, constata-se a efetiva existência de relação de consumo, ainda que por equiparação, entre os usuários dos sítios eletrônicos e os anunciantes de marcas. Noutra giro, importante registrar a existência, no Marco Civil da Internet, de rol exemplificativo dos princípios aplicáveis ao uso da rede mundial de computadores:

Art. 3º-A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

[...]

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (negrito)

Partindo de uma interpretação gramatical, poder-se-ia afirmar ser necessária legislação especial para regular a proteção dos dados pessoais dos usuários da internet. Contudo, tal entendimento não merece guarida, uma vez já haver em nosso sistema normativo dispositivo legal capaz de resguardar os interesses do internauta-consumidor: o Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, defende-se a utilização de interpretação teleológica, capaz de assegurar a finalidade da norma jurídica, qual seja, a proteção do internauta exposto aos estímulos dos anunciantes, enquanto consumidor por equiparação (art. 29) – consumidor em potencial ou consumidor sujeito às práticas comerciais abusivas de coleta de dados destinados à publicidade segmentada em geral. De igual forma, também se pode sustentar a interpretação sistemática dos dispositivos vergastados, facilitando a defesa dos interesses das pessoas cujos dados são coletados, de modo a favorecer a melhor relação entre as normas jurídicas e o fortalecimento do próprio ordenamento jurídico nacional.

Nesse diapasão, plausível a aplicação ao caso em comento da teoria do diálogo das fontes, criada pelo jurista Erik Jayme e trazida ao país pela iminente Prof.^a Cláudia Lima Marques. Na celebrada obra, defende tratar-se de diálogo entre vetores constitucionais, que protegem sujeitos vulneráveis nas suas relações privadas, conduzindo à verdadeira eficácia horizontal dos direitos fundamentais, humanizando e constitucionalizando o direito privado¹⁰.

A proposta é justamente permitir a aplicação integrada das mais variadas fontes jurídicas para resguardar os direitos fundamentais inscritos da Constituição Federal, mormente se necessária a superação dos critérios clássicos de integração das normas legais (hierarquia, especialidade e anterioridade). Sem delongas, expõe a iminente jurista¹¹:

i) a nova hierarquia é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; ii) a nova especialidade é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas, com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois,

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

no que couberem, as outras; iii) e nova anterioridade que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei é inserida pelo legislador.

Nessa linha intelectual, a integral aplicação do Código de Defesa do Consumidor como diploma normativo é capaz de dar concretude aos dispositivos protetivos trazidos no Marco Civil da Internet. Assim, evidenciam-se as práticas comerciais abusivas dos anunciantes que armazenam e dispõem das informações pessoais dos internautas sem a informação adequada do consumidor acerca dos riscos e consequências do fornecimento e coleta dos dados pessoais.

Ora, não se trata de condenar compulsoriamente as novas práticas de marketing e as inovações tecnológicas inerentes à sociedade do consumo e da informação. Não se pode descuidar do interesse dos consumidores em ter facilitado o livre acesso aos bens e serviços oferecidos, privilegiando a livre iniciativa como princípio da ordem econômica nacional, expressamente previsto no art. 170, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, a defesa do consumidor e a proteção contra as práticas comerciais abusivas também gozam de proteção constitucional (art. 170, V, *c/c* art. 5º, XXXII, ambos da Constituição Federal – CF) e também merecem ser resguardadas.

Registre-se ser a privacidade ou intimidade direito negativo constitucionalmente assegurado (art. 5º, X, CF), que impõe a toda coletividade de pessoas a obrigação de nunca violar a esfera comportamental íntima do indivíduo. Em linhas gerais, trata-se do direito de se manter no âmbito pessoal, alheias da interferência de terceiros, facetas da própria personalidade da pessoa humana. Tal direito se desdobra na possibilidade de selecionar o nível de acesso que pessoas físicas ou jurídicas tem à sua pessoa, seus dados ou suas atividades cotidianas.

Noutro giro, repise-se a existência, no Marco Civil da Internet, de expressa proteção da privacidade e dos dados pessoais dos internautas. Desse modo, quaisquer práticas publicitárias dos fornecedores de serviços devem ser ostensivamente informadas ao consumidor, para que ele possa exercer o seu poder de escolha, especialmente no fornecimento de dados pessoais. Aliás, muitos consumidores sequer possuem o conhecimento de que há coleta de dados pela simples navegação em sítios eletrônicos.

A legislação de regência do ciberespaço nacional prevê o acesso à internet

como essencial ao serviço da cidadania e assegura a preservação do direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, bem como à proteção de seus dados pessoais, de conexão e de acesso à internet. Ora, tal assertiva legal vai ao encontro das disposições constitucionais e legais que preservam a higidez da privacidade do indivíduo, núcleo essencial da personalidade humana. Nesse diapasão, consigne-se o manto protetivo da Lei nº 12.965, a saber:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Em verdade, nos termos da legislação nacional, é de clareza solar ter o internauta direito a obter informações completas e claras sobre o uso e armazenamento de seus dados e atividades *online*, bem como o direito a consentir expressamente e de forma destacada, da utilização de tais informações.

Nessa mesma linha intelectual, o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor de produtos e serviços o dever de informar (art. 6º, II) adequadamente o consumidor e o dever de transparência em suas relações (art. 4º). Assim, o fornecedor deve informar clara, precisa e ostensivamente todas as informações pertinentes ao uso do sítio eletrônico e quais suas implicações, não se tolerando qualquer falha ou omissão em sentido diverso. Frise-se que tal dever deve ser preservado antes mesmo de qualquer relação entre as partes,

ainda que de natureza pré-contratual. Eis, então, os ensinamentos trazidos por Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin¹²:

Não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, isto sim, é uma obrigação de informar positivamente o consumidor, nos termos do art. 31. Só o que está incumbência não precisa ser cumprida através de mensagens publicitárias. O código, portanto, não obriga o fornecedor a anunciar. A publicidade, então, por esse prisma, em não sendo dever, é direito, só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. Por conseguinte, o legislador, em tal matéria não sanciona a carência de publicidade mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação. Não há no Código, de fato, nenhuma regra que imponha um dever de anunciar, a priori, dirigido ao fornecedor. As duas únicas exceções são sempre a posteriori: quando o fornecedor toma conhecimento tardio dos riscos do produto ou serviço e na hipótese de contrapropaganda.

Nesse diapasão, não restam dúvidas deverem os anunciantes informar o consumidor, ostensivamente e de maneira destacada, quais, quando, como e de que modo as informações armazenadas em seus dispositivos pessoais serão utilizadas. Não basta somente a informação clara e ostensiva, o internauta-consumidor deve, antes de tudo, consentir na utilização de tais informações.

Não é, contudo, o que se observa na prática. Em verdade, os contratos firmados entre as partes afiguram-se como de adesão e de difícil compreensão. Ora, para se utilizar dos produtos e dos serviços, o consumidor simplesmente clica no ícone indicativo da concordância com todas as cláusulas e termos do contrato. Tal prática não informa ou científica o consumidor das cláusulas do contrato. Pelo contrário, o ato usualmente firmado permite ao consumidor se isentar da leitura de longas e cansativas cláusulas por único e simples clique do cursor.

Curiosa a observação, na prática, de que para a obtenção de todas as informações sobre a coleta e disposição de seus dados pessoais, o consumidor precisa navegar por diferentes páginas no navegador, normalmente cheias de informações genéricas ou técnicas que em muito dificultam a compreensão de qualquer leitor. Não é de fácil compreensão a extensão das consequências trazidas

¹² BENJAMIM, Antônio Hermam de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 264.

pela permissão de utilização da tecnologia de *cookies* em um sítio eletrônico. Também é dificultoso entender que os dados fornecidos para cadastro são triados, utilizados e difundidos para “parceiros” dos donos do domínio virtual.

Em verdade, não pode haver livre disposição das informações do usuário pelo simples clique no ícone que induz sua aceitação plena e irrestrita aos termos fixados unilateralmente pelo fornecedor de serviços ou produtos. No caso do Facebook, a título exemplificativo, não há qualquer botão específico para atentar o usuário ao fato de que seu cadastro importa na adesão aos termos contratuais fixados, pois a simples inserção de seus dados pessoais e o clique no ícone “abrir uma conta” efetiva a aceitação e permite a navegação no sítio eletrônico. Assim, o usuário inicia a experiência na rede sem concordar expressamente com a política de dados ou com o uso dos *cookies*, por exemplo. Ademais, as informações referentes aos termos de aceitação dos contratos são difundidas em fontes menores do que as da aceitação do cadastro e com cores bastante leves, capazes de se misturar com o fundo da tela do sítio eletrônico.

Como uma medida protetiva dos dados pessoais e, conseqüentemente, do direito à privacidade, defende-se, neste artigo, caber ao consumidor o exercício do direito de escolha. Trata-se do conhecimento para a opção de escolha, pois munido da informação eficiente e precisa, pode-se manifestar o desejo de compartilhar seus dados com as corporações digitais.

Outro proceder por parte dos anunciantes-fornecedores implica em verdadeira prática abusiva, absolutamente vedada pela legislação consumerista (art. 39), mormente quando condicionam a navegação ao clique de concordância dos termos (I), ou quando enviam anúncios ou coleta dados sem a concordância (III e VI), ou quando se utilizam da vulnerabilidade técnica e da informacional para divulgação dos produtos (IV).

4. A COLETA DE DADOS E O CASO FACEBOOK

O objeto de estudo do presente artigo recai sob o Facebook por ser empresa com política de privacidade em voga, além de ser um endereço eletrônico de ampla utilização no país e cuja atuação cresceu sobremaneira nos últimos anos.

Na página inicial, antes do usuário realizar o *login* ou o cadastro no sítio eletrônico, há indicação expressa, menor do que a fonte utilizada para o cadastro

e inserção de dados, de que ao abrir a conta o usuário concorda com os termos de serviço (4 páginas impressas); que leu a política de dados (8 páginas impressas); tal como o uso de *cookies* (6 páginas impressas). Importante salientar que em todas as páginas há inúmeros links clicáveis para obtenção de informações mais detalhadas ou direcionadas dos tópicos abordados. Nesse diapasão, a página esclarecedora da política de *cookies* conta com 46 *links* clicáveis somente no texto corrido, excluindo-se a barra de menu disponibilizado nas laterais, enquanto a página referente à política de dados conta com 20 itens.

Pois bem, na página dos termos de serviço, as cláusulas sobre publicidades e outros conteúdos comerciais alude ser objetivo do Facebook “divulgar anúncios e conteúdos comerciais ou patrocinados que sejam importantes para nossos usuários e anunciantes”¹³. Assim, insta colacionar as cláusulas pertinentes ao assunto em testilha:

Sobre propagandas e outros conteúdos comerciais fornecidos ou aprimorados pelo Facebook

Temos como objetivo divulgar anúncios e outros conteúdos comerciais ou patrocinados que sejam importantes para nossos usuários e anunciantes. Para nos ajudar nesse aspecto, você concorda com os termos a seguir.

1. Você nos concede permissão para usar seu nome, imagem do perfil, conteúdos e informações relacionadas a conteúdos comerciais, patrocinados ou relacionados (como uma marca que você curtiu) fornecido ou aperfeiçoado por nós. Isto significa, por exemplo, que você permite que uma empresa ou outra entidade nos pague para exibir seu nome e/ou imagem do perfil com seus conteúdos ou informações sem receber qualquer compensação por isso. Se você tiver selecionado um público específico para seus conteúdos ou informações, respeitaremos sua escolha ao usar esses dados.
2. Não forneceremos seus conteúdos ou informações a anunciantes sem seu consentimento.
3. Você entende que serviços pagos e comunicações relacionadas nem sempre serão identificados por nós.

No entanto, as informações não são suficientemente claras a ponto de o consumidor poder identificar quais dados ao serão utilizados e nem o momento em que a utilização ocorrerá. Em verdade, o consumidor também não recebe nenhuma informação sobre os parceiros comerciais do sítio eletrônico e quais dados pessoais, dentro da gama citada, serão efetivamente disponibilizados. Aliás,

¹³ Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>> último acesso em 13/10/2015.

o item 2 conclama a utilização mediante autorização, muito embora haja cláusula imediatamente anterior de concordância compulsória. Assim, os provedores podem alegar ter sido a expressamente concedida e não mais solicitar qualquer permissão adicional. Ademais, não é possível inferir a real extensão dos serviços pagos e comunicações correlatas descritos no item 3.

Já na página da política de dados¹⁴ o usuário é informado de que os dados utilizados no cadastro de abertura de conta, de compartilhamento e criação de conteúdo, do envio de mensagens e demais comunicações, são todos coletados. Também são coletadas as localizações e datas das fotos enviadas, bem como as demais informações sobre a navegação do usuário no próprio Facebook, tais como conteúdo visitado, atividades que vê ou se envolve ou a duração delas. Não obstante, são coletadas as informações transmitidas por terceiros sobre o usuário cadastrado enquanto utiliza dos serviços, incluídas as informações de compartilhamento, mensagens pessoais ou sincronização ou importação de contatos.

Também são coletadas as informações sobre pessoas e grupos dos quais o usuário se conecta e a forma de interação entre seus membros, sem descuidar do carregamento, sincronização ou importação de informações (como uma agenda de contatos) do dispositivo utilizado para tanto. Em outras palavras, o fornecedor coleta todas as informações dos contatos localizados nos dispositivos utilizados quando há o acesso ao sítio eletrônico. Demonstra-se a captação e a utilização irrestrita de dados pessoais localizados nos dispositivos nos quais o usuário realiza o acesso, dentre eles os dados de navegação, os dados pessoais, a listagem de contatos e, inclusive, os dados das redes utilizadas para o acesso.

São coletadas, ainda, as informações sobre os computadores, telefones ou outros dispositivos nos quais são instalados os aplicativos ou nos quais haja o acesso aos serviços. Podem, ainda, ser associadas às informações coletadas em diferentes dispositivos do usuário.

É expressamente declarada na página a coleta dos dados referentes ao sistema operacional utilizado pelo dispositivo, a versão de *hardware*, configurações do dispositivo, nomes e tipos de arquivos e softwares, bateria e intensidade de sinal, e identificadores de dispositivo. Ademais, são captadas as localizações do dispositivo, incluindo localizações geográficas específicas, por meio de GPS,

¹⁴ Disponível em: <https://www.facebook.com/about/privacy>> Último acesso em 13/10/2015.

bluetooth ou sinal Wi-Fi. As informações de conexão, como o nome da operadora de celular ou ISP (Internet Service Provider), tipo de navegador, idioma, fuso horário, número de celular e endereço IP, também são angariadas.

Há, portanto, inequívoca violação ao direito à privacidade e ao sigilo dos dados pessoais, conforme os termos do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor. Ora, não se descuida o fato do consumidor autorizar o fornecimento quando concorda com os termos de utilização. Entretanto, não se mostra plausível presumir que o internauta comum se disporá a ler os termos ou quiçá se entenderá a extensão das cláusulas as quais se submete.

Aliás, a informação deve ser expressa, ostensiva e clara e não há no sítio principal qualquer informação que atenda aos requisitos impostos pela legislação consumerista. Muito pelo contrário, todas as informações sobre a coleta de dados e as informações repassadas aos terceiros se localizam em páginas diversas do cadastro e empregam linguagem técnica quase incompreensível para o usuário padrão. Para poder se apropriar de tais informações, o consumidor deveria ser informado expressamente, com fonte maior e destacada, considerando-se não escritas quaisquer disposições contratuais em contrário.

Além do mais, caso seja utilizado o Facebook para transações financeiras ou compras (jogos ou doações, por exemplo), serão coletadas as informações sobre a compra e a transação. Isso inclui as informações de pagamento, como o número do cartão, informações da conta e autenticação, além dos dados de faturamento, envio e contato. Portanto, percebe-se a coleta pelo provedor de todos os dados financeiros mais relevantes dos consumidores, sem precisar se a “autenticação” mencionada seria a senha utilizada para autenticação do pagamento. Ora, não se mostra razoável possibilitar que uma empresa se apodere de informações resguardadas sobre o manto do sigilo fiscal, nos termos da legislação brasileira.

De mais a mais, são recolhidas as informações de sítios e aplicações de terceiros que utilizam a plataforma do Facebook (opção curtir, *login* ou utilizadores dos serviços de medição e de publicidade). Isto inclui os dados sobre sítios eletrônicos visitados e aplicativos utilizados. As informações trazidas pelos parceiros externos e suas atividades dentro e fora do Facebook também são colhidas. Da mesma forma, todas as informações disponíveis pelas empresas pertencentes ao grupo econômico do Facebook (Instagram e afins) também são fornecidas.

Uma vez delineados os dados que são angariados e transpassados para

os servidores do Facebook, importante registrar a maneira na qual as informações são empregadas, segundo as declarações da própria empresa. O provedor de serviços afirma serem as informações utilizadas para melhorar, desenvolver e oferecer serviços e conteúdos personalizados. Assim, são feitas sugestões com base nas informações concedidas e que permitem entender a maneira na qual o usuário interage com o sistema, além de quais assuntos e coisas interessam, dentro e fora dos serviços da empresa.

Pela aceitação dos termos, o usuário permite o uso das informações para fornecer atalhos e sugestão de amizades e de marcação de fotos, por exemplo. Contudo não se afigura crível serem todas as informações pessoais e íntimas do usuário destinadas unicamente para desideratos tão singelos.

De maneira diversa, o Facebook afirma utilizar as informações de localização para personalizar os serviços e direcionar eventos ou ofertas locais. Não há qualquer menção afirmando serem usadas para a prática de publicidade por meio das tecnologias de *networking targeting*, *retargeting* e afins. Entretanto há menção expressa de que as informações captadas são usadas para melhora dos sistemas de publicidade e de medição, permitindo a divulgação de anúncios relevantes, além da medição da eficácia e do alcance dos anúncios ou serviços.

Há, ainda, termo contratual informando serem os dados também utilizados para o melhoramento dos sistemas de segurança, lançando mão da criptografia e da aprendizagem automática para resguardar o usuário das violações dos termos e políticas do sítio eletrônico. Também consta clara indicação da utilização dos *cookies* e de “tecnologias semelhantes” para fornecer e apoiar os serviços, lançando mão de *link* específico para a políticas de *cookies* do grupo econômico.

Importante registrar existir opção de clique em *link* para saber mais sobre os serviços de publicidade e o controle das informações oferecidas, que redireciona o usuário para nova página¹⁵ denominada de “sobre os anúncios no Facebook”. Nesta página há um vídeo de animação em inglês, com legendas em português, explicando a forma de utilização de seus dados e a forma de publicidade. A empresa anuncia jamais utilizar dos dados pessoais, como nome e informações de contato, a menos que haja autorização. Mais uma vez, importante perquirir sobre o momento e forma desta autorização, ou ainda, se diz ou não

¹⁵ Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/ads>> Último acesso: 13/10/2015.

respeito à aceitação inicial. De maneira geral, o vídeo informa sobre a publicidade nas páginas do sítio eletrônico, passando de largo sobre as informações coletadas e para quem são fornecidos os dados.

No tocante ao controle sobre os anúncios divulgados, as informações não diferem, em essência, daquelas informadas nos termos de serviço. É expressa e detalhada a indicação da coleta dos dados compartilhados nas páginas, além de outras informações da conta do Facebook sobre a própria pessoa do usuário. Nesse contexto, a página recebe também as informações dos próprios anunciantes e dos parceiros de marketing, além das informações de sítios eletrônicos e de aplicativos fora do ambiente do Facebook.

Importante registrar haver disposição expressa sobre a eventual utilização do nome e da foto disponibilizada no perfil para fins publicitários, indicando *link* para “anúncios e privacidade” e “como os anúncios funcionam no facebook”, todos eles na página sobre os termos de serviço.

O Facebook informa serem os provedores de dados as empresas especializadas em ajudar os anunciantes a encontrarem o público certo para exibirem seus anúncios. Assim, lançam mão do auxílio de provedores de dados como Acxiom¹⁶ (global especializada em marketing multicanal digital), Datalogix¹⁷ (empresa global de marketing multicanal – em diversas plataformas simultâneas), Epsilon¹⁸ (especializada em comércio digital), Experian¹⁹ (empresa multinacional de gestão de informações e bancos de dados, em especial *credit scoring*) e Merkle²⁰ (empresa de marketing em alta performance). Inicialmente poder-se-ia inferir serem estes os destinatários dos dados coletados durante a exposição do consumidor. No entanto não há qualquer informação acerca de quais dados são repassados e qual a política de proteção de dados utilizada pelas empresas parceiras.

Ademais, o consumidor jamais poderia deduzir que ao fazer *login* num sítio eletrônico, todas as suas informações pessoais e de navegação seriam repassados para gigantes multinacionais da comunicação e marketing digital. Po-

¹⁶ Disponível em: < <http://www.acxiom.com.br/> > Último acesso: 25/11/2015.

¹⁷ Disponível em: < <http://www.datalogix.com/> > Último acesso: 25/11/2015.

¹⁸ Disponível em: < <http://www.epsilon.com/> > Último acesso: 25/11/2015.

¹⁹ Disponível em: < <http://www.experian.com/> > Último acesso: 25/11/2015.

²⁰ Disponível em: < <http://www.merkleinc.com/> > Último acesso: 25/11/2015.

de-se, então, defender a violação inequívoca dos dispositivos contidos no art. 7º da Lei nº 12.965, bem como da proteção das práticas abusivas contida no CDC, pois não há informação clara e completa no contrato acerca da coleta dos dados do usuário. Todas as informações somente são conseguidas após diversos cliques com o cursor, em páginas diferentes da usada para o cadastro, demandando longa e contida análise dos termos de referência e suas significâncias. A concessão dos dados pessoais dos usuários a terceiros também macula os ditames legais, pois a ausência de informação adequada, clara e completa sobre o uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais retira o direito de escolha do consumidor (art. 7º, VII e VIII, do Marco Civil da Internet).

Por derradeiro, demonstra-se a prática comercial abusiva por parte do Facebook ao não informar ostensivamente o consumidor das práticas comerciais às quais está submetido quando se utiliza de seus serviços padrões. É, ainda, prática comercial abusiva o cerceamento ao direito de informação adequada, única capaz de equalizar o binômio informação-escolha do consumidor. Também é prática violadora do direito à privacidade a coleta indiscriminada de dados pessoais dos usuários e seu repasse não cientificado às grandes corporações de marketing.

5. CONCLUSÃO

Na sociedade da informação e do acesso rápido aos serviços, as antigas formas de marketing foram substituídas pelas campanhas especificamente dirigidas ao público alvo por meio das atividades de *targeting*, *retargeting* e *networking targeting*. Para tanto, são utilizadas as informações fornecidas pelos usuários ao efetuarem *login* e o cadastro, bem como a geolocalização e demais informações coletadas para dirigir o conteúdo específico da publicidade ao público desejado.

Contudo, somente as informações fornecidas pelos usuários não são suficientes para segmentar de maneira precisa o público alvo da campanha publicitária, de modo serem necessários dados pormenorizados do comportamento e dos hábitos do consumidor para melhor aproximação da marca. Assim, são coletados os *cookies* dos usuários ao navegar pela página do parceiro comercial. Estes *cookies* capturam as informações e os dados

de navegação armazenados no dispositivo do usuário e as transmitem para um banco de dados que filtrará as informações, utilizando-se de complexos algoritmos. Trata-se do marketing comportamental que classificará o usuário de acordo com seu comportamento na rede mundial de computadores e enviará automaticamente a campanha publicitária direcionada para seus interesses.

Existem, ainda, outras maneiras de colher os dados dos usuários. Usualmente as informações não são unicamente colhidas por meio dos *cookies*, mas também são coletadas as informações de *software* e *hardware* dos dispositivos conectados, da rede 3G, da rede *wireless*, dos cartões de créditos utilizados, das informações identificadoras dos dispositivos, da localização espacial, e praticamente todas as demais informações disponíveis. Os grandes provedores de serviços e mídias digitais transacionam e comercializam os dados dos consumidores, casando-os para oportunizar as ofertas que melhor se adaptam ao gosto do cliente-usuário. Assim, as informações cadastrais são selecionadas de acordo com a idade, sexo, condição socioeconômica, compras recentemente realizadas e afins.

Registre-se ser a privacidade direito fundamental negativo, impondo à coletividade o dever de se abster de intervir na esfera íntima do indivíduo, protegendo, assim, a personalidade humana (art. 5º, X, CF). Nessa linha intelectual, o Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passou a regular o uso da internet no país. Aduz ser direito do usuário a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; a informação clara e completa nos contratos de prestação de serviços, com detalhamento do regime de proteção aos registros de conexão e acesso; o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e de acesso à internet, salvo consentimento livre e expresso; a informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais; o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais (art. 7º, I, VI, VII, VII e IX). Essas medidas visam, em última análise, assegurar a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamento do uso da internet no Brasil (art. 3º, V).

Não se trata de condenar as práticas de marketing atualmente em destaque, mas definir a extensão da parcela de privacidade que pode ser retirada do usuário-consumidor ao trafegar pela internet e o modo como pode ser feito

pelos fornecedores de produtos ou serviços.

Defende-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para colmatar a lacuna legal no tocante à regulação e execução da proteção dos dados pessoais dos usuários na internet, partindo de verdadeiro diálogo das fontes. Assim, possível interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos legais, dando azo à utilização de legislação protetiva vigente e eficaz em benefício do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor de produtos e serviços o dever de informar adequadamente (art. 6º, II) o consumidor e o dever de transparência em suas relações (art. 4º).

Nesse contexto, o Marco Civil da Internet classifica o acesso à rede mundial como essencial ao serviço da cidadania e assegura a preservação do direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, bem como à proteção de seus dados pessoais, de conexão e de acesso à internet. Em verdade, nos termos da legislação nacional, é de clareza solar ter o internauta direito a obter informações completas e claras sobre o uso e armazenamento de seus dados e atividades *online*, bem como o direito a consentir expressamente e de forma destacada, da utilização de tais informações.

Portanto, não é possível a coleta indiscriminada dos dados pessoais pelos fornecedores calcada na “aceitação expressa” dos termos de utilização dos produtos e serviços quando o consumidor não é eficazmente informado das implicações de sua concordância. Segundo a legislação de regência, para serem lícitas as cláusulas contratuais restritivas deve-se fazer uso de termos claros, simples, ostensivos e expressos, que efetivamente cientifiquem o consumidor da verdadeira extensão do pacto firmado entre as partes, especialmente no tocante à coleta, uso, transferência e tratamento de dados pessoais. Não se pode descurar da ciência como fator informacional capaz de externalizar a finalidade precípua coleta, utilização e divulgação dos dados pessoais, bem como o destinatário de tais informações pessoais.

No âmbito das grandes corporações, como o Facebook, modelo utilizado como parâmetro para verificação se os ditames do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor são efetivamente aplicados, é bastante comum o desrespeito à política nacional de proteção de dados dos consumidores. O presente trabalho insurge-se contra captura e utilização irrestrita dos dados

dos consumidores com o propósito exclusivo de fornecimento de publicidade dirigida, configurando-se a ausência de informação adequada ao consumidor na coleta das informações, prática abusiva perpetrada pelos grandes conglomerados de mídia.

Em simples análise da página dos termos de serviços do Facebook, percebe-se que as informações sobre a coleta e o fornecimento dos dados pessoais estão distribuídas em cerca de 18 páginas impressas. Em verdade, o sítio eletrônico ostenta informações sobre a coleta e compartilhamento das informações, mas de maneira pouco clara, usando de termos técnicos e de difícil compreensão. Há, ainda, vídeo institucional sobre a vinculação de publicidades, mas que não expõe a forma de coleta de dados ou quais dados são efetivamente capturados e transmitidos para os servidores conveniados.

Na sociedade da informação e do compartilhamento, não se pode descurar da observância do direito à privacidade e à vida íntima dos consumidores, parte hipervulnerável perante os gigantes midiáticos. Caso determinados consumidores optem pelo fornecimento de seus dados para as empresas, que o façam efetivamente cientes dos riscos e da segurança que este processo naturalmente envolve. De mais a mais, qualquer coleta não expressa e individualmente autorizada de dados pessoais dos consumidores, ainda que criptografados e não nominados, vulneram os ditames das legislações de regência e afiguram-se prática abusiva, expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.

PUBLICIDADE EM MÍDIAS SOCIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: OS NOVOS ATORES DA PUBLICIDADE ON-LINE

SOCIAL MEDIA, ADVERTISEMENT AND CONSUMER PROTECTION LAWS: NEW ACTORS OF ONLINE ADVERTISEMENT

Nathalia Corrêa de Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica da publicidade nas relações de consumo. 3. Publicidade nas mídias sociais: aplicabilidade do código de defesa do consumidor e principais desafios. 4. Publicidade em redes sociais por meio do Instagram: um estudo de caso. 4.1. O que é estudo de caso? 4.2. Objeto do estudo de caso: a blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi. 4.3. Análise quantitativa de dados extraídos das publicações de Gabriela Pugliesi no Instagram. 4.3.1. Resultados. 4.3.2. Análise dos resultados. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

RESUMO

O avanço da sociedade de consumo, bem como a evolução dos meios de comunicação e interação sociais com o advento da *internet* tiveram forte impacto na maneira como a publicidade passou a ser efetivada nos dias atuais. Por meio deste trabalho buscou-se compreender a publicidade e seus novos atores, à luz das regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, passando por uma análise dos princípios e demais normas que regem a matéria. Tal análise é necessária à medida que expõe os deveres a serem cumpridos por parte dos agentes desta relação de consumo, além dos desafios enfrentados, todos eles intimamente ligados ao dinamismo das interações cibernéticas e da nova forma de se fazer publicidade. Por fim, foi realizado um estudo de caso mediante a análise quantitativa de dados extraídos do Instagram da blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi, uma das principais referências em matéria de publicidade em mídias sociais, com o intuito de verificar se a *blogger* dá cumprimento ao que dispõe o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor e, em sendo identificado indício de descumprimento, qual o percentual de postagens que não possui identificação clara de publicidade. Estabeleceu-

¹ Aluna do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD). Advogada. E-mail: nathc.souza@gmail.com.

-se como período a ser analisado as atividades desenvolvidas no triênio 2013-2015, bem como procurou-se identificar se a ação movida pelo CONAR, no ano de 2014, em decorrência de denúncia de publicidade velada, desencadeou mudança de comportamento por parte de blogueira. Assim, chegou-se à conclusão de que 43% da amostra coletada e analisada continha indício de publicidade velada, o que evidencia desrespeito às regras e princípios inseridos no Código Consumerista Brasileiro, bem como que a ação movida pelo CONAR teve um impacto ínfimo nas atividades de Pugliesi, por poucas semanas, no ano de 2014.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Mídias Sociais; Publicidade.

ABSTRACT

New technologies and the rise of social media have had a strong impact on advertising. This paper seeks to understand new media marketing strategies and its actors in light of Brazilian Consumer Protection Laws (Código de Defesa do Consumidor – CDC). First, an analysis of the principles and norms that guide the CDC explores the challenges faced by the law when applied to this new and dynamic form of advertising. Then, a case study of the Instagram account of the fitness blogger Gabriela Pugliesi reveals evidence of non-compliance to the article 36 of CDC. Through a quantitative content analysis of the posts published between 2013-2015, we sought to investigate if the content posted followed the guidelines of consumer protection laws. We were particularly interested in the impact of the action brought by CONAR in 2014 as a result of veiled advertising complaints. Result reveal a large percentage (43%) of content containing products and services without advertisement disclosure, a clear violation of Brazilian consumer protection laws. The impact of CONAR's action was minimal, lasting only a few weeks in 2014.

Keywords: Consumer Law; Social Midia; Advertisement.

1. INTRODUÇÃO

São inegáveis as mudanças e transformações trazidas para a sociedade com o advento da *internet*. No mundo globalizado atual, é por meio dela que conseguimos nos conectar com pessoas das mais remotas localidades e obter informações em tempo real sobre os fatos recentes. Para ela também transferimos atividades que antes se restringiam ao mundo não-virtual, como pagamento de contas em bancos e até mesmo compras em supermercado. Natural seria, então,

que a interação por meio de mídias sociais passasse a determinar o ritmo e rumos da vida contemporânea em todos os níveis, incluindo-se aí a publicidade, objeto de estudo do presente trabalho.

Inicialmente, faz-se necessário trazer o conceito de publicidade, que não se confunde com propaganda ou marketing. Publicidade, conforme o Comitê de Definições da *American Association of Advertisment Agencies* (AAAA), é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado².

Assim, com o intuito de entender a dinâmica da publicidade em mídias sociais, inicialmente procuramos contextualizar a publicidade no ordenamento jurídico pátrio, desde a sua previsão pela Constituição Federal de 1988 até o Código de Defesa do Consumidor.

De posse das informações mais relevantes acerca do tema, como a forma em que deve ser realizada a publicidade e os princípios que devem ser obedecidos nas relações de consumo, debruçamo-nos sobre as seguintes questões: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor para publicidade realizada em mídias sociais? Quais os desafios enfrentados em decorrência dessa nova e dinâmica forma que o fornecedor de produtos e serviços possui para se relacionar com seu consumidor final?

Conforme nos ensina Lucia Ancona Dias, toda publicidade [...] é de algum modo tendenciosa, na medida em que informa com a finalidade específica de vender, de fixar uma marca ou até mesmo criar estilos de vida (e não desinteressadamente)³. Portanto, os protagonistas das mídias sociais, notadamente blogueiros, por meio das mais variadas fontes, como Instagram, Snapchat, Twitter, Facebook, ao divulgarem seu estilo de vida, angariando grande quantidade de seguidores e com isso atraindo para si a atenção de empresas ávidas por conquistar esse público, ao firmarem contrato publicitário, têm o dever de deixá-lo claro para quem os segue?

À luz de todos esses questionamentos, buscou-se analisar também de

² BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 253.

³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28.

que modo a transparência e a boa-fé, que devem guiar as relações de consumo, são imprescindíveis para a defesa do próprio consumidor que, somente quando ciente da publicidade, tem condições de dela se defender.

Lucia Ancona Dias, novamente, elucida:

De modo a coibir os possíveis abusos que podem decorrer dessa técnica de persuasão dos consumidores, o Direito reconhece e impõe limites ao uso da publicidade. Estabelece, pois, a vinculatividade das informações prestadas, bem como proíbe o uso de artifícios enganosos (arts. 30, 36 e 37, CDC). Ressalta Elizabete Lopes, o “afã de salientar as qualidades do produto pode levar a distorções, para as quais o legislador tem de voltar sua atenção. Ou seja, convencer sim, mas não a qualquer custo.”⁴

Por fim, com a finalidade de aplicar empiricamente o conhecimento acima destacado, realizou-se um estudo de caso, que se constituiu na análise quantitativa de dados extraídos do Instagram da blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi.

Considerada a mais influente celebridade do ramo, possui atividade intensa em praticamente todas as mídias sociais, por meio das quais dá indicação de produtos, serviços, viagens etc. Assim, selecionou-se mediante o método *Constructed week sampling*, o qual será melhor explicado no capítulo correlato deste trabalho, 560 de suas postagens no Instagram, alvo de levantamento estatístico com o objetivo de responder as seguintes perguntas: a) qual a proporção de produtos, locais e/ou treinadores indicados em seu perfil no Instagram sinalizados como publicidade? b) a ação movida pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR contra Gabriela Pugliesi teve algum impacto em sua atividade nas mídias sociais?

Desta forma, com base nos dados coletados, pôde-se aferir como se dá, no caso concreto, a efetiva realização de publicidade nas mídias sociais, bem como se há o cumprimento das regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor pelos novos atores da publicidade, passando pelos conceitos de credibilidade, transparência e boa-fé objetiva.

⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O grande marco jurídico, em matéria de Direito do Consumidor, foi a inserção, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, mais precisamente no inciso XXXII, a defesa do consumidor como direito a ser promovido pelo Estado.

A defesa do consumidor também encontra guarida no artigo 170, V, da Constituição Federal, como princípio da ordem econômica, calcada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A tutela do consumidor, portanto, ao ser prevista pela Lei Maior, consolida o entendimento e reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

Conforme preleciona João Batista de Almeida:

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição de que consumidor são “os que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor.⁵

É em decorrência dessa vulnerabilidade que a publicidade, ainda que protegida pelo princípio da liberdade de expressão (art. 5º, IX e 220, da Constituição Federal), não pode ser realizada de forma ilimitada, mas em observância às restrições previstas em lei, como publicidade de produtos potencialmente prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores (art. 220, §3º, CF), possuindo o “dever genérico de não enganar e de não abusar do público consumidor (art. 170, V, CF e art. 37, CDC)⁶”.

Segundo Sônia Maria Vieira de Mello:

Notória a preocupação do constituinte quanto ao amparo efetivo da massa de consumidores brasileiros, vulneráveis diante do próprio princípio constitucional da livre iniciativa, agora emoldurado pelo princípio também constitucional de defesa do consumidor, no dizer de Andrade Jr. e Fa-

⁵ ALMEIDA, João Batista. *A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

ria (1995, p. 01): “É o interesse público se colocando acima dos interesses privados”⁷.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual reservou a Seção III do seu Capítulo V para normatizar a publicidade, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a forma como deve ser efetuada a publicidade:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Também o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, emitido pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR, cuidou de determinar de que maneira deve ser realizada a publicidade:

Art. 28 O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

Assim, torna-se evidente que a publicidade deve obedecer regras impostas por lei, de modo a salvaguardar a defesa do consumidor. Segundo Antônio Herman Benjamin:

O Código não se limitou ao regramento das relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início no momento anterior ao da realização do contrato de consumo. O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas contratual. Ela surge, igualmente, por meio das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em expectativa de consumo. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção do Código⁸.

Tudo isso porque não há negociação na mensagem publicitária. O publicitário, ao criar sua peça de divulgação de produtos ou serviços, nela, em tese, teria plena liberdade para inserir as informações que melhor lhe apropssem, inexistindo negociação com o consumidor. Assim, este ficaria fadado a aceitar o que propõe o anunciante, em todos os seus aspectos (forma, preço, duração, qualidades do produto etc.)⁹. Somente com a identificação da publicidade, portanto, é que o consumidor teria condições de, racionalmente,

⁷ MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a Descoberta da Cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 18

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMENTADO PELOS AUTORES DO ANTEPROJETO*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 331

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMENTADO PELOS AUTORES DO ANTEPROJETO*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 307

analisar a parcialidade da mensagem veiculada.

Portanto, além das normas acima elencadas, devem ser observados os princípios que regem a publicidade, sendo os principais:

Princípio da identificação, decorrente do texto do art. 36 do CDC. Trata-se de norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes¹⁰. É por meio deste princípio que se torna obrigatória a expressa indicação de publicidade nos meios de comunicação, de modo a evitar a publicidade dissimulada, clandestina ou subliminar.

Princípio da veracidade, decorrente do texto do parágrafo único do art. 36 do CDC. Torna obrigatória a veiculação de informações corretas e verdadeiras acerca do produto ou serviço alvo da atividade publicitária, associado ao direito de informação ao consumidor.

Princípio da vinculação, decorrente do texto do art. 30 do CDC. Aduz que a oferta publicitária vincula o fornecedor aos termos do anúncio.

Todos esses princípios, por sua vez, consolidam o entendimento do dever de lealdade para com o consumidor. A publicidade, dessa forma, deve ser de fácil e imediata percepção, trazendo informações corretas e verdadeiras acerca do produto ou serviço veiculado, que estará adstrito aos termos publicizados. Contudo, as atividades desempenhadas atualmente nas mídias sociais não têm seguido tais dispositivos, conforme ver-se-á no item 4 deste trabalho.

3. PUBLICIDADE NAS MÍDIAS SOCIAIS: APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E PRINCIPAIS DESAFIOS

Muito embora tanto as regras dispostas pela Constituição Federal quanto as dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor tenham sido promulgadas em um contexto histórico no qual prevalecia a publicidade nas mídias tradicionais, como televisão, rádio e jornal, estas também se adequam ao período contemporâneo, devendo ser aplicadas às relações desenvolvidas por meio das novas mídias digitais.

Não é forçoso admitir, portanto, que um blogueiro deve cumprir o

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

disposto em todo arcabouço jurídico consumerista, respeitando os princípios previstos no art. 4º, *caput* e inciso III do CDC e preservando os direitos básicos do consumidor, mais precisamente os previstos no art. 6º, III e IV do CDC, indicando a existência de publicidade em seus *posts*, nos termos do art. 36 do CDC, tanto quanto um agente atuante na mídia tradicional.

O art. 4º, *caput* e inciso III, nos traz a transparência e a boa-fé objetiva como princípios norteadores das relações de consumo. O primeiro *consagra que o consumidor tem o direito de ser informado sobre todos os aspectos do serviço ou produto exposto ao consumo, traduzindo assim no princípio da informação*¹¹. *Aplica-se às relações de consumo travadas mediante as interações nas mídias sociais, impondo ao blogueiro (ou instagrammer, qualquer que seja o veículo utilizado) que indique explicitamente quando realiza publicidade de produtos, bem como suas características principais e riscos, se houver.*

O segundo, da boa-fé, deriva do latim *bona fides* e significa fidelidade, confiança. Conforme Cláudia Lima Marques, é um standard de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.¹²

Quanto à transparência, que também deve reger as relações de consumo, assim preleciona Bruno Miragem:

O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado a priori. Necessário que se verifique nos contratos e nas relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para o atendimento de informar pelo fornecedor que as informações consideradas relevantes sobre o produto ou serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor. A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais

¹¹ MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104 e 105.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade da cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31, jul./set./99, p. 145.

elementos informativos, sem o cuidado ou preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.¹³

Portanto, o blogueiro tem o dever de lealdade para com o seu público, de modo que se opta por dar publicidade a produtos e serviços em seu veículo de comunicação, deve fazê-lo dentro da legalidade, respeitando toda legislação vigente.

Contudo, ainda que essa interação virtual faça parte do dia a dia das pessoas, que estão cada vez mais conectadas por meio dos mais diversos mecanismos cibernéticos, e ainda que tenha se tornado comum a divulgação de produtos e de serviços por meio das mídias sociais, o que se percebe é que, até o presente momento, não há demandas judiciais sobre o tema.

Em pesquisa aos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi possível encontrar o registro de qualquer demanda judicial que versasse sobre publicidade velada em mídias sociais.

Não há um levantamento preciso que indique o real motivo de inexistência desse tipo de demanda. A quantidade de blogueiros e celebridades em atividade em mídias como Instagram, Facebook e *blogs* nos dias atuais é significativa, de modo que se pode presumir que a ausência de ações judiciais estaria ligada às dificuldades enfrentadas na fiscalização das atividades em mídias sociais.

Atualmente, o Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, criado com o intuito de proteger a liberdade de expressão comercial e defender os direitos dos agentes participantes do mercado publicitário, incluindo-se aí o próprio consumidor, tem recebido denúncias sobre *posts* pagos feitos em *blogs* de forma velada, induzindo leitores ao erro. Um dos exemplos é o que segue:

Mês/Ano Julgamento: Julho/2015

Representação nº 092/15

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Tips4life, Gabriela Pugliesi e Biophormula

Relator: Conselheiro Julio Abramczyk (com voto complementar de Vitor Morais Andrade)

Câmara: Primeira Câmara

¹³ MIRAGEM, Bruno. *CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168.

Decisão: Sustação e Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 9º, 10, 27, 28, 29, 30, 33 e 50, letras “a” e “c” do Código e seus Anexos H e I

Resumo: Nove consumidoras, residentes no Rio, Campos (RJ), Abreulândia (TO), Belo Horizonte (MG) e São Paulo e Assis (SP) reclamaram de anúncio na internet por considerarem que ele disfarça o seu propósito publicitário, se fazendo passar por “dica”. A direção do Conar questionou também a regularidade, veracidade e adequação das propriedades apregoadas, apresentando o produto como um desintoxicante e anti-inflamatório, entre outras. Em sua defesa, os anunciantes protestam pelo caráter editorial da peça. O relator não aceitou este argumento, considerando cabal o fato de se tratar de propaganda de um produto fitoterápico, lembrando que nutricionistas não podem fazer prescrições pela internet e que a mensagem pode induzir o consumidor a erro com graves consequências. Ele recomendou a sustação do anúncio, proposta acolhida por unanimidade. Seu voto foi completado pela advertência aos anunciantes, dado o potencial risco à saúde dos consumidores.

Muito embora o Poder Judiciário não tenha se consolidado como protagonista deste processo, o mercado vem se autorregulando, caminhando no sentido de combater a atividade publicitária velada. O blogueiro, ao anunciar resenha de produtos ou de serviço em seu espaço virtual, seja ele qual for, como se fosse uma dica desinteressada e não um trabalho publicitário, infringe as normas consumeristas indicadas no item 2 deste artigo.

É preciso também que os novos atores tenham em mente a sua responsabilidade civil ao efetuarem publicidade inobservando a lei. Conforme aduz Alexandre Malfatti:

[...] ainda que não visíveis para o consumidor, a agência de publicidade e o veículo atuam na elaboração e entrega da informação (mensagem) ao consumidor e, por força desta atividade empresarial, auferem lucros. E, certamente, o custo da publicidade estará inserido na composição do preço final do produto ou serviço. Não exigir que a agência de publicidade e o veículo disponham e exibam os dados que sustentam a mensagem publicitária é dar a eles um fundamento – ilegal – para exclusão da responsabilidade por eventual enganosidade ou abusividade da mensagem publicitária.¹⁴

¹⁴ MALFATTI, Alexandre David. *O DIREITO DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*. São Paulo: Alfabeta Jurídico: 2003. p. 301-302

Pelo exposto, torna-se claro o dever do veículo que expõe a publicidade (no caso do presente estudo, os atores de mídias sociais) em indicar *posts* publicitários, bem como prover a informação de todo e qualquer dado do produto, sob pena de ser responsabilizado civilmente.

Maria Luiza de Saboia Campos (apud Alexandre Malfatti, 2003)¹⁵:

A responsabilidade cabível ao anunciante, à agência de propaganda e ao veículo de comunicação é trinômio indispensável na relação jurídica havida quando da circulação de uma mensagem publicitária. O CDC impõe solidariedade passiva entre essas pessoas jurídicas na reparação do dano causado por defeito ou vício de informação.

Assim, torna-se necessário o envolvimento de toda sociedade na fiscalização das mídias sociais, com o objetivo de fazer valer os direitos consagrados pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, para, quem sabe, seja possível dirimir os efeitos negativos da publicidade velada.

4. PUBLICIDADE EM REDES SOCIAIS POR MEIO DO INSTAGRAM: UM ESTUDO DE CASO

4.1 O que é estudo de caso?

Estudo de caso é um método de pesquisa amplamente utilizado em Ciências Sociais. Segundo João Paulo Cavalcante Lima¹⁶ (apud Yin, 2005), o uso do estudo de caso é adequado quando há pretensão de se investigar o como e o porquê de um conjunto de eventos contemporâneos, consolidando-se como uma investigação empírica que permite o estudo de um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real.

As principais características do estudo de caso são:

- a) é uma estratégia de pesquisa apropriada para as ciências sociais e, particularmente, para as ciências sociais aplicadas;
- b) é uma estratégia utilizada para as pesquisas de acontecimentos contemporâneos em condições

¹⁵ MALFATTI, Alexandre David. *O DIREITO DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*. São Paulo: Alfabeta Jurídico: 2003. p. 302

¹⁶ LIMA, João Paulo Cavalcante. *et. al. ESTUDOS DE CASO E SUA APLICAÇÃO: PROPOSTA DE UM ESQUEMA TEÓRICO PARA PESQUISAS NO CAMPO DA CONTABILIDADE*. Revista de Contabilidade e Organizações. vol. 6, n. 14, 2012. Disponível em: <<http://www.rco.usp.br>>. Acesso em: 29 set. 2015. p. 133

- contextuais;
- c) deve ser precedido pela elaboração de um protocolo que defina os procedimentos e as regras gerais, possibilitando ao pesquisador conduzir o seu trabalho com êxito;
 - d) está embasado em uma lógica de planejamento, evitando a sua condução por comprometimentos ideológicos;
 - e) há uma convergência de informações e troca de experiências sobre o fenômeno;
 - f) as inferências são sempre feitas tendo-se por base um teste empírico;
 - g) o estudo sobre o fenômeno deve ser profundo e deve exaurir as possibilidades do que foi delimitado;
 - h) abrange a lógica de planejamento, as técnicas de coleta de dados e as abordagens específicas para a análise dos achados.¹⁷

Tendo em vista as características acima delimitadas, sobretudo no que concerne ao protocolo exigido para a confiabilidade dos resultados alcançados por meio de um estudo de caso, desde já ressalta-se que o levantamento de dados seguiu uma série de procedimentos estatísticos, conforme ver-se-á a seguir.

4.2 Objeto do estudo de caso: a blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi

Gabriela Pugliesi, atualmente, é mais famosa blogueira *fitness* em atuação no Brasil. Iniciou seu blog, *Tips4Life*¹⁸, em 17/01/2013, com o intuito de disseminar um estilo de vida mais saudável, que continua em atividade até os dias atuais. Contudo, a ferramenta virtual por ela mais utilizada é o Instagram, no qual possui mais de um milhão e quatrocentos mil seguidores (em maio de 2013 possuía apenas cento e quarenta mil¹⁹). É lá que se concentra massivamente suas postagens, divulgação de marcas direta ou indiretamente, tornando público a sua rotina.

Sua ascensão foi meteórica. Em pouco mais de dois anos passou a ser patrocinada por grandes marcas, como a rede de academia de ginástica

¹⁷ LIMA, João Paulo Cavalcante. et. al. *ESTUDOS DE CASO E SUA APLICAÇÃO: PROPOSTA DE UM ESQUEMA TEÓRICO PARA PESQUISAS NO CAMPO DA CONTABILIDADE*. Revista de Contabilidade e Organizações. vol. 6, n. 14, 2012. Disponível em: <<http://www.rco.usp.br>>. Acesso em: 29 set 2015. p.133

¹⁸ PUGLIESI, Gabriela. Nasceu o blog #asbundasagradecem. Disponível em: <<http://www.tips4life.com.br/page/130/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

¹⁹ TECIDIO, Luciana. Fenômeno no Instagram, Gabriela Pugliesi dá dicas de saúde e beleza. Disponível em: <<http://ego.globo.com/beleza/noticia/2013/05/fenomeno-no-instagram-gabriela-pugliesi-da-dicas-de-saude-e-beleza.html>>. Acesso em: 08 set. 2015.

Bodytech, além de ter sido convidada para lançar coleção de roupas de ginástica pela Riachuelo e, recentemente, linha de joias pela paulistana Joalheria Dryzun, além de quadro televisivo no programa Caldeirão do Huck. As atividades foram de tal maneira rentáveis que já na segunda semana após o lançamento de seu espaço virtual passou a ser procurada por marcas para divulgação, e há mais de dois anos Pugliesi vive exclusivamente dos contratos firmados em decorrência do blog²⁰.

Tamanho sucesso, por sua vez, passou a ser observado pelas entidades de controle. Em 3 de fevereiro de 2014, o Conselho Nacional de Auto-regulação Publicitária - CONAR, abriu processo²¹ para investigar o blog Tips4Life após denúncia de consumidores, que apontaram ausência de indicação de publicidade em determinadas postagens. Após repercussão do caso e consequente aplicação de advertência, em entrevista²² ao sítio eletrônico UOL, a blogueira afirmou que tomaria medidas no sentido de explicitar mais claramente o que fosse ou não publicidade.

Assim, o estudo de caso tem por objetivo fazer um levantamento de postagens no Instagram, antes e depois do processo movido pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR, a fim de identificar se há indícios de publicidade não sinalizada.

4.3 Análise quantitativa de dados extraídos das publicações de Gabriela Pugliesi no Instagram

Antes de adentrarmos na análise do conteúdo propriamente dita, torna-se necessário explicar o método utilizado.

Para analisar conteúdo produzido por um longo período de tempo, o mais

²⁰ PUGLIESI, G. Autora do blog Tips4Life (Gabriela Pugliesi): depoiment. Disponível em: <<http://agorasim.blog.br/autora-do-blog-tips4life-gabriela-pugliesi/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

²¹ CONAR abre processo para investigar publicidade velada no blog de Gabriela Pugliesi. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/02/conar-abre-processo-para-investigar-publicidade-velada-no-blog-de-gabi-pugliesi.html>>. Acesso em: 8 set. 2015.

²² CONAR abre processo para investigar publicidade velada no blog de Gabriela Pugliesi. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/02/conar-abre-processo-para-investigar-publicidade-velada-no-blog-de-gabi-pugliesi.html>>. Acesso em: 8 set. 2015.

apropriado e eficiente método é o “Constructed week sampling”²³, que pode ser traduzido como “Amostra Semanal Construída”. Por esse método, o pesquisador seleciona randomicamente um Domingo de todos os Domingos da amostra, uma Segunda-Feira de todas as Segundas-Feiras, e assim por diante, até que cada dia da semana esteja devidamente contemplado.

O citado método evidencia os vieses cíclicos da amostra coletada, como por exemplo, publicações no Instagram em uma Terça-Feira possuem menos acesso do que publicações de Domingo.

Como o presente trabalho utilizará conteúdo online, Hester and Dougall²⁴ aduzem que pelo menos duas amostras semanais construídas são necessárias para um período de seis meses.

Desta forma, em atendimento ao método acima esposado, extraiu-se uma amostra de 560 posts (dados coletados), retirados do Instagram dos seguintes dias:

	2013	2014	2015
JANEIRO	6 e 23	12 e 21	8, 18, 20, 26 e 31
FEVEREIRO	9, 14, 18 e 25	7, 10 e 27	4 e 17
MARÇO	15 e 27	1, 21 e 24	5, 14, 15 e 20
ABRIL	15	17	25, 27 e 30
MAIO	19	2, 8 e 14	2, 5, 14 e 30
JUNHO	8, 26 e 27	10, 22 e 29	2, 24 e 26
JULHO	2 e 12	2 e 22	17, 19 e 27
AGOSTO	2, 20 e 23	17	5, 6, 26 e 27
SETEMBRO	5, 10, 14 e 26	17 e 27	
OUTUBRO	2 e 21	4 e 21	
NOVEMBRO	10 e 17	26	
DEZEMBRO	3 e 21	12, 13, 15, 18 e 29	

Ressalte-se que foram escolhidos randomicamente dois Domingos, duas Segundas-Feiras, e assim sucessivamente, de cada ano selecionado, de modo que todos os dias fossem contemplados e dias em que há mais postagens não fossem superestimados, gerando coleta de duas semanas de dados por ano.

Após a delimitação da amostra, para que a sua análise fosse precisa, foi realizado um teste denominado Intercoder Reliability – ICR (traduzido livremente como Concordância em Confiabilidade). A amostra, com suas variáveis,

²³ RIFFE, D.; AUST, C.; LACY, S. Effectiveness of random, consecutive day and constructed week sampling. In: KRIPPENDORFF, K.; BOCL, M. A. *The content analysis reader*. California: Sage, 2009.

²⁴ HESTER, J.B.; DOUGALL, E. *The efficiency of constructed week sampling for content analysis of online news*. Journalism and Mass Communication Quarterly. Disponível em: <<http://jmq.sagepub.com/content/84/4/811.short>>. Acesso em: 15 set. 2015. p. 84, 811-824

foi examinada por duas pessoas distintas, uma delas a presente autora.

Cada pessoa analisou um levantamento referente a 52 (cinquenta e dois) *posts* constantes da amostra global, seguindo a recomendação de Riffe, Lacy and Fico²⁵. O código utilizado para calcular o ICR foi o de Krippendorff, por meio do programa ReCal.

Importante mencionar que a confiabilidade da análise é necessária para calcular o grau de concordância entre dois pesquisadores quando da categorização da amostra, de modo que o resultado não represente a opinião pessoal de um único pesquisador, mas esteja aproximado a uma noção geral do que qualquer pessoa teria ao analisar a mesma amostra.

Após análise dos 52 (cinquenta e dois) *posts*, com resultado em adequação ao parâmetro de confiabilidade estabelecido por Krippendorff, analisou-se o restante da amostra, de acordo com o seguinte padrão:

VARIÁVEL	SIGNIFICADO
Data	Dia da postagem
Likes	Número de likes
Comentários	Número de comentários
Produto	A foto postada contém algum produto/evento (aparece a marca ou na foto ou na legenda ou na tag)? *Não serão computados locais como academia, restaurante e pessoas físicas, como treinador e cabeleireiro. 1= sim 0=não
Legenda	A legenda da foto menciona o produto? 1= sim 0=não
Sinalização	O produto está sinalizado como propaganda? 0= não 1= sim 99= a foto não contém produto
Sinalização_local	Se sinalizado, a sinalização acontece: 1= na hashtag 2= na legenda 99= a foto não tem produto/não sinalizado
Sinalização_forma	Se sinalizado, qual foi a palavra utilizada? (ex. #parceiro, #publi, etc)
Local/Treinador	A foto postada contém algum local (como salão de beleza/spa/hotel) ou treinador? 1= sim 0= não
Legenda	A legenda da foto menciona o local/treinador? 1= sim 0=não
Sinalização	O local/treinador está sinalizado como propaganda? 0= não 1= sim 99= a foto não contém local/treinador
Sinalização_local	Se sinalizado, a sinalização acontece: 1= na hashtag 2= na legenda 99= a foto não tem local/treinador/não-sinalizado
Sinalização_forma	Se sinalizado, qual foi a palavra utilizada? (ex. #parceiro, #publi, etc)
Comentários	Algo mais a acrescentar sobre esse post?

²⁵ RIFFE, D.; LACY, S.; FICO, F. *Analyzing media messages: Using quantitative content analysis in research*. 3. ed. New York: Routledge, 2014.

Quanto ao resultado da análise estatística, ressalta-se que a primeira pergunta dessa pesquisa se refere à proporção de produtos, locais e/ou treinador sinalizados na conta do Instagram. Para respondê-la, usou-se estatística descritiva e foram analisadas a proporção de *posts* que contém algum tipo de produto, locais e/ou treinador, a proporção de sinalização de publicidade nos *posts* que contém algum produto, locais e/ou treinador e a forma como a sinalização ocorreu, se presente.

A segunda pergunta refere-se ao impacto da ação do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR na presença de *posts* sinalizados. Para responder a essa pergunta, analisamos a presença da sinalização por dia, mês e ano. Após isso, também verificamos a presença de produtos, locais e/ou treinador sinalizados ou não, em cada ano separadamente.

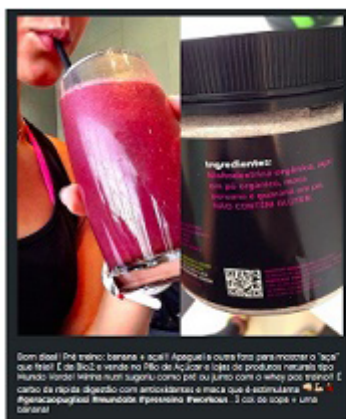
Finalmente, usando estatística inferencial, analisamos o impacto da presença de produtos na forma como o público interage com a blogueira através do número de *likes* e comentários.

Toda a análise estatística foi feita através do programa IBM Statistical Package for the Social Sciences (SPSS).

4.3.1 Resultados

➤ **Análise de posts em relação à divulgação de produtos**

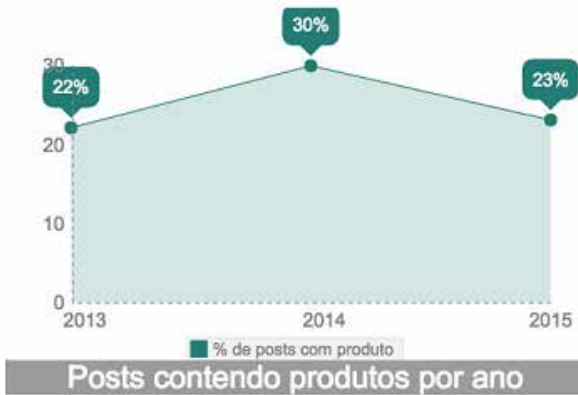
- * 24,8% dos *posts* continham algum produto, sinalizado ou não. Vale lembrar que não significa que a blogueira necessariamente foi paga para efetuar a postagem, mas é provável, uma vez que o blog é sua fonte de subsistência, sendo conhecida a divulgação de Mídia Kit, do que se depreende que não é realista a conclusão de que em três anos houve somente sete contratos (quantidade aferida, conforme ver-se-á adiante) publicitários no Instagram.
- * em 24,1% dos *posts* o produto não somente aparecia na foto, mas também foi explicitamente citado na legenda
- * dos *posts* contendo produtos, apenas 5% (sete *posts*) continham alguma sinalização de publicidade.



24,1%

o produto não
somente apareceu
na foto, mas também
foi explicitamente
citado na legenda

- * quando a sinalização ocorreu, ela apareceu na legenda na forma de hashtags. As hashtags utilizadas foram #publicidade, #publipost e #parceirostips4life.
- * em 2013, 22% dos posts continha algum produto, e a diferença entre os que continham e os que não continham não é estatisticamente significativa.
- * em 2014, 30% dos posts continha produto. No mesmo ano, um post no Instagram da conta tinha maior possibilidade de conter um produto do que nos outros anos, e a diferença é estatisticamente significativa [$\chi^2(1) = 3.70, p < .05$].
- * em 2015, 23% dos posts trazia algum produto, um declínio se comparado a 2014.
- * na amostra inteira, apenas sete posts foram sinalizados. Todos os posts sinalizados ocorreram depois de Fevereiro de 2014, ou seja, após o processo do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR. 57% dos posts sinalizados ocorreram no segundo semestre de 2014, e os outros 43% ocorreram no primeiro semestre de 2015. Isso pode indicar uma influência da citada ação, embora de forma ínfima e passageira.
- * a média de comentários por post foi $M = 336.38$, com desvio padrão de $\sigma = 426.69$ (valor mínimo = 0, valor máximo = 4050). A média de likes por post, por sua vez, variou entre 21 e 61.585 likes, com uma média de aproximadamente 12 mil likes por post ($M = 12.570,77, \sigma = 11.503,45$).




Não houve diferença estatisticamente significativa no número de *likes* e comentários entre *posts* que contém produtos e *posts* que não contém produtos, o que sugere que a interação com o público permanece inalterada com ou sem produto. Estudos no futuro são necessários para avaliar se isso ocorre porque o público não percebe ter um produto ou porque não se importa. De forma geral, o presente estudo sugere que a propaganda velada não interfere na forma como o Instagram flui, o que poderia ser diferente na televisão, por exemplo, onde as pessoas mudam de canal quando começam os comerciais.

➤ **Análise de posts em relação à divulgação de local (academia, spa, hotel, salão de beleza etc) e treinador**


- * 24,8% dos posts contém um local ou treinador, o que representa a mesma proporção dos posts com produtos. Todos os posts mencionaram nome do local ou treinador na legenda.
- * A soma do quantitativo de posts que contém produtos e locais/ treinador representa 43% da amostra, quase metade.


 **43,3%**
 dos posts mencionou um
 produto, local e/ou nome
 de treinador

 **24,8%** dos posts contiveram
 algum produto

 **5%** dos posts com produto
 contiveram sinalização

- * Apenas 1 post com local/treinador estava sinalizado na legenda, através de hashtags (#publicidade e #publipost). O post ocorreu em 23/03/2014.
- * Em 2013, apenas 16,7% dos posts tinha menção a algum local/treinador [$\chi^2(1) = 17.99, p < .001$].
- * Em 2014, 22,2% dos posts continha um local/treinador ($p = n.s.$).
- * Em 2015, 42,8% dos posts tinha um local/treinador, uma diferença significativa se comparado à média dos outros dois anos (19%). [$\chi^2(1) = 31.557, p < .001$]. Ou seja, a maioria dos aparentes contratos da *blogger* em 2015 foi para divulgação de eventos, diferente do ano de 2014, no qual o indício para divulgação de produtos foi maior.

 **24,8%** dos posts contiveram menção a algum local ou treinador

 **0,7%** dos posts com local ou treinador contiveram sinalização (apenas um)

Hashtags utilizadas
publipost
publicidade
parceirostips4life

 **63%**
Dos posts sinalizados ocorreram em 2014.

- * Ao contrário do produto, a presença de posts com local/treinador tem uma média de comentários superior a posts sem local/treinador ($M=445.6, \sigma = 462.27, p < .01$). Da mesma forma, produtos com local/treinador também tem uma média de likes superior ($M=11031, \sigma = 12757, p < .001$). As diferenças são estatisticamente significativas.



Posts com local ou treinador por ano

4.3.2 *Análise dos resultados*

Acerca dos resultados levantados, algumas considerações devem ser tecidas. A primeira delas diz respeito aos fortes indícios de publicidade velada identificada (43% da amostra). Dos 560 *posts* analisados, praticamente metade continha indício de publicidade, seja de produto, de local ou de treinador.

Em matéria publicada na *Veja SP*, em 02/10/2015, na qual a rotina de blogueiras e musas *fitness* foi explicitada, consta que:

Expoente da área, a blogueira Gabriela Pugliesi, de 29 anos, não paga academia, intervenções estéticas, viagens, tratamentos em spa, roupas, sapatos, acessórios, joias, balada nem refeições. Nesse escambo da era digital, até a ração de seu pitbull Buda sai “na faixa”.

Como moeda de troca, exhibe os produtos e serviços na internet. Somente no Instagram possui cerca de 1,5 milhão de fãs. Nem tudo é permuta. As empresas vão atrás do público enorme que curte sua rotina, da foto em que aparece acordando em seu flat do Morumbi com o novo namorado ao vídeo que a mostra fazendo agachamento. Com ações patrocinadas (um post do tipo pode custar 10 000 reais), ela fatura mais de 100.000 reais por mês. Recomenda exercícios, dietas, suplementos, looks, academias, médicos, hotéis... “São novas ‘Midas’: os artigos que divulgam vendem como água”, explica Rafael Coca, sócio da agência Spark Inc., especializada em publicidade digital.²⁶

Na mesma matéria, Gabriela Pugliesi é indicada como a principal formadora de opinião do ramo, conforme o mercado publicitário, o que nos leva à segunda e principal consideração a ser tecida: mais do que ao dever de indicar publicidade, constante do Código de Defesa do Consumidor, há evidências de descumprimento à regra de transparência e boa-fé inerentes às relações de consumo, o que, em tese, é capaz de causar danos ao consumidor passíveis de reparação.

A atividade desenvolvida, seja ela estabelecida por meio de pagamento direto (contrato publicitário convencional) ou por escambo pode ser considerada publicidade. Segundo Lúcia Ancona Dias:

A remuneração, embora elemento caracterizador da finalidade

²⁶ SOARES, Ana Carolina. *Conheça a rotina de blogueiras e musas fitness*. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/materia/rotina-musas-fitness-juju-salimenei-karina-bacchi-gabriela-pugliesi>>. Acesso em: 03 out. 2015.

promocional da publicidade oculta não pode ser, todavia, o seu único critério constitutivo. É possível vislumbrar situações nas quais o fornecedor não desembolsa qualquer pagamento direto ao meio de difusão, mas a menção ao produto é resultado de uma troca de vantagens (“scambio di vantaggi”) entre o anunciante e o veículo. Assim, dentro do conceito de “remuneração” ou “acordo publicitário” estabelecido entre o anunciante e o veículo para demonstração da finalidade promocional se deve assumir tanto o pagamento direto quanto a forma indireta, neste último caso o que os italianos denominam de “scambio di vantaggi”²⁷.

É necessário, inclusive, analisar o papel de Gabriela Pugliesi, enquanto celebridade, nesse processo. É sabido que a publicidade, quando veiculada à imagem de uma pessoa famosa, alcança um número maior de possíveis consumidores, aumentando o seu impacto na sociedade. Nas palavras de Alan Liberman, diretor do instituto Ipsos-Asi do Brasil:

[...] o apelo deste recurso pode persuadir os consumidores, por mecanismos como a credibilidade e a atração. A credibilidade atua para gerar aceitação da influência desta celebridade, que pode ocorrer pela sua *expertise* (conhecimento para discorrer sobre o assunto) ou pela sua confiabilidade. A atração age por meio da imitação de um comportamento, da percepção de sucesso e realização associadas à posição desta celebridade, influenciando entre outros fatores a sua empatia, familiaridade e admiração. A melhor utilização deste recurso ocorre quando essa celebridade é considerada crível e atraente.²⁸

Não se pode desconsiderar a confiabilidade vinculada ao nome da blogueira, capaz de fazer com que produtos “vendam como água”, como já dito. Desta forma, na hipótese de não identificar a publicidade que faz dos produtos, locais e até mesmo treinadores publicados em seu Instagram, para o consumidor final, não é possível a aferição da distinção entre estilo de vida, indicação de produtos de forma orgânica, da indicação paga. Pode haver uma quebra da confiança estabelecida entre a celebridade e o consumidor, parte mais vulnerável nessa relação.

²⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

²⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.157-158.

Isso porque o conceito de publicidade, atualmente, está mais atrelado à definição de persuasão do que de informação. Se antigamente a publicidade era utilizada para informar a um determinado público as características de um produto ou serviço, com a consolidação da sociedade moderna de consumo e o aumento da competição entre empresas e/ou fornecedores de serviços, a publicidade passou a ser considerada um instrumento de concorrência fundamental no processo de angariar nova clientela, com mecanismos consolidados de persuasão.²⁹

Assim, caso veicule produtos, serviços e locais sem a indicação da publicidade, que, de acordo com o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor deve ser facilmente identificada, a blogueira passa a impedir que o consumidor, formado por seu público, majoritariamente jovem e ávido por ter uma vida similar à sua, defenda-se e seja capaz de fazer uma análise crítica sobre a veracidade das informações apresentadas e se aquele produto ou serviço, de fato, possuem as qualidades indicadas.

Tudo isso nos leva à terceira e última consideração acerca dos dados levantados por meio do estudo de caso: qual o papel da transparência, prevista no Código de Defesa do Consumidor, nas comunicações em rede?

Entendemos que seu papel se confunde com a noção de credibilidade que, em tese, deveria ser imprescindível em contratos publicitários, e a defesa da boa-fé enquanto valor que precisa ser protegido nas relações de consumo.

Muito embora os indícios de ausência de indicação de publicidade na maioria dos *posts* não tenha interferido diretamente na relação entre Gabriela Pugliesi e seu público, uma vez que não houve diminuição de acesso ao seu Instagram (que diariamente recebe novos seguidores), diminuição na quantidade de *likes* ou de comentários, é preciso ter em mente que seu papel, enquanto celebridade, deve se pautar na responsabilidade trazida justamente pelo amplo alcance que suas postagens possuem, e pela consciência de que pessoas públicas ou famosas, ao exercerem grande influência sobre os consumidores, garantindo ao produto ou serviço veiculados uma falsa segurança sobre suas qualidades, assumem, diante daqueles, uma posição de garante, que implica responsabilização civil.³⁰

²⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

³⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.155.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo deste trabalho, a evolução da sociedade de consumo está intimamente ligada à evolução da publicidade, em relação de perfeita simbiose. Não se deve, portanto, demonizar a publicidade, mas garantir meios para que haja fiscalização do cumprimento das regras impostas por lei.

Lucia Ancona Dias assim nos ensina:

Publicidade e defesa do consumidor não devem ser vistos, portanto, como entes conflitantes. A publicidade é protegida na medida em que o Direito purifica o mercado dos excessos e, purificando-o, fortalece, por via transversa, o próprio papel do *marketing* e da publicidade na moderna sociedade. Por seu turno, o Direito, evidentemente, não ignora – e nem poderia ignorar – a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico, seja como motor da dinâmica competitiva, inovação e redução do custo unitário dos produtos, seja ainda como importante fonte de receita dos veículos de comunicação (rádios, jornais, televisões), ou ainda, como pontua Benjamim, como fator de relevância para a vida cultural do país por meio do financiamento, total ou parcial, de programas culturais (ao que hoje se denominou de “marketing cultural”).³¹

Assim, é preciso ter em mente que a publicidade tem espaço importante no sistema capitalista em que vivemos, sendo dele uma de suas molas propulsoras.

Viu-se também que para que a publicidade atinja seus objetivos, evitando, inclusive, concorrência desleal entre empresas, é necessário o cumprimento dos dispositivos previstos no Código de Defesa do Consumidor, do Código Nacional de Autorregulação Publicitária, que possui força normativa, e da própria Constituição Federal.

Deve a publicidade, garantida pela liberdade de expressão prevista pela Carta Magna, ser facilmente identificável pelo consumidor, em observância ao princípio da informação da publicidade, da lealdade e boa-fé objetiva, trazendo todas as informações necessárias acerca do produto/serviço veiculado.

Tal obrigação abarca tanto as mídias tradicionais, como televisão, rádio, revistas e jornais, quanto as mídias sociais, cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas em nossa sociedade globalizada e informatizada, como *blogs*,

³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

Instagram, Snapchat, Facebook, Twitter, dentre outros.

Identificou-se, por outro lado, por meio do estudo de caso realizado, fortes indícios de que as regras afeitas à publicidade não vêm sendo aplicadas a contento pelos novos atores das mídias sociais. Ao analisar estatisticamente os dados oriundos do Instagram da blogueira *fitness* Gabriela Pugliesi, identificamos que 43% de suas postagens apresentava produto, serviço, evento, local (como academia, spa, salão de beleza) e treinador, sem identificação de publicidade, havendo indicativo de publicidade velada.

A blogueira, alvo de ação movida pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR no ano de 2014 em decorrência de indício de publicidade velada em seu blog *Tips4life*, após o conhecimento da ação movida (que resultou em aplicação de advertência), por sua vez, aparentemente não apresentou mudança significativa de comportamento. Infere-se, dos dados levantados, que a ação movida pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR, para os aparentes casos de publicidade não veiculada, não logrou êxito em alterar a dinâmica publicitária estabelecida entre Pugliesi e seus contratantes. A indicação de publicidade nos *posts* foi identificada por um curto período após a penalidade aplicada.

Também foi possível identificar uma mudança no alvo da publicidade realizada. Se no ano de 2013 se visualizou grande quantidade de produtos supostamente publicizados sem identificação, sobretudo os ligados ao emagrecimento e às atividades físicas, como barrinhas de cereal, suplementos alimentares e roupas de ginástica, a partir do segundo semestre de 2014 houve um grande aumento de postagens indicando serviços de agência de viagem, locais como academia, salão de beleza, ensaios fotográficos para marcas de biquíni e até mesmo jóias, além de treinadores. Também foi identificado indício de publicidade para restaurantes.

Tal dado é relevante, pois sugere que, de fato, a dinâmica estabelecida nas mídias sociais está intimamente ligada ao estilo de vida do veículo, no caso estudado, de Gabriela Pugliesi. À medida que seu sucesso foi aumentando, transformando-a em verdadeira celebridade, a *blogger* aparentemente passou a ser procurada não apenas por marcas relacionadas ao mundo *fitness*, mas pelos mais diversos tipos de segmentos, possivelmente pela sua credibilidade e capacidade de angariar novos consumidores para as empresas. Entendemos que

isso indica uma nova forma de se fazer publicidade, cuja tendência é ganhar cada vez mais espaço.

Por tais motivos é que os novos atores da publicidade, quais sejam, os oriundos das mídias sociais, devem ter em mente a relevância que possuem tanto para a economia, quanto para o mercado publicitário e, sobretudo, para seus consumidores, formado por um público jovem e ávido por consumo.

É necessário que a sociedade esteja alerta e se posicione como fiscal de seus direitos, observando se os princípios constitucionais e de defesa do consumidor estão sendo respeitados.

Por fim, é também necessária uma maior atuação por parte do Ministério Público, tendo em vista as evidências de descumprimento das normas por parte destes agentes.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

CONAR abre processo para investigar publicidade velada no blog de Gabriela Pugliesi. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2014/02/conar-abre-processo-para-investigar-publicidade-velada-no-blog-de-gabi-pugliesi.html>>. Acesso em: 8 set. 2015.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *PUBLICIDADE E DIREITO*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *DIREITO DO CONSUMIDOR: Código Comentado e Jurisprudência*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMENTADO PELOS AUTORES DO ANTEPROJETO*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HESTER, J.B.; DOUGALL, E. *The efficiency of constructed week sampling for content analysis of online news*. *Journalism and Mass Communication Quarterly*. Disponível em: <<http://jmq.sagepub.com/content/84/4/811.short>>. Acesso em: 15 set. 2015.

KRIPPENDORFF, K.; BOCK, M. A. *The content analysis reader*. California: Sage, 2009.

LIMA, João Paulo Cavalcante. *et. al. ESTUDOS DE CASO E SUA APLICAÇÃO: PROPOSTA DE UM ESQUEMA TEÓRICO PARA PESQUISAS NO CAMPO DA CONTABILIDADE*. *Revista de Contabilidade e Organizações*. vol. 6, n. 14, 2012. Disponível em: <<http://www.rco.usp.br>>. Acesso em: 29 set. 2015.

MALFATTI, Alexandre David. *O DIREITO DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*. São Paulo: Alfabeto Jurídico: 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade da cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31, jul./set./99

MARTINS, Plínio Lacerda. *O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

MIRAGEM, Bruno. *CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a Descoberta da Cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PUGLIESI, Gabriela. Nasceu o blog #asbundasagradecem. Disponível em: <<http://www.tips4life.com.br/page/130/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

PUGLIESI, G. Autora do blog Tips4Life (Gabriela Pugliesi): depoimento. Disponível em: <<http://agorasim.blog.br/autora-do-blog-tips4life-gabriela-pugliesi/>>. Acesso em: 08 set. 2015.

PUGLIESI, G. Após polêmica, Gabriela Pugliesi diz que reforçará sinalização de post pago: depoimento. Portal Tecnologia UOL. Entrevista concedida a Ana Ikeda. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/14/gabriela-pugliesi-diz-que-reforcara-a-sinalizacao-de-publposts-em-sites.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015

RIFFE, D.; AUST, C.; LACY, S. Effectiveness of random, consecutive day and constructed week sampling. In: KRIPPENDORFF, K.; BOCK, M. A. *The content analysis reader*. California: Sage, 2009.

RIFFE, D.; LACY, S.; FICO, F. *Analyzing media messages: Using quantitative content analysis in research*. 3. ed. New York: Routledge, 2014.

SOARES, Ana Carolina. *Conheça a rotina de blogueiras e musas fitness*. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/materia/rotina-musas-fitness-juju-salimenei-karina-bacchi-gabriela-pugliesi>>. Acesso em: 03 out. 2015.

TECIDIO, Luciana. *Fenômeno no Instagram, Gabriela Pugliesi dá dicas de saúde e beleza*. Disponível em: <<http://ego.globo.com/beleza/noticia/2013/05/fenomeno-no-instagram-gabriela-pugliesi-da-dicas-de-saude-e-beleza.html>>. Acesso em: 08 set. 2015.



A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA CONTRA A PUBLICIDADE FRENTE À LIVRE INICIATIVA, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A AUTONOMIA DOS PAIS NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS: ESTUDO DE UM CASO JUDICIAL

CHILDHOOD PROTECTION AGAINST ADVERTISING VS. FREE ENTERPRISE, FREEDOM OF EXPRESSION AND THE AUTONOMY OF PARENTS IN EDUCATION OF CHILDREN: A JUDICIAL CASE STUDY

Camila da Silva Barreiro¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. McDonald's versus Instituto Alana e Procon/SP. 3. A defesa constitucional dos agentes econômicos. 4. A defesa constitucional da proteção ao consumidor, e em especial, da criança e do adolescente. 5. A ponderação dos valores constitucionais envolvidos: até onde a publicidade destinada a crianças e jovens pode ser restringida. 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO

Busca-se, no presente artigo, com base no exame da jurisprudência, analisar a questão da publicidade dirigida ao público infanto-juvenil sob duas perspectivas: de um lado, a da defesa do consumidor, bem como das crianças e jovens e, de outro, sob a perspectiva da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da autonomia dos pais na educação de seus filhos. O objetivo é demonstrar, por meio da técnica da ponderação de valores que esses direitos e garantias convivem harmonicamente sem que seja necessário esvaziar um ou outro, mostrando-se, ao final, que a liberdade, guardados os devidos e necessários limites, é o melhor caminho para se atingir os propósitos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: publicidade infantil; proteção; liberdades individuais.

ABSTRACT

In this article, we intend, based on a specific case, to examine the issue of advertising directed at children and adolescents from two perspectives: on the one hand, the consumer's protection, as well as children and young people defense; on the other, from

¹ Aluna do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD). Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Analista Judiciária – Área Judiciária no Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: camilabarreiro@gmail.com.

the perspectives of freedom of expression, free enterprise and the parent's autonomy in the education of their children. The aim is to demonstrate, through the technique of weighting values, that these rights and guarantees coexist harmoniously without having to null one or the other, showing, in the end, that freedom, respected the due and necessary limits, is the best way to achieve the purposes of a democratic state.

Keywords: children's advertising; protection; individual liberties.

1. INTRODUÇÃO

O direito do consumidor, por sua relevância e impacto na vida cotidiana das pessoas, das indústrias, do mercado, enfim, da sociedade, como um todo, bem como por tratar-se de um ramo relativamente novo do direito, desperta interesses, paixões, ativismos. À medida em que se propala, passando ao domínio de um número maior de indivíduos, torna-se também um instrumento de conscientização e de cidadania, assumindo um papel que vai muito além da simples proteção do consumidor hipossuficiente – torna-se propriamente um veículo de transformação social.

Vislumbrando esse potencial transformador, grupos de defesa dos interesses das crianças e dos jovens, preocupados com a hipervulnerabilidade desse segmento da sociedade ante os apelos constantes da indústria, vêm debruçando-se sobre o direito do consumidor, utilizando-se da própria proteção que a legislação brasileira conferiu a esse extrato social para tentar minorar as eventuais consequências nefastas do bombardeamento de padrões consumistas sobre cidadãos ainda em formação, notadamente muito suscetíveis a pressões externas e com uma personalidade altamente influenciável.

Uma das frentes em que esse trabalho tem se desenvolvido – e também onde tem ganhado mais destaque, dados a repercussão e a amplitude dos interesses envolvidos – é a publicidade infantil. É possível notar, nos dias atuais, uma preocupação cada vez maior com os abusos e excessos na publicidade voltada à cooptação, à atração e à fidelização de crianças e jovens, preocupação essa muitas vezes atrelada à saúde desses indivíduos. O problema é que, invariavelmente, essa defesa esbarra em valores igualmente legítimos, mas dessa vez de interesse do mercado, como a livre iniciativa, a liberdade de expressão e

de ofício e até mesmo a busca pela auferição de lucros (finalidade a qual, por si só, não é ilegítima).

O Código de Defesa do Consumidor cuidou de regular a publicidade dirigida às crianças e jovens, vedando expressamente a publicidade abusiva destinada a esse segmento. O problema surge quando se passa a discutir qual publicidade é abusiva e, até mesmo, conforme defendido por alguns, se toda publicidade destinada a jovens não seria abusiva. Nesses casos, o intérprete e aplicador da lei é chamado a, analisando o caso concreto, realizar uma ponderação de valores opostos igualmente dotados de status constitucional. A opção, geralmente, é pela intervenção repressiva do Estado, em nome da defesa do consumidor e, em especial, da criança e do adolescente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entretanto, recentemente, decidiu de forma diferente, em decisão que gerou grande polêmica. Primando pelas liberdades individuais e econômicas e pelo papel central dos pais na educação dos filhos, a Corte negou-se a punir um agente econômico por, segundo seus opositores, realizar propagandas que aproveitavam-se da deficiência de julgamento e de experiência do público infante-juvenil. Aprove-se ou não o veredicto, o fato é que ele introduziu um importante questionamento, significando ainda um nada desprezível reação judicial aos avanços logrados por grupos de combate à publicidade infantil nos últimos anos. De quebra, retomou uma indagação acerca da efetividade da atuação repressiva, estatal ou não, que é sempre pertinente e vale a pena ser avaliada.

No intuito de refletir sobre tais pontos, passemos ao caso concreto.

2. MCDONALD'S VERSUS INSTITUTO ALANA E PROCON/SP.

A questão teve início em 2010 quando o Instituto Alana, por meio de seu projeto Criança e Consumo, entendendo que a empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. vinha praticando publicidade abusiva com o intuito de promover a venda de seus lanches para crianças, encaminhou notificação ao McDonald's solicitando que este se abstinhasse de praticar comunicações mercadológicas dirigidas a esse segmento. A alegação era de que os filmes publicitários veiculados para promoção do kit McLanche Feliz estimulavam os infantes ao consumo por meio do caráter apelativo dos brinquedos, que se

tornavam o real motivo da compra. No entender do instituto, os brinquedos disponibilizados - colecionáveis, exclusivos e de alta rotatividade – ao representarem seres do imaginário infantil, contribuíam para atrair a atenção e o desejo desse público, que em razão de sua pouca idade, não teria discernimento suficiente para compreender o nítido intuito de promoção do consumismo, bem como os malefícios do produto para a saúde.²

Diante do não comprometimento do McDonald's em interromper a veiculação da publicidade dirigida às crianças, bem como a oferta dos brinquedos associados aos lanches, o Instituto Alana encaminhou denúncia à Fundação Procon São Paulo, visando à adoção das medidas cabíveis para a reparação dos danos provocados. O órgão aplicou, então, multa no valor de R\$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais) à Arcos Dourados pelas práticas de venda casada e de publicidade abusiva destinada ao público infantil.

Irresignada, a rede recorreu ao Judiciário visando a obter a declaração de nulidade da multa imposta pelo fundamento de defesa do consumidor, alegando em suma que o PROCON agira “*de maneira exacerbada e absurda ao estipular tão alta multa vinculada aos anúncios do McDonald's, sendo que sequer existe lei em vigor que proíba a publicidade de produtos para crianças, sejam brinquedos ou alimentos*”¹ e que suas propagandas “*não podem ser consideradas abusivas simplesmente por serem lúdicas e festivas.*”³

A ação foi julgada procedente pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, o qual entendeu ser pouco provável que o conteúdo da mensagem publicitária em questão tivesse o poder de induzir crianças ao consumo compulsivo, vez que a maioria das cenas qualificadas como abusivas representariam atividades infantis nas quais sequer havia menção ao restaurante e seus produtos. Quanto às imagens lúdicas empregadas, consignou o julgador que consistiriam em recursos amplamente utilizados em quase todos os meios publicitários e que teriam como finalidade gerar um plano de fundo que chamasse mais a atenção, de modo que configuraria exagero dizer que configuravam prática abusiva. Invocando ainda

² Disponível em <http://criancaeconsumo.org.br/acoef/arcos-dourados-comercio-de-alimentos-ltda-mcdonalds-mclanche-feliz-jan2010/>; acesso realizado em 4.10.2015.

³ Disponível em < http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2010/01/ArcosDouradosMcLanche_Senten%C3%A7a_2014.pdf >, acesso realizado em 4/10/2015.

o princípio da legalidade, argumentou ser vedado ao Poder Judiciário declarar a ilegalidade de uma peça publicitária apenas e tão somente porque voltada ao público infantil. Ao fim, a multa imposta pelo PROCON/SP foi anulada.⁴

Contra tal sentença foi interposto recurso de apelação, o qual não logrou sucesso. Chega-se aqui à decisão que impulsionará todo este artigo.

O acórdão da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao reclamo, fundou-se, em essência, na argumentação abaixo reproduzida:

“Neste aspecto, não vislumbro prática abusiva da vendedora de sanduíches na hipótese dos autos. Tomemos estas quatro premissas:

A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;

Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;

Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;

Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império;

Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços.

Todavia, não é porque existe o chamariz que sempre se compra. Pressupõe-se isso é essencial, e somente relativizado em hipóteses casuísticas uma margem de decisão, de escolha racionalizada.

Daí que a estratégia publicitária não será sempre abusiva. Não se pode admitir interpretação literal da Resolução nº

⁴ **Consequência do modelo socioeconômico ocidental, não é de hoje que o mercado publicitário se ocupa de direcionar as peças produzidas para cada nicho de consumo**, buscando cativar clientelas específicas e inculcar a necessidade muita vez inexistente de aquisição de produtos e serviços. Faz parte do nosso sistema e, mais e mais, inclusão social é consumo.

163/20141 do CONANDA. Há que se constituir de prejuízo evidente, que atravesse de modo direto (não oblíquo ou idealizado) a formação moral, intelectual, familiar e social do infante.

O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estima do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (*nanny state*), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e fletam com totalitarismos.

Deveras, há um espaço indelegável para a educação dirigida pelos pais, que devem indicar os prós e contras das escolhas, v.g, do que significa o alimento sem valor nutritivo e alto valor calórico. E também principalmente o aprendizado do sentido absoluto do “não!”. Impossível ter tudo pelo simples fato de assim o querer, sob o risco de se constituírem adultos que se portam sem limites, mormente quando se desiludem por não conseguirem o que desejariam, na ditadura do *tutto e subito*. Pusilânimes.

Hábitos saudáveis são aprendidos, aculturados, nos ambientes familiar e escolar. Há outras situações e ocasiões de abusividade efetiva a serem cuidadas, longe do comércio de guloseimas.”⁵ (grifos nossos)

É sobre esse último julgado que o presente artigo visa refletir.

3. A DEFESA CONSTITUCIONAL DOS AGENTES ECONÔMICOS.

A Constituição Federal zela pela proteção da legalidade, das liberdades individuais, bem como pela livre atividade econômica, até mesmo porque o Brasil é um país assumidamente capitalista.

Temos assim, a garantia da legalidade, insculpida no artigo 5º, inciso II, da Carta Maior, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Tal garantia é fundamental não apenas para o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, como também para o exercício da atividade econômica.

⁵ Disponível em < <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2010/01/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TJ-SP-julgado-em-29.6.2015.pdf> >; acesso realizado em 4/10/201.

Quando se fala em direito do consumidor, a legalidade é fundamental, posto que o empresário necessita de previsibilidade e de segurança jurídica. A garantia da legalidade relaciona-se com a publicidade infantil à medida em que o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor expressamente dispõe ser abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança ou que a induz, enquanto consumidora, a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde e/ou segurança. A previsão legal está dada; não é, contudo, precisa, concreta, delimitada; pelo contrário, os conceitos empregados pelo legislador afiguram-se um tanto quanto amplos, vagos (até porque não poderia ser diferente, sob pena de ser impossível lidar com as complexidades do mundo real). Tem-se aqui, então, o problema: a vagueza da definição legal abre espaços para subjetivismos que, levados ao extremo, podem levar à inviabilização de uma prática – a propaganda destinada a crianças – que não é, de *per se*, vedada pelo ordenamento jurídico. A legalidade constitui-se, portanto, ao menos num primeiro momento, um reforço ao empresariado, que proibido não está de dirigir-se ao público infantil, devendo abster-se apenas de incorrer nos abusos definidos em lei. Isto é o que encontra-se expressamente positivado.

Ao lado da legalidade, tem-se a proteção da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, insculpida no artigo 5º, incisos IV e IX da Lei das Leis. A respeito, consignam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que

incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem, etc)”, sendo certo que “[o] grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior.⁶

É certo que há aqueles para quem a comunicação mercadológica não se encontra protegida pela liberdade de expressão por não ter o intuito de informar, mas sim de vender. Entendemos, todavia, que tal garantia fundamental, assim como todas as demais, deve ser lida de forma ampliativa, não podendo ser

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 263.

afastada apenas em razão da finalidade lucrativa da atividade em questão, haja vista que esta, por si só, não pode ser tida como criminosa. Como assevera Christiane Catarina de Oliveira⁷, citada por Cibele e Renata Gralha Mateus, a livre manifestação de pensamento corresponde também à liberdade de comunicar os pensamentos, sendo que o dispositivo constitucional relativo à liberdade de criação intelectual, artística e científica, ao incluir a comunicação, ao que tudo indica, quis abarcar também essa liberdade de comunicação publicitária. Parece pouco adequado e avesso ao sistema democrático e garantista implantado em 1988 privar, ou restringir a ponto de tornar-se inviável, o contato do empresário com seu público, restando este impedido de oferecer seus produtos a seus consumidores. O empresário, tal qual a empresa da qual está por trás é sujeito de direitos e sua liberdade de expressão inclui, indubitavelmente, o direito de dirigir-se às pessoas para alardear os benefícios de seus produtos e/ou tentar convencê-las a adquiri-los.

A comunicação mercadológica deve, é óbvio, abster-se de condutas antiéticas, abusivas e/ou vedadas por lei. A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, todavia, desde que o faça com responsabilidade, está a favor do empresariado, e garante-lhe a possibilidade de dirigir-se ao mercado consumidor, neles incluídas as crianças e jovens, sob pena não só de tolher uma garantia fundamental que a pessoa jurídica, enquanto sujeito de direito, possui, como também de inviabilizar a própria atividade econômica pela proibição do marketing essencial à sua sobrevivência. Adotar postura contrária, até mesmo pelo grau de abertura dos conceitos envolvidos, poderia levar a inaceitável censura. Ignorar a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento dos agentes econômicos, ainda que estas voltem-se a fins eminentemente comerciais, privando-os das mesmas em prol de causas bem-intencionadas significa abrir um perigoso precedente. O controle de abusos é bem-vindo; a simples censura baseada em convicções pessoais deverá sempre ser rechaçada.

Por fim, incumbe trazer à baila os artigos 1º, inciso IV e 170 da Carta da República; o primeiro coloca os valores sociais da livre-iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil; o segundo, por sua vez, eleva a

⁷ MATEUS, Cibele Gralha; MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? *Publicidade e Proteção da Infância*. p. 152.

livre-iniciativa, ao lado da valorização do trabalho humano, à posição de um dos dois grandes pilares da ordem econômica.

Vejamos o que tem a dizer a respeito o eminente jurista José Afonso da Silva:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como do seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

É certamente o princípio básico do liberalismo.⁸

O legislador constituinte optou claramente pelo modelo econômico capitalista, de modo que faz-se necessário conviver com as consequências que essa opção acarreta. Consoante bem lembra Eros Roberto Grau, a escolha por um sistema capitalista fulcrado na livre iniciativa implica a não ingerência do Estado na economia (liberdade de comércio e indústria), desaguando, ainda, em duas liberdades públicas: a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal, salvo em virtude de lei.⁹ Há também os desdobramentos relativos à liberdade concorrencial, os quais, no momento, não serão abordados.

Desse modo, tem-se que a livre-iniciativa, a par de restrições eventualmente impostas, é garantida pela Constituição Federal e, ostentando *status* de fundamento da República, possui nítido caráter principiológico, o que não só reforça sua importância como também fortalece seu papel como guia da interpretação e aplicação da lei. A regra é a livre-iniciativa, vez que legítima liberdade pública; disso resulta que, não havendo proibição expressa, a publicidade dirigida aos consumidores, inclusive, ao grupo formado por crianças e adolescentes é legítima e garantida pela Lei Fundamental. A forma como feita pode ser questionada e regulada – desde que a restrição, evidentemente, não implique o total desaparecimento da garantia em questão –, mas não parece ser compatível com a ordem constitucional brasileira atitudes como a total proibição da publicidade infantil, ainda que em razão da evidente hipossuficiência desse público.

Por fim, não se há de esquecer o papel fundamental da família na criação e

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp. 807-808.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 183.

formação jovens. O artigo 229 da Carta Maior atribuiu expressamente ao núcleo familiar esse relevante papel ao dispor que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A par de todo o apelo da mídia e do bombardeamento publicitário, cuja força se reconhece, a educação, o ensinamento de valores e o acompanhamento integral da formação da criança constituem-se ferramentas importantíssimas capazes de contrabalançar todo esse arsenal com uma eficácia que a intervenção estatal jamais terá. Ainda que assim não fosse, a Lei Maior evidentemente atribuiu a estes, e não ao Estado, o papel central no direcionamento e formação dos jovens. Reduzir essa prerrogativa dos pais, a par de violar o desejo externado na Lei Fundamental, evidencia um autoritarismo e um paternalismo pouco desejáveis num regime democrático de direito, à medida em que implica ingressar nos lares e, substituir a autodeterminação e a liberdade dos genitores na criação das crianças pelas escolhas e decisões de uma estrutura burocrática sujeita a todos os vícios de que esta sofre. Representa, em último grau, intervir no aspecto mais íntimo e numa das liberdades individuais mais caras: a livre escolha e a livre determinação, inclusive a dos pais na formação de seus rebentos. A liberdade é deveras cara a nosso ordenamento constitucional; admitir que o Estado solape o papel da família e substitua-se aos indivíduos em suas escolhas é algo que deve ser rechaçado veementemente, posto que antidemocrático por natureza.

4. A DEFESA CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, E EM ESPECIAL, DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Se a atividade empresarial conta, ao se dirigir ao público infante-juvenil, com proteção constitucional, é verdade que, por outro lado, a Constituição de 1988, reconhecendo sua vulnerabilidade, cuidou de dispensar atenção diferenciada aos consumidores e, dentre estes, resguardou, em especial, as crianças e jovens.

Falou-se aqui em ordem econômica e no fundamento da livre-iniciativa. É imperioso observar que o legislador, ao mesmo tempo em que erigiu a liberdade de iniciativa à condição de fundamento da ordem econômica, elevou a defesa do consumidor ao *status* de princípio da mesma, observando, ainda, que esta deveria dedicar-se a todos uma existência digna e conforme os ditames da justiça

social.¹⁰ O entendimento que se tem é que, com essa combinação, pretendeu o constituinte, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social, inserir a liberdade de desenvolvimento das empresas num quadro estabelecido pelo Poder Público no qual, para gozarem das facilidades advindas do livre mercado, estes deveriam submeter-se também às limitações postas pelo ente estatal. Pelo mesmo. Nas palavras de José Afonso da Silva, a livre iniciativa será legítima “quando exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.”¹¹

Em que pese o grande prestígio conferido à ordem econômica capitalista e aos fundamentos que a amparam, é fato que as palavras da Constituição – e estas, lembremos, jamais serão desprovidas de sentido – expressamente consignou que estes não funcionarão como fins em si mesmos. Há, aliás, um fim maior, de bem-estar social. A livre-iniciativa é um princípio regente da ordem econômica tanto quanto a defesa do consumidor, devendo com este coadunar-se, vez que entre ambos inexistente hierarquia.¹²

Inserida nesta finalidade de levar a ordem econômica a servir à ordem social, a Lei Máxima, reconhecendo sua maior vulnerabilidade, destacou um grupo específico – os consumidores, estabelecendo inclusive, com base nesse reconhecimento, a obrigatoriedade de se estabelecer uma política pública nacional de consumo que viria a desembocar no Código de Defesa do Consumidor.

A importância dada foi tanta que o Código de Defesa do Consumidor, conforme bem lembra Odelmir Bilhalva Teixeira, assumiu um caráter de lei principiológica, de modo que qualquer lei que se destinar a regular determinado setor das relações de consumo estará obrigada a observar os princípios nele inculpidos, sob pena de inconstitucionalidade. Com efeito, assinala:

As normas principiológicas do Código de Defesa do Consumidor, ‘no objetivo de privilegiar o consumidor no contexto dos direitos fundamentais, a defesa da igualdade de oportunidades lhe proporciona a importância social devida.’ Esse normatismo traz preceitos conceituais e normas-objetivo dispondo sobre política nacional de relações de consumo a serem perseguidos pelos órgãos do Sistema Nacional das Relações de Consumo.

¹⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. pp. 1.250-.1.251.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 808.

¹² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. pp. 195-196.

(...)

Com o intuito de estabelecer a política das relações de consumo, legislador consumerista erigiu meros princípios programáticos (tradicionalmente informativos ou orientadores), a 'princípios normativos, de caráter cogente, de aplicação obrigatória do operador do direito, dada a força constitucional da defesa do consumidor.¹³

Assumindo o caráter de princípio, a preocupação com a defesa do consumidor deverá guiar o intérprete sempre que estiver a aplicar a lei. E ao assim fazê-lo, deverá observar, sobretudo, aquela que é certeza maior do sistema de defesa do consumidor: o reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo, que deverá servir de norte para aplicação da legislação.

A doutrina entende que a defesa do consumidor, na forma como pensada pelo legislador, deve ser levada a cabo com o intuito de promover a idealização e implementação de mecanismos aptos a concretizar o reequilíbrio e a igualdade na esfera das relações de consumo, excessivamente comprometidas pelo desarmonia e desigualdade entre a estrutura social e a disciplina normativa. A vulnerabilidade constitui a própria razão de ser do CDC, o qual só existe porque o consumidor ocupa posição de desvantagem técnica e jurídica ante o fornecedor. Foi em razão dela que se resgatou a tradicional concepção de contrato e dotou-se-a de uma perspectiva social; foi também em razão dela que Estado colocou-se a intervir no mercado de consumo, seja por meio do controle de preços e vedação de cláusulas abusivas, seja por meio da disciplina de tantas outras cláusulas.¹⁴

Esse destaque para a vulnerabilidade do consumidor jamais pode ser deixada de lado ao se debater a questão da abusividade da publicidade, inclusive a infantil, visto tratar-se de preocupação que permeou toda a nova concepção da atividade econômica inserida no artigo 170 da Constituição Federal. E uma vez que o Estado reconheceu esse problema e chamou também a si tal responsabilidade, não poderá deixar o cidadão desprotegido, até mesmo porque este, muitas vezes, não terá condições de proteger-se da forma adequada.

Confira-se a preocupação externada por Ada Pellegrini Grinover, uma

¹³ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*. p. 160.

¹⁴ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*. p. 168.

das idealizadoras do Código de Defesa do Consumidor, que ajuda a esclarecer o espírito pelo qual guiou-se o constituinte:

É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que esta fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores. Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição de consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.¹⁵

Odelmar Bilhalva Teixeira reforça e explicita ainda mais essa concepção: [o] reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor é diretriz nuclear de política nacional de relações de consumo, idealizada e expressamente prevista no texto legal para atender às necessidades dos consumidores visando à harmonia das relações de consumo (consumidor e fornecedor). Trata-se, em suma da essência, da própria tutela do consumidor, sem, contudo, menosprezar os direitos dos fornecedores que agirem de forma condizente com sua condição de parte da relação de consumo que se pretende harmonizar.¹⁶

A par da forte e expressiva proteção emprestada pela Constituição à figura do consumidor, proteção esta a qual, intimamente fundada na ideia de vulnerabilidade, abarcaria também as crianças e jovens, haja vista serem, dentro do grupo dos vulneráveis, os mais suscetíveis a influência externas, a Carta de 1988, em um reforço de seu esforço para a preservação desse grupo de indivíduos, de modo a evitar prejuízos a sua formação e dignidade enquanto pessoas humanas, bem como a evitar que terceiros de má-fé deles se locupletassem, trouxe, pela primeira vez, de forma explícita e detalhada, uma regulamentação voltada a resguardar os jovens.

Eis que, assim, imbuído de uma perspectiva de maior proteção à infância, o legislador, ainda que tardiamente, na trilha de documentos como a Declaração

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcelos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 8.

¹⁶ TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor. p. 184.

de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança, finalmente reconheceu este público como sujeitos de direito, abrindo caminho para uma nova concepção da infância e da adolescência e garantindo aos jovens uma posição de destaque e de prevalência. Na nova ordem constitucional, o interesse infanto-juvenil prevalece sobre qualquer outro, sempre que isso se faça possível e, claro, o outro direito não reste totalmente minado. É como se disse quando se suscitou a disciplina da ordem econômica: o Brasil adota o capitalismo e a livre iniciativa é prestigiada, mas o interesse social deverá ser sempre observado; a liberdade de iniciativa não pode ser um fim em si mesmo; sempre que estiver envolvido interesse de vulneráveis, sobretudo, quando estes forem jovens, o entendimento majoritário é que os demais direitos e garantias acabarão excedendo, de forma proporcional e razoável ao grupo mais exposto (até mesmo porque este é o que de menos condições dispõe para se defender).

Pois bem. Conforme se dizia, em razão desse movimento de valorização e maior atenção aos jovens, veio a ser contemplada e abraçada pela Carta da República a doutrina da proteção integral “da criança.”

Maria Regina Fay de Azambuja é quem nos explica no que consiste tal teoria:

O que vem a ser o melhor interesse da criança (the best interest), mencionado na normativa internacional?

Na atualidade, a aplicação do princípio *the best interest* permanece como padrão. O novo paradigma considera, sobretudo, ‘as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.’ Não se trata de conceito fechado, definido e acabado. Relaciona-se diretamente com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República e ‘alicerce da ordem jurídica democrática’.

(...) No que tange à infância, o estabelecimento de um sistema especial de proteção por parte do ordenamento jurídico funda-se nas diferenças que esta parcela da população apresenta frente a outros grupos de seres humanos, autorizando a aparente quebra do princípio da igualdade por serem ‘portadoras de uma desigualdade inerente, intrínseca’, recebendo tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.¹⁷

¹⁷ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação *in Publicidade e Proteção da Criança*. pp. 71-72.

Pois bem. O atual ordenamento constitucional, conforme fica evidenciado, contemplou um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, lançando mão, na tratativa desse grupo de indivíduos, de 3 fundamentos: (i) o reconhecimento da criança como sujeito de direitos; (ii) o tratamento da infância como fase especial do processo de desenvolvimento; (iii) a prioridade absoluta a esta parcela da população.

Extraí-se disso uma mudança do *status* dos infantes e dos jovens no sistema jurídico e social. De meros coadjuvantes dos pais, passam a protagonistas, impondo-se perante os demais sujeitos de direito, inclusive as pessoas jurídicas, passando a poder exigir do Estado a disponibilização de ferramentas destinadas a diminuir o nível de desigualdade para com os demais sujeitos. É com esse intuito de especial intenção de proteção à figura da criança que surgem iniciativas como a da vedação da publicidade que se utilizada da falta de experiência ou discernimento desta última, o que de modo algum significa que as demais propagandas destinadas aos infantes estão livres da necessidade de observar a tríade de princípios elencados no parágrafo anterior.

É interessante ver a confluência dos sistemas de proteção de grupos vulneráveis na Constituição de 1988. Mais do que montar sistemas isolado, fechados estanques, voltados para suas próprias finalidades, o constituinte entrelaçou-os, de modo a maximizar a proteção ofertada. Inteligentemente, os arcaouços foram pensados conjuntamente ampliando a força e a abrangência da legislação. É o caso por exemplo dos sistemas de proteção do consumidor e da criança, que acabaram construindo canais de interligação, complementando-se um ao outro. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao atribuir a crianças e jovens, a condição de sujeitos de direitos, introduziu modificações nas relações de família da sociedade e do poder público com os mesmos, o Código de Defesa do Consumidor vem para favorecer a retomada do equilíbrio comprometido pela massificação da produção, “*determinadora da concentração de forças nas mãos das empresas e de uma desigualdade que se tornou estrutural.*” Da conjugação destes dois estatutos, fruto de uma legislação protetora criada simultaneamente, adveio uma convergência no sentido do reconhecimento e da proteção das populações vulneráveis, com destaque para a população de crianças e adolescentes sempre que envolvidas, ainda que indiretamente, nas relações de consumo.¹⁸

¹⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da

Por último, interesse rememorar que, além de construir um especial arcabouço para defesa dos consumidores e dos jovens, a Constituição conferiu ao Estado, de maneira expressa, o dever de, ao lado da família e da sociedade, atuar efetivamente para assegurar a estes os direitos os quais lhe são garantidos. É o que se depreende da dicção do artigo 227, caput, segundo o qual “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*” Esse dispositivo serve como claro contraponto àqueles que defendem que a orientação e formação dos jovens, inclusive no que diz respeito à educação para o consumo e para colocar-se no mercado como consumidor, reside em esfera íntima e adstrita à liberdade individual, devendo dar-se exclusivamente pela família.

Postos as disposições constitucionais pertinentes a um e outro lado do debate, incumbe agora passar à ponderação e a à averiguação das possibilidades de acomodação dos mesmos, decidindo ainda se acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo mostrou-se, a nosso ver, acertado.

5. A PONDERAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS: ATÉ ONDE A PUBLICIDADE DESTINADA A CRIANÇAS E JOVENS PODE SER RESTRINGIDA.

Pelo papel de proeminência dos mais jovens não só na legislação, como também na sociedade, bem como pelo hodiernamente intenso ativismo em prol da proteção contra a publicidade infantil, cada vez mais intensa e ostensiva, mas também vigiada, controlada e punida – e também pelo próprio fato de após 1988 termos passado a contar com uma legislação que se preocupa em resguardar o público infanto-juvenil – embates como o visto no caso McDonald’s *versus* Instituto Alana e Procon/SP têm se tornado cada vez mais frequentes.

Quando os agentes sociais não conseguem entender-se entre si e o desacordo é muito profundo, é natural que os conflitos deságuem no Judiciário.

A este caberá, dado o vulto dos direitos e garantias constitucionais envolvidos, proceder a um juízo de ponderação de modo a produzir a decisão mais proporcional e razoável, sem descuidar, contudo, do aspecto da efetividade – não parece interessante ou nem mesmo aceitável restringir demasiadamente um direito sem que se tenha consequências positivas em número considerado relevante ou, ao menos, minimamente suficiente.

No caso concreto em tela, a ponderação pendeu, evidentemente, para o lado das liberdades garantidas ao mercado. Terá sido a melhor decisão? O caso do kit McLanche Feliz levanta ainda outro debate interessante: a extensão da proteção contra a publicidade infantil que o legislador previu e a extensão da proteção que a sociedade deseja dar. Atualmente, o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **a que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, a que desprezita valores ambientais e a que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Essa é a publicidade tida como abusiva, em razão de agredir os valores sociais, veicular uma conduta socialmente reprovável de abuso de direito.¹⁹ Ocorre que a vedação taxativa contida hoje no CDC alcança apenas casos extremos, de abuso de direito. É crescente, todavia, o movimento no sentido da total proibição da publicidade infantil, com base na ideia de que, dada a fragilidade e vulnerabilidade do público infantil-juvenil, a publicidade a eles dirigida será sempre prejudicial e, no mínimo, incentivará hábitos de consumo indesejáveis. O Instituto Alana, por exemplo, ao defender a total proibição, argumenta que

“[...] combate qualquer tipo de comunicação mercadológica dirigida às crianças por entender que os danos causados pela lógica insustentável do consumo irracional podem ser minorados e evitados, se efetivamente a infância for preservada em sua essência como o tempo indispensável e fundamental para a formação da cidadania. Indivíduos conscientes e responsáveis são a base de uma sociedade mais justa e fraterna, que tenha a qualidade de vida não apenas como um conceito a ser perseguido, mas uma prática a ser vivida.”²⁰

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. p. 340.

²⁰ Disponível em < <http://criancaconsumo.org.br/consumismo-infantil> >, acesso realizado em 4/10/2015.

O argumento é razoável, mas a proteção do consumidor hipervulnerável e, em especial da criança e do adolescente não encontra-se isolada na Constituição Federal; há de se pensar até que ponto outros direitos, sobretudo os de liberdade, não de ser reprimidos em favor da inequívoca preferência dada aos mais jovens.

O problema aqui versado é, evidentemente, um conflito entre liberdade e intervenção, um problema de equilíbrio entre valores igualmente fundamentais para nossa ordem constitucional.

Ana Maria Blanco Montiel Alvarez defende como necessária a restrição da publicidade dirigida à criança no mercado concebido normativamente, sendo aconselhável até mesmo sua erradicação.

Entende a autora que,

para estar no mercado, é imprescindível estar em condições de igualdade com o outro e em condições de exercer a sua liberdade em coordenação ao exercício da liberdade alheia, o que evidentemente não ocorre na relação *empresa-consumidor* se este último é uma criança e, portanto, absolutamente incapaz. Sob tal perspectiva, a publicidade dirigida à criança não deveria sofrer restrição, mas ser erradicada, afinal a publicidade se volta à persuasão do consumidor com vista à realização de uma transação econômica, transação esta que o incapaz absoluto não pode realizar pessoalmente.²¹

O argumento da autora parte do pressuposto de que a livre iniciativa, enquanto expressão da autonomia privada tem como ambiente de exercício a comunidade, do que decorre que a liberdade exercida nesse espaço deve ser sempre uma liberdade eticamente situada – ou seja, uma liberdade que leva os outros em consideração e é modulada por princípios e regras, os quais, em sua visão, são marcados pela ideia de igualdade. Desse modo, o exercício das liberdades econômicas exigiria agentes capazes, uma vez que é a capacidade o elemento imprescindível à consecução da igualdade necessária àqueles que estão inseridos no mercado. Mais, porém, do que a capacidade do agente privado que se insere no mercado, faz-se necessário também, para justiça das coisas, que haja igualdade material entre os agentes. No caso da publicidade infantil, em sua visão, o que há é um grande desnível que afastaria a livre troca, a livre determinação na relação de consumo. Ainda que, ao conferir a crianças e adolescentes o *status*

²¹ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado. *Publicidade e proteção da criança*. p. 141.

de sujeito de direitos, seja possível falar em agentes capazes do ponto de vista jurídico, do ponto de vista material, tal equanimidade não se confirma, posto ser materialmente impossível a equivalência de forças. Ante essa impossibilidade de se garantir que a relação de consumo se dê em total e real igualdade, o aconselhável seria, então, que se proibisse toda e qualquer publicidade infantil.²²

Há também quem advogue a tese de que, o que ocorre, é uma hipervalorização das liberdades individuais, em especial, da livre iniciativa e que a regra da máxima eficácia dos direitos fundamentais não estaria sendo observada adequadamente. A correta aplicação dessa regra de hermenêutica exigiria levar em conta, assim, o fato de que o legislador constituinte teria feito uma opção expressa, no artigo 221, inciso IV da Constituição da República, ao determinar que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão atender ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Assim, limitar e estabelecer restrições à mídia iria muito além de estabelecer os limites da atuação, mas efetivamente, exigir que a atuação dê-se de forma responsável, democrática e com regras claras.

A atuação dos pais, tomada de forma isolada, não seria suficiente para garantir o resguardo dos jovens e crianças contra a publicidade, posto que também seus pais, cujos comportamentos servem de norte à moldagem das personalidades dos filhos, encontram-se inseridos num contexto de publicidade ostensiva e incentivo ao consumismo. A atuação dos órgãos privados de regulação publicitária, por sua vez, ainda que positiva em alguns casos, mostra-se insuficiente e viciada, vez que o CONAR compõe-se justamente por aqueles a quem deve fiscalizar. Diante de um contexto em que interesses econômicos seriam ocultados sob o argumento da preservação da liberdade, uma atuação mais concreta e agressiva do Estado na questão da publicidade infantil seria, para a autora, recomendável, inclusive com um reforço no cumprimento da legislação já existente; não seria o caso de negar a fundamentalidade dos direitos à liberdade de comunicação e de iniciativa, mas seria imperioso que os mesmos fossem compreendidos e aplicados frente a outras garantias igualmente fundamentais e merecedoras de especial proteção ante a fragilidade de seus titulares. Afigurar-

²² ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado. *Publicidade e proteção da criança*. pp. 136-143.

se-ia recomendável, na concepção da autora, mais do que regulamentar a publicidade dirigida às crianças, aboli-la propriamente. O pressuposto é o de que o Estado Democrático de Direito não se funda única e exclusivamente na vontade maioria; ele se guia também pela proteção da minoria frente à vontade da maioria.²³

A respeito, Elis Brokamp, também advogando um rigoroso controle sobre a publicidade destinada a crianças ressalta o fato de que os mecanismos atualmente mais empregados para essa regulação limitam-se à pretensão de tutelar as relações de um ponto de vista restrito ao âmbito publicitário e da propaganda, numa esfera em que a ética, os deveres de honestidade, veracidade, leal concorrência e responsabilidade social impõe padrões de conduta, tidos como válidos sob o aspecto das relações mercantis. Outros valores assentados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela com estariam relegados a segundo plano, o que provocaria a necessidade de se afastar os *Standards* de comportamento disponíveis na sociedade. Seria imperioso, dessa maneira, a intensificação da aplicação de princípios como o da boa-fé, que deveria ser adequado ao grau de maturidade infantil, trazendo consigo, como deveres anexos, o dever de informação, de forma acentuada e detalhada à realidade infantil, de forma a ser a publicidade o mais transparente possível.²⁴

É certo que não se pode ignorar a deficiência de julgamento da criança e do jovem, sua inexperiência, sua suscetibilidade a influências externas e, em especial, à publicidade massiva. Relatório da Federal Trade Commission datado de 2007 estimou que em 2004 as crianças norte-americanas com idade entre 2 e 11 anos assistiram a cerca de 25.600 anúncios na televisão, incluindo anúncios pagos, promoções para outra programação e anúncios de serviço público, correspondendo a aproximadamente 10.700 minutos de propaganda na TV. Nesse período, estimou-se que as crianças entre 2 e 11 anos foram expostas, em

²³ MATEUS, Cibele Gralha; MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? *Publicidade e proteção da infância*. p. 153-160.

²⁴ BROKAMP, Elis D. Gonçalves da Cunha. A necessidade de proteção da criança diante do mercado de consumo. Conflito entre liberdade e intervenção. *Temas de Direito do Consumidor*. p. 199.

média, a mais de 5.500 publicidades de alimentos por ano.²⁵ No Brasil, dados de 2006 do IBOPE dão conta de que os investimentos publicitários destinados a crianças foram da ordem de RS 206 milhões de reais.²⁶ A publicidade destinada a crianças, aliás, não atinge apenas a ela, desempenhando fator decisivo também nas compras dos pais – pesquisas informam que o público infanto-juvenil influencia até 80% das compras feitas pela família, constatação que se torna ainda mais grave quando se nota que crianças brasileiras assistem a uma média de 5 horas e 22 minutos de televisão por dia.²⁷

Os números são vultosos e relevantes, preocupam e devem ser levados em consideração, especialmente quando se sabe que pesquisas de grande densidade científica no âmbito da neurobiologia demonstram que o desenvolvimento mais acentuado da estrutura cerebral (volume e maturação cerebral) e notadamente a formação de novas sinapses (sinaptogênese) ocorre nos primeiros anos de vida, o que torna infância a fase da vida mais sensível aos estímulos externos e a mais propícia ao desenvolvimento de preferência e vínculos de fidelidade, inclusive com marcas e produtos.²⁸

A escolha da forma como lidar-se-á com políticas públicas e com a ponderação de direitos aparentemente opostos, mas dotados, de todos eles, de igual previsão constitucional, não pode dar-se de forma afobada, alarmista ou guiada por paixões ou convicções subjetivas. Argumentos consistentes existem também no lado contrário.

José Luiz Ragazzi e Fracis Ted Fernandes, por exemplo, entendem que não obstante se admita uma prevalência do princípio da dignidade humana sobre o da livre iniciativa, aplicando-se a ponderação ao caso concreto não se poderia falar, de imediato, em abusividade da publicidade destinada a crianças e adolescentes. Essa prevalência não significaria, contudo, que a dignidade humana sempre sairá vencedora quando confrontada com a livre

²⁵ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. *Publicidade e Proteção da Criança*. p. 18

²⁶ Disponível em < <http://criancaconsumo.org.br/consumismo-infantil/> >; acesso realizado em 4/10/2015.

²⁷ HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. *Publicidade e proteção da infância*. pp. 115;12.

²⁸ COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. *Publicidade e Proteção da Criança*. p. 19-20.

iniciativa, mas sim que existe uma prevalência geral da primeira sobre a segunda. O aplicador da norma deverá sempre relacionar o princípio da livre iniciativa frente as particularidades do caso concreto, aplicando o princípio da proporcionalidade e considerando que o Código de Defesa do Consumidor poderá sim, ser afastado, quando se observar, cumulativamente, (i) que inexistente adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (ii) que a medida não se faz inexoravelmente exigível ou necessária, devendo ser observado se há meio menos gravoso para chegar ao mesmo resultado e (iii) que os custos superam os benefícios. Extrai-se que não seria dado ao julgador simplesmente escolher proteger a proteção da vulnerabilidade da criança a qualquer custo, pura e simplesmente. A tomada da melhor decisão requer, na concepção do autor, a escolha do melhor caminho científico, a racionalidade e análise da efetividade no mundo concreto, de modo que posturas autoritárias e/ou totalitárias, de total exclusão de um direito em benefício de outro, não seriam bem-vindas.²⁹

Uma outra perspectiva também não pode deixar de ser considerada. É aquela exposta por Rizzato Nunes, ao definir a abusividade: “a abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, **mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor.**”³⁰

Tal assertiva relaciona-se diretamente com as considerações tecidas por Francis Ted Fernandes e José Luiz Ragazzi. Há de se questionar, sempre que está em jogo a restrição de um direito garantido pela Carta Maior, a efetividade da medida, sob pena de estar padecer de carência de legitimidade. A publicidade infantil abusiva é expressamente vedada pela legislação, e isso não se discute. Todavia, as propostas de total eliminação da propaganda destinada às crianças seriam aceitáveis? Faz sentido, do ponto de vista racional, minar as livres expressão e iniciativa do empresário, ignorando a própria opção do país pelo regime capitalista em nome de uma estratégia a qual se acredita ser efetiva, mas que padece de comprovação real de sua eficácia? O que garante que a atuação direta do Estado e a imposição de proibições terá melhores efeitos que a

²⁹ FERNANDES, Francis Ted; RAGAZZI, José Luiz. Publicidade entre crianças e adolescentes: o direito do consumidor e a ponderação de princípios. *Direito à diversidade*. pp. 443-445.

³⁰ NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. p. 572

autoridade e condução dos pais? Não há, atualmente, estudos que comprovem. E com base em suposições não se pode aniquilar garantias.

6. CONCLUSÃO

A defesa dos vulneráveis, isso é inconteste, constituiu um dos objetivos principais do legislador de Constituinte de 1988. A defesa dos interesses da criança e do jovem que ocupa a posição de consumidor, mais do que louvável, é necessária e atende aos anseios da ordem constitucional, ocupando mesmo o *status* de princípio fundamental das ordens econômica e social.

Isso não significa, contudo, uma hegemonia absoluta. A liberdade de expressão, a livre iniciativa e a autonomia dos pais na educação e na formação dos filhos devem ser respeitadas e não pode ser minada em prol de causas e técnicas cuja efetividade sequer se conhece. Parece ter sido essa a orientação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso *McDonald's versus Procon/SP* e Instituto Alana.

Em que pese possam ser feitas críticas ao viés individualista e positivista do acórdão (que focando na responsabilidade central dos pais, rechaçou a compreensão do tema como algo de ordem pública), a turma julgadora tem razão ao afastar a pretensão de se proibir que a rede produza qualquer publicidade dirigida a crianças.

Censura, tal qual a colocação de obstáculos desarrazoados e até mesmo arbitrários à atividade econômica (dada a inexistência de comprovação da efetividade da proibição total), é algo que não se coaduna com a ordem constitucional brasileira.

As crianças e jovens consumidores devem ser sempre resguardados e sua posição de absoluta prevalência jamais deve ser desprezada. A interpretação e aplicação radicais da legislação, contudo, não servem bem a ninguém, assim como um Estado demasiadamente interventor e paternalista não só mostra-se pouco capaz de resolver concretamente os problemas, como contribui para a idiotização e infantilização dos cidadãos. Propostas radicais de total vedação à publicidade infantil não merecem prosperar; dos casos notadamente graves, o legislador já cuidou ao proibir a publicidade abusiva.

Proibir totalmente a propaganda destinada ao público infanto-juvenil

fere profundamente uma das garantias mais caras e basilares de qualquer Estado Democrático de Direito: a liberdade – dos empreendedores e das próprias crianças e jovens e também dos pais destes. Afinal por mais massiva que seja a mídia, ela muito dificilmente será capaz de eliminar totalmente o livre-arbítrio. A criação de pessoas menos consumistas passa, definitivamente, menos pela atuação do Estado e mais pela educação, pela conscientização (dos jovens e de seus pais) e pela liberdade de escolha (inclusive de escolher não acatar aquilo que burocratas estabeleceram como o mais acertado).

7. REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação. In: ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel; PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade e proteção da criança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade dirigida à criança e regulação de mercado. In: ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel; PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade e proteção da criança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. 9ª edição rev. e atual.

BRASIL. Sentença. 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Processo n.º 0018234-17.2013.8.26.0053. Requerente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonald's). /Requerido: PROCON – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2010/01/Arcos-DouradosMcLanche_Senten%C3%A7a_2014.pdf >. Acesso realizado em 4/10/2015.

BRASIL. 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 0018234-17.2013.8.26.0053. Relator o Desembargador Fermino Magnani Filho. Julgado em 29/6/2015. Disponível em: < <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2010/01/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TJ-SP-julgado-em-29.6.2015.pdf> >. Acesso realizado em 4/10/2015.

BROKAMP, Elys D. Gonçalves. A necessidade de proteção da criança diante do mercado de consumo. Conflito entre liberdade e intervenção. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.) *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel; PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade e proteção da criança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 8.ed.

HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. In: ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel; PASQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade e proteção da criança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

INSTITUTO ALANA. Projeto Criança e Consumo. Ações jurídicas: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonald's) – McLanche Feliz. Disponível em: < <http://criancaconsumo.org.br/acoes/arcos-dourados-comercio-de-alimentos-ltda-mcdonalds-mclanche-feliz-jan2010/>>. Acesso realizado em 4/10/2015.

INSTITUTO ALANA. Projeto Criança e Consumo. Consumismo Infantil: um problema de todos. Disponível em: < <http://criancaconsumo.org.br/consumismo-infantil/>>. Acesso realizado em 4/10/2015.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012. 16. ed, rev. atual. e ampl.

MATEUS, Cecília Gralha; MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir?

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. 1. ed.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010. 2. ed. rev., atual. e ampl.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. 9. ed. rev., atual. e ampl.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. 38. ed.

TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. *Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Russel Editores, 2009. 1.ed.



RESPONSABILIDADE DOS SUPERMERCADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS SEGUROS E COM AS DEVIDAS INFORMAÇÕES AO CONSUMIDOR

*THE RESPONSABILITY OF SUPERMARKETS IN THE COMMERCE OF SAFE
PRODUCTS AND WITH THE RIGHT INFORMATION FOR THE CONSUMER*

Alexandre Sanches de Oliveira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dados estatísticos sobre o uso de agrotóxico no Brasil e dados sobre os danos à saúde que eles podem causar. 3. Análise da situação sobre a perspectiva do CDC e uma colaboração para mitigar o problema. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO

Quando o consumidor ingere frutas, legumes ou verduras será que ele considera que está comendo produtos saudáveis? Tem conhecimento de como foram produzidos estes alimentos? Com base em tais indagações abordaremos sobre o uso indevido dos agrotóxicos na origem dos alimentos perecíveis. O foco do artigo será discutir qual a forma mais adequada pelo qual os comerciantes podem e devem assegurar que os produtos (frutas, legumes e verduras) possam ser disponibilizados ao consumidor de modo seguro quanto ao uso de agrotóxicos. Na atualidade, os estabelecimentos comerciais, como os supermercados, ocupam cenário de destaque na comercialização de produtos ao consumidor final e podem exercer papel determinante no combate ao uso irregular, indiscriminado e prejudicial à saúde do consumidor do uso imoderado de agrotóxicos. Com base em estudos de entidades públicas e privadas visa-se destacar os impactos maléficos acerca da utilização dos agrotóxicos, bem como de que é direito do consumidor, assegurados tanto na Constituição Federal, como no Código de Defesa do Consumidor ter acesso à informação e a proteção da sua saúde. Nesse sentido, tem-se por escopo despertar no leitor, haja vista a qualidade comum de que todos somos consumidores, reflexão sobre o emprego dos agrotóxicos na alimentação e, portanto, na saúde do consumidor, assim

¹ Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD).

como provocar o debate acerca da necessidade mobilização do setor varejista para combater os produtores que insistirem em vender alimentos tratados com agrotóxicos de forma irresponsável.

Palavras-chave: Segurança, Alimento, Agrotóxico e Controle.

ABSTRACT

When you eat a fruit, vegetables or vegetables think you're eating something healthy? You know how these foods were produced? For this reason we discuss about the misuse of pesticides at the origin of these products. The focus of this article will discuss which way supermarkets can and should ensure that "flv" products (fruits and vegetables) can be sold to consumers safely with respect to pesticides. Supermarkets now occupy a leading role in the sale of these products to the end customer and can play a decisive role in the fight against irregular and damaging the health of pesticide use. We describe about the harmful effects of pesticides based on studies of public and private entities. This is a serious problem consumer health of our country and, in addition to the rights guaranteed in the Constitution, the Consumer Protection Code based on this premise brings the principle that sense advertising and health protection. At the end we intend to awaken the consumer reader, why actually we are all consumers, a reflection on the subject and awaken the debate on mobilizing the retail sector to combat producers who insist on selling flv treated with pesticides irresponsibly.

Keywords: Security, Food, Pesticide and Control.

1. INTRODUÇÃO

O crescente uso de agrotóxicos na produção agrícola e a consequente presença de resíduos acima dos níveis autorizados nos alimentos têm sido alvos de preocupação no âmbito da saúde pública, exigindo, das diversas esferas de governo, investimento e organização para implementar ações de controle do uso de agrotóxicos.²

² PROGRAMA DE ANÁLISE DE RESÍDUOS DE AGROTÓXICOS EM ALIMENTOS (PARA) RELATÓRIO DE ATIVIDADES 2012 COMPLEMENTAR. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 05/10/2015.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) divulgou relatório em 2012 apontando que 25% dos produtos analisados obtiveram resultados insatisfatórios por apresentarem resíduos de produtos não autorizados, ou autorizados, mas em concentrações acima do Limite Máximo Resíduos de agrotóxicos que podem conter no flv (LMR). Dos 75% que estavam regulares, apenas 33% não utilizou nenhum tipo de agrotóxico e os 47% continham alguma porcentagem dentro do aceitável de agrotóxico. A cada ano que é divulgado os resultados dos relatórios, eles tendem a serem mais alarmantes e com notável crescimento comparados aos dos anos anteriores.

“Segundo dados da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), anualmente são usados no mundo cerca de 2,5 milhões de toneladas de agrotóxicos. O consumo anual de agrotóxicos no Brasil tem sido superior a 300 mil toneladas. Este consumo se difere nas várias regiões do país, nas quais se misturam atividades agrícolas intensivas e tradicionais. Pesquisas realizadas pela instituição apontaram que os agrotóxicos têm sido mais usados nas Regiões Sudeste (cerca de 38%), Sul (31%) e Centro-Oeste (23%). Na Região Norte, o consumo de agrotóxicos é comparativamente muito pequeno (pouco mais de 1%), enquanto na Região Nordeste (em torno de 6%), uma grande quantidade concentra-se principalmente nas áreas de agricultura irrigada.”³

Os dois dados apresentados mostram que as frutas, legumes e verduras que ingerimos têm alguma espécie de componente químico e que dependendo da quantidade, são capazes de gerar danos à saúde dos consumidores brasileiros. A Organização Mundial da Saúde, o Ministério da Saúde e tantas outras entidades públicas têm alertado sobre o risco que os agrotóxicos podem causar a saúde quando aplicado de forma descontrolada e além do permitido pela legislação nacional.

Com base nesses dados identificamos problema de uso indiscriminado de produtos que podem colocar a vida do consumidor em risco. Outrossim, outro problema observado trata-se da ausência de preocupação dos comerciantes quanto ao atendimento do direito de informação do consumidor, já que vários produtos são expostos sem alerta do emprego de agrotóxicos, sem alerta do limite tolerável

³ Agrotóxicos e orgânicos: Saúde, meio ambiente e economia. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/omsambiental/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=434&sid=13>>. Acesso em: 05/10/2015.

de agrotóxico, bem como quanto origem de tais produtos. O assunto é apresentado como grande desafio para as autoridades brasileiras, em razão da dificuldade de fiscalização e de monitoramento da forma satisfatória do uso dos agrotóxicos em todos os locais de produção pelo Brasil. A competência pelo controle no País é federal, porém a atividade é compartilhada com Estados e com Municípios. Na esfera federal a ANVISA colhe amostras nos locais de venda para o consumidor e o Ministério da Agricultura coleta amostra nas propriedades rurais.

O problema envolve muitos atores, não obstante a adoção da opção de se tratar no presente artigo da responsabilidade dos supermercados frente aos consumidores devido a sua amplitude e importância na distribuição de alimentos. Estes estabelecimentos deveriam assumir a responsabilidade no controle dos produtos que expõe à venda, concedendo aos consumidores o exercício do direito de receber toda sorte de informação indispensável sobre os produtos com relação aos agrotóxicos, sob pena de não fazer a conduta ser caracterizada como descumprimento das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A importância e o papel de relevância dos supermercados se comprovam em uma pesquisa de 2012 do Dieese⁴ em que se apurou que existiam até então no Brasil 83.572 lojas e 210.245 check-outs com um faturamento de 242,9 bilhões. Com base nessa pesquisa podemos ver que esse modelo varejista é um dos principais distribuidores de flv ao consumidor final no Brasil.

2. DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE O USO DE AGROTÓXICO NO BRASIL E DADOS SOBRE OS DANOS À SAÚDE QUE ELES PODEM CAUSAR

Nesse artigo adotaremos como referência dados de fontes oficiais que mostram que o uso de agrotóxico no Brasil não possui controle adequado e até o momento o monitoramento nos locais produtivos do Brasil é quase inexistente.

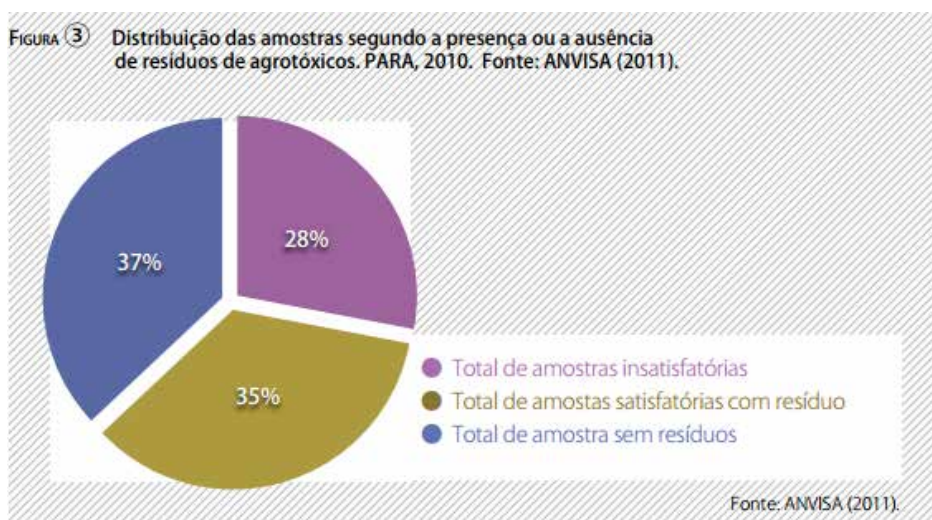
Segue pesquisa realizada pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), a qual demonstra números alarmantes de agrotóxicos comercializados no Brasil,

⁴ SUPERMERCADOS 2012. Uma análise dos principais indicadores. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/boletimindicadoresdocomercio/2013/boletimIndicadoresComercio0713.pdf>>. Acesso em: 05/10/2015.

O consumo anual de agrotóxicos no Brasil tem sido superior a 300 mil toneladas de produtos comerciais. Expresso em quantidade de ingrediente-ativo (i.a.), são consumidas anualmente cerca de 130 mil toneladas no país; representando um aumento no consumo de agrotóxicos de 700% nos últimos quarenta anos, enquanto a área agrícola aumentou 78% nesse período.⁵

Outro dado apresentado é o do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos realizado pela ANVISA de 2011 e de 2012, no qual há a explicação de que vários produtos que são consumidos nas residências possuem algum tipo de agrotóxico.⁶

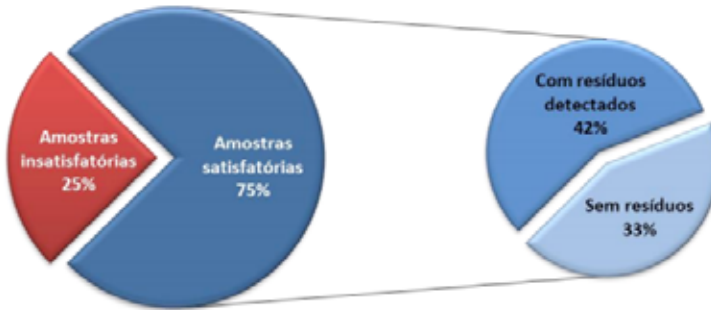
FIGURA 3 Distribuição das amostras segundo a presença ou a ausência de resíduos de agrotóxicos. PARA, 2010. Fonte: ANVISA (2011).



⁵ Agrotóxicos no Brasil (EMBRAPA). <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura_e_meio_ambiente/arvore/CONTAG01_40_210200792814.html>. Acesso em: 05/10/2015.

⁶ ANVISA. P.A.R.A (Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos). <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 05/10/2015.

A Figura 2 apresenta a distribuição dos resíduos de agrotóxicos encontrados nas 1.397 amostras de culturas coletadas e analisadas. Observou-se que 75% dos resultados das amostras monitoradas foram considerados satisfatórios quanto aos ingredientes ativos pesquisados, sendo que em 33% não foram detectados resíduos e 42% apresentaram resíduos com concentrações iguais ou inferiores ao LMR. Das amostras monitoradas, 25% dos resultados foram considerados insatisfatórios por apresentarem resíduos de produtos não autorizados, ou autorizados, mas em concentrações acima do LMR.



Observa-se que o número de produtos com agrotóxico dentro do limite aumentou de 35% para 42% de um ano para o outro.

Tabela 1: Quantidade de amostras analisadas e resultados insatisfatórios, por cultura e por Unidade Federativa (PARA 2012, 2ª etapa)

Produto	Resultado	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MG	MS	MT	PA	PB	PE	PI	PR	RJ	RN	RO	RR	RS	SC	SE	SP	TO
Abobrinha	I	3	5	5	3	4	3	1	7	3	5	6	3	4	3	2	2	1	7	6	6	4	-	5	7	5	7	3
	A	5	10	7	4	10	9	9	10	9	8	10	9	10	9	8	10	9	10	10	10	8	-	9	9	10	10	7
Alface	I	9	3	8	5	3	5	2	5	1	5	4	6	6	2	1		5	3	7	2	3	2	6	1	2	7	4
	A	10	9	8	6	9	11	9	9	10	8	10	10	9	10	8	8	10	9	10	10	9	2	11	8	10	9	8
Feijão	I	2		3			1	1	1	1	1						1	2				1	1			2		1
	A	10	10	10	3	10	10	10	10	10	10	9	9	10	10	8	10	9	10	9	10	9	10	7	3	10	10	8
Fubá de Milho	I					2									1	1										2		
	A	10	9	8	2	10	8	10	9	5	6	10	9	10	7	2	2	7	10	9	9	7	1	10	10	8	10	10
Tomate	I		1			1	4			3	2		2	1	1	2	1	6	1	2	1	1	-	2	1	1		6
	A	10	10	10	8	10	9	8	10	10	9	10	7	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	6	10
Uva	I	3	6	2	1	6	5	2		2	2		3	5	2		2	2	4	2	3	2		1	2	3	1	6
	A	9	10	10	3	10	9	10	9	10	8	9	8	10	8	8	10	9	9	9	9	6	1	10	10	8	9	8
Total de amostras insatisfatórias por UF		17	15	18	9	16	18	6	13	10	15	10	14	17	9	6	7	14	15	17	13	11	2	14	15	11	15	20
Total de amostras analisadas por UF		54	58	53	26	59	56	56	57	54	49	58	52	59	54	44	50	54	58	57	58	47	7	59	57	54	54	53

I : Nº de amostras insatisfatórias
 A : Nº de amostras analisadas
 - : Amostras não coletadas ou análises não realizadas

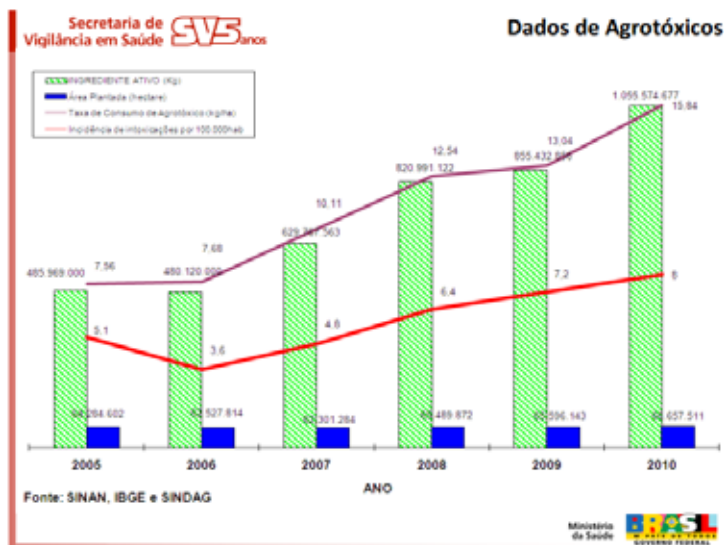


Os dados obtidos esclarecem que os alimentos que são consumidos no dia-a-dia podem estar contaminados com agrotóxicos. No caso dos alimentos que se encontram dentro dos limites aceitáveis de agrotóxicos previstos pela ANVISA, há irregularidades no tocante as informações que são prestadas aos consumidores, uma vez que não existe discriminação acerca da procedência e da origem dos produtos.

A situação agrava-se pelo fato de que os agrotóxicos são substâncias que causam sérios problemas de saúde nos brasileiros. Segundo o Instituto Nacional do Câncer José Alencar (INCA) em 2009, o Brasil alcançou a indesejável posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos, ultrapassando a marca de 1 milhão de toneladas, o que equivale a um consumo médio de 5,2 kg de veneno agrícola por habitante. Segundo este instituto os agrotóxicos são um dos principais responsáveis pelo aumento dos números de casos de câncer no país.⁷



Começamos apresentando o gráfico do Ministério da Saúde onde encontramos o cruzamento entre o uso de agrotóxico com os casos de intoxicação.⁸



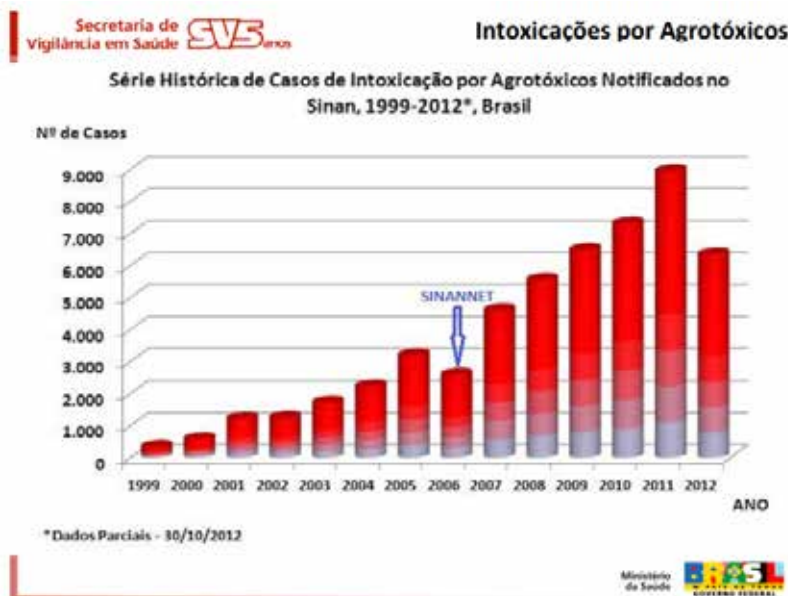
⁷ POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA ACERCA DOS AGROTÓXICO. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

⁸ Ministério da Saúde. CONSUMO DE AGROTÓXICOS x EXPOSIÇÃO HUMANA. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/Guilherme_Franco_Netto_agrotoxicos_saude_publica.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

O relatório do Ministério da Saúde, também noticia registro de danos que podem ser causados nas pessoas quando expostas aos agrotóxicos, segue abaixo:

- > O uso intensivo dos agrotóxicos está associado a agravos à saúde da população, tanto dos consumidores quanto dos trabalhadores que lidam diretamente com os produtos, à contaminação de alimentos e à degradação do meio ambiente;
- > Alterações subclínicas (alterações de biomarcadores de exposição, efeito e suscetibilidade);
- > Intoxicação aguda e/ou crônica, podendo ser fatais;
- > Manifestações em diversos aparelhos e sistemas: sistema nervoso, respiratório, cardiovascular, gastrointestinal, geniturinário, hematológico, endócrino, imunológico, bem como danos na pele, olhos, entre outros;
- > Efeitos gerais como problemas neurocomportamentais, genéticos e câncer.

Esse relatório também arrola registros dos casos de intoxicação por agrotóxico informados pelo no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN). A intoxicação pode conduzir a óbito, além de provocar em casos menos severos vômitos, dores de cabeça, cansaço, dores no corpo, problemas respiratórios, perda de apetite entre outros.⁹



⁹ Ministério da Saúde. CONSUMO DE AGROTÓXICOS x EXPOSIÇÃO HUMANA. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/inca/Guilherme_Franco_Netto_agrototoxicos_saude_publica.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC em inglês) também publicou dados preocupantes sobre o potencial cancerígeno dos agrotóxicos utilizados no Brasil. O glifosato citado abaixo também foi considerado cancerígeno pela OMS e pelo INCA. O Ministério Público Federal enviou solicitação para que o glifosato seja reavaliado e banido do Brasil.

Ressalta-se que em março de 2015 a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) publicou a Monografia da IARC volume 112, na qual, após a avaliação da carcinogenicidade de cinco ingredientes ativos de agrotóxicos por uma equipe de pesquisadores de 11 países, incluindo o Brasil, classificou o herbicida glifosato e os inseticidas malationa e diazinona como prováveis agentes carcinogênicos para humanos (Grupo 2A) e os inseticidas tetraclorvinfós e parationa como possíveis agentes carcinogênicos para humanos (Grupo 2B). Destaca-se que a malationa e a diazinona e o glifosato são autorizados e amplamente usados no Brasil, como inseticidas em campanhas de saúde pública para o controle de vetores e na agricultura, respectivamente.¹⁰

Os dados mostram que as frutas, legumes e verduras que compramos no supermercado tem uma grande possibilidade de ter agrotóxico e pior pode ser agrotóxico irregular ou aplicado nas plantações em doses superiores ao permitido ou de maneira irregular de acordo com as normas, além poderem causar vários tipos de problemas a saúde.

3. ANÁLISE DA SITUAÇÃO SOBRE A PERSPECTIVA DO CDC E UMA COLOBAÇÃO PARA MITIGAR O PROBLEMA

Diante do cenário exposto, constata-se que as autoridades nacionais encontram-se de posse de muitas informações sobre o uso indiscriminado de agrotóxico nos alimentos, sem se descuidar que no Brasil há farta legislação (leis, portarias e resoluções de órgãos competentes) regulando o assunto. Não obstante todo o arcabouço normativo e a existência de dados que informam a situação alarmante do uso indiscriminado de agrotóxicos, verificam-se dificuldades no enfrentamento do problema. Dentro de um aspecto econômico, constata-se que

¹⁰ POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA ACERCA DOS AGROTÓXICO. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

o mercado de agrotóxico movimentava bilhões de reais no Brasil e está concentrado nas mãos de poucas empresas. Infelizmente os fatores reais de poder fazem com que a ANVISA demore muito para banir alguns produtos e que resultem em escassas as punições administrativas aplicadas nos fabricantes e nos produtores infringentes das normas.

Outro aspecto relaciona-se à falta de interesse dos supermercados, como um dos principais distribuidores de FLV, em zelarem pelos direitos dos seus consumidores frente a um problema tão grave. Analisando sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, os referidos estabelecimentos estão infringindo disposições legais e teriam por obrigação se atentarem a certas medidas, conforme os dispositivos do CDC mencionados abaixo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

Nesse artigo traça quais os objetivos que as relações devem buscar e que esses objetivos devem ser pautados na transparência e na harmonia entre as partes. Portanto os supermercados devem exercer sua influência e trabalhar para oferecer consumidores produtos mais saudáveis e que proporcionem uma qualidade de vida aos seus consumidores. Além disso tem por obrigação serem transparentes com relação aos produtos que estão colocando no comércio.

Com relação a harmonia, os supermercados não podem somente buscar seus interesses de lucro, mas zelar pelos interesses dos seus consumidores.

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Nesse caso fica claro que o consumidor é vulnerável em vários aspectos. Já o supermercado não tem a mesma vulnerabilidade frente aos seus fornecedores devido a sua influência econômica e o seu poder de escolha de quem comprar.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Fede-

ral), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Esse inciso aborda sobre a boa fé e o equilíbrio entre as partes. Os supermercados deveriam se preocupar mais com a procedência dos seus produtos e não vender os produtos sem nenhuma preocupação de sua origem e de que forma foi produzido. Os consumidores compram os produtos acreditando que o supermercado buscou os melhores e mais seguros produtos de FLV, porém essa premissa nem sempre ocorre e novamente o equilíbrio nas relações fica prejudicado.

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Esses incisos apontam para dois pontos que podem ser soluções para o problema em questão.

No inciso IV aponta para a educação e informação com forma de alcançar a boa-fé e a harmonia nas relações. Os supermercados conseguem exercer esse inciso tanto com o fornecedor como com o consumidor. Com fornecedor através da exigência de laudos toxicológicos e pesquisas sobre amostras periódicas dos produtos de flv que estão sendo comprados. Com relação aos consumidores expondo informações sobre os produtos vendidos.

No inciso V aponta para criar meios de controle de qualidade. Nesse ponto cabe aos supermercados cobrarem dos fornecedores periodicamente laudos sobre seus produtos com relação ao uso dos agrotóxicos e exigindo o uso agrotóxicos autorizados, além de pressionar para que usem na quantidade e da forma correta.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Os supermercados nesse ponto do CDC têm a obrigação de se responsabilizarem pelos produtos que estão comercializando, pois se não fizerem o controle e monitoramento apropriado dos seus fornecedores podem estar vendendo

produtos perigosos e nocivos aos seus consumidores.

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

Nas gondolas de frutas, de legumes e de verduras os consumidores compram sem a correta percepção, não existindo nenhuma sinalização sobre sua procedência, qual agrotóxico foi usado, se são produtos de época, se foram devidamente higienizados pela equipe do supermercado e nem informam, principalmente, sobre os riscos que podem causar para que a escolha seja consciente.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Quando os supermercados vendem produtos cultivados com agrotóxicos dentro da regulamentação da ANVISA devem trazer essa informação ao cliente para que ele escolha entre o esse produto ou o similar orgânico.

A Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS), Associações Estaduais e dirigentes dos Supermercados tiveram uma interessante iniciativa prática para resolver o problema e coibir os fornecedores que utilizam produtos irregulares e ainda para trazer maior informação e segurança a saúde do consumidor. Com a realização de trabalho colaborativo e de adesão voluntária dos supermercados encontram-se investindo em um Programa de Rastreamento e Monitoramento de Agrotóxico (R.A.M.A)¹¹.

O objetivo desse programa é proporcionar aos supermercados um conjunto de informações que permite a escolha adequada de seus fornecedores para comercialização de alimentos com maior controle de qualidade, reforçando as iniciativas governamentais e proporcionando aos consumidores informações conscientes para que possam exercer seu direito de escolha.

A iniciativa implementada pelo Programa de Rastreamento e Monitoramento de Agrotóxico poderia ser regulamentada pelos órgãos competentes,

¹¹ ABRAS. Programa de Rastreamento e Monitoramento de Agrotóxico (R.A.M.A). Disponível em: <<http://www.abras.com.br/pdf/rama-folder-11092012.pdf>>. Acesso em: 05/10/2015.

com o escopo que se torne obrigatório que os supermercados realizem exames laboratoriais por amostragem mensalmente dos produtos ofertados pelos fornecedores. Com isto, o fornecedor cadastrado teria a obrigação de mostrar laudo devidamente registrado pela ANVISA e pelo MAPA atestando que seus produtos são orgânicos ou com agrotóxicos. Para os produtos com agrotóxicos haveria uma rigidez na comprovação do atendimento dos parâmetros permitidos e a indicação dos pesticidas utilizados.

Os supermercados teriam o dever de informar dentro dos estabelecimentos os produtos que possuem controle de FLV e que atendem as normas do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que houvesse informação nas gondola, nos expositores e nos produtos com bandejas, as especificações dos agrotóxicos empregados no cultivo do alimento.

4. CONCLUSÃO

O cenário exposto nesse artigo, nos moldes como foram apresentados os dados, infringe claramente o Código de Defesa do Consumidor e alerta para um problema grave que está expondo todos consumidores de frutas, legumes e verduras.

Os supermercados devem se esforçar para que seus produtos tragam segurança aos seus consumidores e que eles sejam bem informados para ter escolhas conscientes e que tragam segurança ao consumo. Com a atuação dos supermercados nos rastreamento e registro dessas informações viabilizará a atuação pontual e rápida das autoridades competentes contra os fornecedores que insistem em práticas ilícitas.

5. REFERÊNCIAS

PROGRAMA DE ANÁLISE DE RESÍDUOS DE AGROTÓXICOS EM ALIMENTOS (PARA) RELATÓRIO DE ATIVIDADES 2012 COMPLEMENTAR. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 05/10/2015.

Agrotóxicos e orgânicos: Saúde, meio ambiente e economia. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/omsambiental/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=434&sid=13>>. Acesso em: 05/10/2015.

SUPERMERCADOS 2012. Uma análise dos principais indicadores. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/boletimindicadoresdocomercio/2013/boletimIndicadoresComercio0713.pdf>>. Acesso em: 05/10/2015.

Agrotóxicos no Brasil (EMBRAPA). <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agricultura_e_meio_ambiente/arvore/CONTAG01_40_210200792814.html>. Acesso em: 05/10/2015.

ANVISA. P.A.R.A (Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos). <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 05/10/2015.

Ministério da Saúde. CONSUMO DE AGROTÓXICOS x EXPOSIÇÃO HUMANA. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/Guilherme_Franco_Netto_agrotoxicos_saude_publica.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA ACERCA DOS AGROTÓXICO. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf>. Acesso em: 05/10/2015.

ABRAS. Programa de Rastreamento e Monitoramento de Agrotóxico (R.A.M.A). Disponível em: <<http://www.abras.com.br/pdf/rama-folder-11092012.pdf>>. Acesso em: 05/10/2015.

PRODUTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO À INFORMAÇÃO

GM PRODUCTS AND THE BRAZILIAN CONSUMER RIGHT TO INFORMATION

Eduardo Henrique Sousa Guimarães¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dever legal de informação ao consumidor. 3. Deve legal de informação ao consumidor sobre produtos transgênicos. 4. O direito do consumidor à informação em produtos transgênicos. 5. Questões controversas do Projeto de Lei nº 4.148/2008. 6. Considerações finais. 7. Referências.

RESUMO

O artigo se propõe a discutir o direito do consumidor de obter informações em produtos transgênicos e demonstrar o resguardo conferido pela legislação brasileira. Com base em análise legislativa e doutrinária se visa esclarecer como o direito do consumidor à informação é protegido relativamente à comercialização de produtos transgênicos. Ademais, será analisado o Projeto de Lei nº 4.148/08, com vistas a indicar o impacto sobre os direitos dos consumidores à informação em produtos transgênicos.

Palavras-chave: Direito do consumidor à informação, Produtos transgênicos, Projeto de Lei nº 4.148/08.

ABSTRACT

This article proposes to discuss the Brazilian consumer right to information in GM products and demonstrate the guard conferred by legislation. Analysis of the Brazilian legislation and doctrine aims to demonstrate the way consumer's right to information is protected in the marketing of GM products. Nevertheless, the bill No 4.148/08 is analyzed and demonstrated it's impact on the rights of consumers to information in GM products.

Keywords: Consumer right to information, GM products, bill No 4.148/08

¹ Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília (Uniceub/ICPD). Bacharel em Direito. Advogado. E-mail: edoardohsg@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 90, a comercialização de produtos transgênicos assumiu posição de destaque em polêmicas discussões travadas entre toda a sorte de grupos e derivando as mais diversas conclusões.

Segundo a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), os alimentos transgênicos representam uma poderosa ferramenta para a erradicação da fome no mundo.

Para diversas organizações ambientais, bem como de pequenos agricultores tradicionais, os organismos geneticamente modificados representam grande risco ao meio ambiente e à saúde humana.

As grandes corporações de biotecnologia advogam pela segurança do consumo de transgênicos sem, contudo, divulgar resultados contundentes de suas pesquisas para confirmar ou refutar suas alegações.

Em meio a esse turbilhão de informações, o consumidor não tem acesso a dados claros e confiáveis para efetivamente escolher acerca do consumo ou abstinência desses insumos.

Frise-se que as próprias informações a qual possui respaldo legal, por vezes, são insuficientes para suprir devidamente o direito do consumidor à informação, de modo a prejudicar, também, o direito deste ao exercício da liberdade de escolha.

Assim, o presente artigo visa discutir e esclarecer os aspectos legais da proteção do direito do consumidor à informação no que tange a comercialização de produtos transgênicos.

2. DEVER LEGAL DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR

Inicialmente, cumpre analisar o dever de informar imposto pela legislação brasileira ao fornecedor.

Conditio sine qua non às relações de consumo, o princípio da transparência de informações foi previsto no *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, inaugurando o dever do fornecedor a prestar as informações necessárias ao consumidor para o livre exercício de sua liberdade de escolha. De mesmo modo, a transparência nas relações de consumo visa resguardar o direito

do consumidor à dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria de sua qualidade de vida.²

Outrossim, o princípio da transparência emprega uma relação de lealdade entre os agentes contratuais como reflexo da boa-fé exigida destes pelo direito consumerista. Ademais, o citado princípio é instrumento para o reestabelecimento do equilíbrio entre fornecedores e consumidores, compensando a vulnerabilidade fática dos últimos.³

Aprofundando-se na citada hipossuficiência do consumidor em relação aos fornecedores, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor.⁴

Tal princípio reconhece o consumidor como a parte mais fraca na cadeia de consumo em virtude de quatro principais facetas de sua vulnerabilidade sendo técnica, jurídica, fática e informacional.⁵

Neste sentido, existe interessante discussão jurídica acerca da existência das vulnerabilidades política ou legislativa, biológica ou psíquica e ambiental dos consumidores, contudo esta discussão é material para aprofundamento em artigo autônomo.⁶

Retrocedendo aos aspectos da vulnerabilidade do consumidor anteriormente citados, o direito do consumidor à informação encontra entrave em sua vulnerabilidade informacional em relação ao produto consumido, pois nunca possuirá acesso a todos os dados necessários a sua devida escolha, bem como não possuirá conhecimento especializado para compreender devidamente todas as especificidades técnicas de tudo o que consome. Segundo a ilustre Doutora Claudia Lima Marques, o que caracteriza do consumidor é justamente

² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

⁴ “I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 302 a 352.

⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

seu déficit informacional.⁷

A autora também assevera que a vulnerabilidade informacional do consumidor em matéria de alimentos transgênicos atinge a direitos constitucionais do consumidor, como a dignidade humana,⁸ direitos à vida,⁹ à liberdade no que tange à escolha alimentar,¹⁰ à informação¹¹ e à proteção dos interesses do consumidor.¹²

Prosseguindo ao inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor,¹³ ocorre a previsão de um princípio basilar para a legislação consumerista brasileira, especificamente o da boa-fé,¹⁴ que obriga a existência de lealdade nas relações de consumo.

Vale ressaltar que a boa-fé subdivide-se em dois aspectos, subjetivo e objetivo. O primeiro refere-se à vontade ou estado psicológico da pessoa no transcorrer de um fato.¹⁵ O segundo decorre da exigência de lealdade nas relações jurídicas, respeitando os interesses legítimos, expectativas razoáveis e direitos da outra parte.¹⁶

Desse modo, é viabilizada a almejada harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo prevista no citado dispositivo legal.

⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 302 a 352.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁰ Idem

¹¹ XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹² XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹³ III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

Seguindo a concatenação lógica estabelecida imposta ao presente trabalho, o próximo dispositivo sob análise torna-se o inciso II do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷ Esse garante ao consumidor a liberdade de escolha, instrumental para uma economia de mercado.

O referido dispositivo refere-se ao princípio constitucional da liberdade previsto no preâmbulo, artigos 3º, I e 5º da Magna Carta,¹⁸ revestindo-o de um aspecto econômico, protegendo o consumidor em sua atividade de consumo. A citada defesa é fulcral para o fomento da atividade econômica da sociedade brasileira, pois um consumidor livre e protegido consome mais e melhor.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno, existe o aspecto da educação informal no referido dispositivo. Trata-se da responsabilidade dos fornecedores de informar os consumidores sobre as características dos produtos e serviços colocados em mercado ou que serão colocados através do *marketing*. A informação tem por finalidade a garantia dos direitos de liberdade de escolha e igualdade de contratação ao consumidor, informando-o previamente sobre os produtos e serviços, bem como das condições contratuais.¹⁹

Destarte, deflui-se que o direito consumerista à informação deriva de sua liberdade de escolha, visto que apenas o consumidor plenamente consciente das características do produto ou serviço que irá consumir pode exercer

¹⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

¹⁸ Preâmbulo - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1v. p. 153 a 154.

plenamente a seleção da opção que melhor se adequa a suas necessidades.

Ao mencionar o direito do consumidor à informação, cumpre citar o inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que o positivou.²⁰ O inciso apresenta um rol de informações que devem ser prestadas pelo fornecedor ao consumidor de forma adequada e clara, ou seja, deve ser compreensível e ter utilidade ao consumidor.

Em mesma via, em virtude do déficit informacional do consumidor sobre os produtos e serviços contratados, este deve ser informado para o devido exercício de sua liberdade de escolha.²¹

O Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha ainda alerta que não se confundem o dever de informar com o de não enganar, eis que o primeiro visa obter um consentimento esclarecido da parte e o segundo refere-se ao dever de lealdade presente em todas as transações, aproximando-se do princípio da boa-fé.²²

Em virtude da previsão da informação como direito do consumidor pelo mencionado inciso, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor,²³ especifica a aplicação do referido direito no momento pré-contratual da oferta do produto.

O dispositivo apresenta um rol exemplificativo que assegura ao consumidor informações claras, precisas e ostensivas sobre as características físicas do produto, sua repercussão econômica, possíveis riscos à saúde ou segurança do consumidor²⁴ e outros dados. Ao listar “outros dados” no rol do artigo 31, o legislador impôs ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço o dever de informar sobre qualquer outra informação reputada importante sobre o produto ou serviço no caso concreto.²⁵

²⁰ III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1v. p. 154.

²² ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 87 a 88.

²³ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 774.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1v. p. 291.

Ainda, o dever de informar estende-se a todas as características e circunstâncias relevantes dos bens ou serviços que possam influir na escolha do consumidor.²⁶ Nesse último aspecto é possível novamente o princípio da transferência nas relações de consumo assegurando o princípio da liberdade de escolha do consumidor, pois a obrigatoriedade do fornecedor de informar se estende a quaisquer informações que influenciem a escolha do consumidor, independentemente de sua natureza.

Dessa forma, o consumidor brasileiro tem seu direito à informação resguardado por robusta legislação e em ampla gama de aspectos.

3. DEVER LEGAL DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR SOBRE PRODUTOS TRANSGÊNICOS

Como demonstrado no capítulo anterior, o direito consumerista à informação é amplo e se estende a os dados que poderiam influenciar na escolha de um produto ou serviço ao consumidor.

Frente a toda polêmica acerca dos produtos transgênicos, torna-se simplesmente devido a um produto de trazer informações de sua natureza geneticamente modificada, de modo a garantir ao consumidor autonomia de liberdade de escolha acerca do consumo dos citados produtos.

Adentrando ao tema do direito de informação sobre transgênicos, a legislação pátria regulou o comércio dos referidos produtos por meio do Decreto n° 4.680/2003.

A referida legislação impôs ao fornecedor o dever de informar o consumidor sobre a natureza transgênica de alimentos ou ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham, ou sejam, produzidos a partir de organismos geneticamente modificado.²⁷

²⁶ ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 88.

²⁷ Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

§ 1º Tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou **in natura**, o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça,

O dispositivo também positivou a forma de apresentação, devendo o produto conter em sua embalagem símbolo que ateste sua natureza geneticamente modificada e as expressões: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

Em vista disto, a embalagem deveria informar ao consumidor sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

No artigo seguinte ao citado, a legislação também estendeu o dever de informação a alimentos ou ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos.²⁸

De modo oposto, o artigo 4º do Decreto deu aos fornecedores o direito de incluir na embalagem de seus produtos a expressão “(nome do produto ou ingrediente) livre de transgênicos” caso os alimentos ou ingredientes comercializados não fossem fruto de transgenia.²⁹

Em decorrência da imposição de definir uma simbologia para a indicação de transgenia nos produtos alimentares do parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto supracitado, em 23 de dezembro de 2003 o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 2.685 definindo o conhecido triângulo equilátero amarelo com a letra “T”³⁰ para a representação de transgênicos e forma de sua apresentação nas embalagens dos produtos.

uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico.”

§ 2º O consumidor deverá ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

§ 3º A informação determinada no § 1º deste artigo também deverá constar do documento fiscal, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva.

§ 4º O percentual referido no **caput** poderá ser reduzido por decisão da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.

²⁸ Art. 3º Os alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos deverão trazer no painel principal, em tamanho e destaque previstos no art. 2º, a seguinte expressão: “(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” ou “(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico”.

²⁹ Art. 4º Aos alimentos e ingredientes alimentares que não contenham nem sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “(nome do produto ou ingrediente) livre de transgênicos”, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro.”



Posteriormente, a Lei 11.105 de 24 de março de 2005, vulgarmente conhecida como Lei de biossegurança, recepcionou em seu artigo 40 a necessidade de informação nos rótulos de alimentos ou ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham, ou sejam, produzidos a partir de organismos geneticamente modificados ou derivados sobre sua natureza.³¹

A referida legislação também atribuiu em seus artigos 10 a 15, à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança a autorização de atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de organismos geneticamente modificados e seus derivados.³²

Nessa via, artigo 14 estabelece um extenso rol de competências à CTNBio em atividades de pesquisa acerca de pesquisas, regulação e comercialização de organismos geneticamente modificados.

No que tange à saúde e à segurança de produtos transgênicos, a CTNBio é o órgão competente para a análise de risco, tornando-se o órgão responsável por certificar a biossegurança dos referidos produtos.³³

Até a elaboração do presente artigo esta é a legislação vigente acerca do direito do consumidor à informação em alimentos transgênicos, porém fora aprovado em 30 de abril de 2015 na Câmara dos Deputados Federais o Projeto

³¹ Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

³² Art. 10. A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zootossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.

Parágrafo único. A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente.”

³³ Art. 14. Compete à CTNBio:

[...]

IV – proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;

[...]

XII – emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

de Lei nº 4.148/2008 e remetido para votação no Senado Federal.

A referida proposta visa suprimir a simbologia adotada pelo Ministério da Justiça para a identificação de alimentos transgênicos, revogar o Decreto nº 4.680/03, bem como modificar o artigo 40 da Lei 11.105 e acrescê-lo de três parágrafos.

O artigo 40 se tornaria o dispositivo legalizador do dever dos fornecedores de informar a presença de transgenia nos alimentos.

Seriam mantidas as formas de informação sobre a presença ou ausência de transgênicos nos produtos, contudo o fornecedor estaria liberado de informar a espécie doadora do gene recombinante.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO EM PRODUTOS TRANSGÊNICOS

No esteio demonstrado por meio da análise legislativa do direito do consumidor à informação resta cristalino o dever legal do fornecedor de informar ao consumidor de forma correta, clara, precisa e ostensiva sobre quaisquer características do produto que influenciem o consumidor em sua escolha, obedecendo devidamente aos artigos 4º, 6º e 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Neste mesmo sentido, o legislador optou por utilizar o termo organismo geneticamente modificado no decreto e lei mencionados no capítulo acima para resguardar melhor o direito do consumidor, eis que o referido termo possui entendimento mais amplo que a palavra transgênico.

Contudo, os produtos alimentícios derivados de recombinação genética são popularmente conhecidos como transgênicos, assim a palavra foi especificamente escolhida para constar nas embalagens dos produtos, a despeito de organismo geneticamente modificado, pois devidamente informa o consumidor leigo sobre a natureza do produto.

Cumpra-se informar que um organismo geneticamente modificado é qualquer ser vivo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, como bem definido pelo inciso V do artigo 3º da Lei nº 11.105/2005.³⁴

³⁴ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

Entretanto, estudo etimológico da palavra transgênico denota o prefixo trans- derivado do latim *transfero* que significa transferir e o sufixo -gênico deriva de genético. Assim, o significado de transgênico é de organismo com gene transferido, que recebeu gene de outra espécie.

Dessa forma a transgenia é apenas uma subespécie de modificação genética, pois existem diversas outras formas de alterar o material genético de um indivíduo.

No próprio plano da transgenia existem diversas modalidades de recombinação genética, como transformação por biobalística, transformação por microinjeção, transformação mediada por vetor bacteriano, transformação mediada por vetor viral e diversas outras técnicas que não são divulgadas por questões de segredo industrial. Informações negadas ao consumidor.

Outrossim, o projeto do Decreto nº 4.680/2003 previa a obrigação dos fornecedores de informar o subproduto da modificação genética, ou seja, qual substância o organismo geneticamente passaria a produzir em virtude do gene adicionado, não obstante a informação fora suprimida no texto final aprovado do Decreto.

Desse modo, nota-se que a legislação consumerista resguarda o direito consumidor à informação, permitindo a autotutela de sua liberdade de escolha.

Frise-se, todavia, que o dever de informar a natureza transgênica dos produtos constante da legislação não se estende a toda a gama de bens que podem ser obtidas a partir de organismos geneticamente modificados, pois restringe-se a impor o dever de informação apenas a alimentos.

A tecnologia recombinante é efetivamente aplicada a um amplo espectro de produtos comercializados. Enzimas transgênicas são utilizadas no sabão em pó para remover manchas de gordura com mais facilidade, insulina humana transgênica é vendida em farmácias, vacinas de hepatite B são utilizadas para imunização na rede pública e 80% dos queijos disponíveis no mercado brasileiro trazem uma enzima transgênica em sua composição.³⁵ Todos sem identificação de serem produtos provenientes de transgenia.

A despeito do exemplo do queijo que obviamente contraria a legislação

³⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS RURAIS, Transgênicos estão a 20 anos em nossas mesas. Curitiba. Disponível em: <http://www.deser.org.br/noticias_print.asp?id=653>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

pátria, todos os outros produtos citados são liberados da identificação de sua natureza transgênica pela Lei, contudo a devida apresentação da característica citada certamente influenciaria a escolha de muitos de seus consumidores.

Claudia Lima Marques define que o direito do consumidor à informação em produtos transgênicos possui efetivamente duas motivações, sendo eventuais riscos que a modificação genética pode trazer ao consumidor, bem como o simples direito de escolha do consumidor.³⁶

Assim, o direito do consumidor à informação possui aplicação ampla, não se limitando ao caráter alimentar dos produtos.

Relativamente ao primeiro critério apontado pela notável doutrinadora, a informação deve ser prestada em virtude da tutela do direito à saúde e segurança do consumidor.

A despeito da ausência de pesquisas de longo prazo dos efeitos do consumo de alimentos transgênicos sobre a saúde humana e dos estudos existentes frequentemente apresentarem resultados inconclusivos,³⁷ o Decreto nº 4.680/2003 estabelece em seus artigos 10 e 14 a CTNBio como órgão competente para a liberação das pesquisas e o comércio de organismos geneticamente modificados no Brasil, portanto os produtos transgênicos comercializados teoricamente são seguros para o consumo.

Todavia, permanece um fator de risco à saúde e à segurança humana apresentado pela transgenia. A legislação atualmente vigente libera os fornecedores de informar a substância produzida pelo gene doado ao organismo transgênico, no entanto este subproduto pode causar uma reação alérgica em pessoas sensíveis ao composto.

Na pesquisa e elaboração de organismos geneticamente modificados, os cientistas têm em mente a necessidade de evitar-se a adição de genes que gerem substâncias alergênicas por critérios econômicos e de segurança dos consumidores, pois um produto estável teria um mercado consumidor mais amplo, entretanto ainda não são conhecidos todos os fatores alergênicos

³⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 776.

³⁷ VENDÔMOUS, Joël Spiroux de; ROULLIER, François; CELLIER, Dominique, SÉRALINI Gilles-Eric. A Comparison of the Effects of Three GM Corn Varieties on Mammalian Health. *Int J Biol Sci* 2009; 5(7):706-726. doi:10.7150/ijbs.5.706. Disponível em: <<http://www.ijbs.com/v05p0706.htm>>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

humanos, de modo a impossibilitar sua precaução a todos os casos.

Ao se citar, por exemplo, produtos alimentares como chocolates, estes informam devidamente em suas embalagens que podem conter traços de amendoim, soja e castanhas, mesmo que não façam parte dos ingredientes do produto, pois são processados nas mesmas máquinas de modo a possibilitar uma contaminação que pode trazer risco à saúde de consumidores alérgicos.

Assim, o direito à saúde e segurança dos consumidores é devidamente resguardado no caso acima, no entanto, não existe a mesma imposição aos fornecedores de alimentos transgênicos de informar o subproduto da modificação genética e a informação da espécie do organismo doador constante da embalagem está em latim, dificultando o entendimento dos consumidores e potencialmente o expondo a um risco de saúde.

Dessa forma, por um fator de saúde e segurança dos consumidores alérgicos, hipersensíveis ou com qualquer outra restrição de consumo, tornam-se necessárias tanto as informações já impostas em Lei, bem como descrição sobre o subproduto da modificação genética.

Relativamente ao segundo critério apontado pela doutora Claudia Lima Marques, o simples direito de escolha do consumidor baseia-se nos direitos constitucionais da dignidade humana e liberdade, os quais foram devidamente recepcionados pela legislação consumerista.

A liberdade de escolha do consumidor possui definição ampla, como demonstrado anteriormente, e impõe ao fornecedor o dever de informar quaisquer características do produto que possam influenciar a escolha do consumidor.

Trata-se do resguardo do consumidor de escolher o produto que melhor se adequa às suas necessidades baseado unicamente em sua percepção e vontade.

Nos moldes de uma economia livre, como prevista no artigo 170 da Constituição Federal,³⁸ o mercado regula sua composição de forma orgânica,

³⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

de modo que as empresas se utilizam da publicidade como meio para atrair os consumidores a comprar seus produtos, entretanto cabe ao consumidor a decisão final sobre o que consumir.

Destarte, em condições normais, a venda de um produto depende unicamente de sua aceitação pelo mercado consumidor.

Contudo, esse consumidor deve ser informado sobre as características possa exercer plenamente a autotutela de seu direito de escolha, vinculando-se unicamente à suas necessidades e opiniões.

Exemplo clássico da aplicação do direito do consumidor à informação para o resguardo de sua liberdade de escolha é a proibição do consumo de carne de suínos por muçulmanos, pois não se trata de uma questão econômica de saúde ou segurança, mas unicamente religiosa.

O caso dos produtos transgênicos não é diferente, eis que ultrapassada a questão de saúde discutida, a opção pelo consumo ou abstenção recai unicamente sobre o consumidor.

Frise-se o dever do fornecedor de promover uma educação informal ao consumidor, ou seja, da responsabilidade de informar os consumidores sobre as características dos produtos e serviços colocados em mercado ou que serão colocados através da publicidade.

No que tange a produtos transgênicos, a informação ao consumidor também visa o resguardo a seu direito de escolha, visto que ainda existe muita incerteza, discussão e polêmica acerca do tema, contudo, a escolha sobre o consumo de tais produtos recai unicamente ao consumidor.

Desse modo, o consumidor deve ser munido das devidas informações sobre o produto para desempenhar sua escolha da melhor forma possível.

No entanto, a despeito do resguardo legal ao direito de informações, não há a devida proteção a seus direitos na amplitude necessária, eis que o consumidor

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

somente seria devidamente informado se a responsabilidade de informação se estendesse a todos os produtos transgênicos do no mercado e informassem a nova substância produzida pelo organismo geneticamente modificado.

5. QUESTÕES CONTROVERSAS DO PROJETO DE LEI Nº 4.148/2008

O mencionado Projeto de Lei visa revogar a atual legislação de transgênicos e alterar o artigo 40 da Lei de Biossegurança, tornando-a a legislação reguladora das normas de identificação dos referidos produtos.

Basicamente, o projeto mantém aos fornecedores do dever legal de informar, nos rótulos de alimentos destinados a consumo humano, a presença de organismos geneticamente modificados com presença superior a um por cento da composição final do produto; a liberalidade aos fornecedores de rotular que o produto alimentar é livre de transgênicos no caso de similares com transgênicos no mercado brasileiro e comprovada a total ausência de organismos geneticamente modificados no alimento; e é mantida a aplicação das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis em caso de descumprimento das disposições reguladas pela Lei.

Entretanto, o Projeto propõe a revogação, especificamente, dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 2º, artigo 3º e 5º do Decreto 4.680/2003,³⁹ ou

³⁹ [...]

§ 2º O consumidor deverá ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

§ 3º A informação determinada no § 1º deste artigo também deverá constar do documento fiscal, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva.

§ 4º O percentual referido no **caput** poderá ser reduzido por decisão da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio.

Art. 3º Os alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos deverão trazer no painel principal, em tamanho e destaque previstos no art. 2º, a seguinte expressão: "(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico" ou "(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico.

Art. 5º As disposições dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam à comercialização de alimentos destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou tenham sido produzidos a partir de soja da safra colhida em 2003.

§ 1º As expressões "pode conter soja transgênica" e "pode conter ingrediente produzido a partir de soja transgênica" deverão, conforme o caso, constar do rótulo, bem como da docu-

seja, suprime o dever de rastreamento dos produtos transgênicos em toda a cadeia produtiva, o estabelecimento de percentual inferior ao um por cento previsto na Lei pela CTNBio, o dever de informar a espécie doadora do gene e a imposição de informação em alimentos ou ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com produtos transgênicos. Ainda, o Projeto visa revogar o artigo 5º que regula a aplicação do Decreto nº 4.680/2003 à safra de soja de 2003, visto que a disposição já perdera o efeito e a reforma parcial do parágrafo 1º do artigo 2º, de modo a revogar indiretamente a Portaria nº 2.685 do Ministério da Justiça que instituiu o símbolo empregado na identificação de produtos transgênicos.

Para justificar a alteração legal, o Projeto fundamenta-se em três tópicos principais, sendo a detectabilidade, percentual e formato da informação.

Relativamente à detectabilidade, o Projeto afirma que o critério de rastreabilidade é frágil e coloca os produtos nacionais em desvantagem aos importados, pois baseiam-se na apresentação de certificados ou outros documentos, inclusive fiscais, de difícil controle; dificultam ou impossibilitam sua realização para produtos importados, pois não há controle no país de origem, criando relação desigual aos produtos nacionais; os altos custos para a fabricação de produto nacional livre de organismos geneticamente modificados, segundo o critério da rastreabilidade, acarretariam tratamento desigual com relação aos produtos importados não rastreados; e os custos de rastreabilidade tornam-se impraticáveis em determinados casos, bem como são repassados ao consumidor no preço final dos produtos.

Contudo, as justificativas acima já foram devidamente contestadas pelo

mentação fiscal, dos produtos a que se refere o **caput**, independentemente do percentual da presença de soja transgênica, exceto se:

I - a soja ou o ingrediente a partir dela produzido seja oriundo de região excluída pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do regime de que trata a Medida Provisória nº 113, de 26 de março de 2003, de conformidade com o disposto no § 5º do seu art. 1º; ou

II - a soja ou o ingrediente a partir dela produzido seja oriundo de produtores que obtenham o certificado de que trata o art. 4º da Medida Provisória nº 113, de 2003, devendo, nesse caso, ser aplicadas as disposições do art. 4º deste Decreto.

§ 2º A informação referida no § 1º pode ser inserida por meio de adesivos ou qualquer forma de impressão.

§ 3º Os alimentos a que se refere o **caput** poderão ser comercializados após 31 de janeiro de 2004, desde que a soja a partir da qual foram produzidos tenha sido alienada pelo produtor até essa data.

doutor Roberto Freitas Filho em seu artigo “Os Alimentos Geneticamente Modificados e o Direito do Consumidor à Informação: Uma Questão de Cidadania” publicado em 2005.⁴⁰ Para o citado autor, a detecção dos transgênicos na origem se dá de mesmo modo a certificação de procedência, ao exemplo do termo “*made in Brazil*”, que denota a previa imposição de informar ao consumidor a origem do produto consumido. De mesmo modo é responsabilidade do fornecedor da matéria-prima original informar toda a cadeia produtiva. O mencionado doutor ainda assevera que a rastreabilidade dos alimentos transgênicos é uma imposição legal advinda do Código de Defesa do Consumidor, já que a responsabilidade de informar é solidária e compartilhada por toda a cadeia produtiva, logo a informação sobre a característica do produto é imposição legal, bem como garantia dos consumidores e dos fornecedores.

Cumprindo ainda ressaltar que o sistema de certificação e documentação já existia ao momento de elaboração do Projeto de Lei e ainda funciona de modo a informar cadenciadamente todos os membros da cadeia produtiva.

Ainda, caso algum fornecedor deixe de cumprir seu dever de informar, poderá simplesmente ser removido da cadeia produtiva, como aconteceria em qualquer outro caso de descumprimento de suas responsabilidades produtivas.

Adentrando à discussão do percentual proposto no Projeto, a proposta prevê o engessamento do valor em um por cento, removendo a competência do CTNBio para estabelecer valor inferior. Para tanto fundamenta-se afirmando todas as matérias-primas são previamente avaliadas pelas autoridades competentes e são consideradas seguras para o consumo humano e animal; a informação sobre transgenia presta garantir o direito de escolha do consumidor, sem qualquer afetação à sua saúde; e os percentuais estabelecidos não seguem um critério científico, mas econômico.

Mencionando novamente o artigo elaborado pelo doutor Roberto Freitas Filho, os custos da análise laboratorial não se alteram em relação à porcentagem de organismos geneticamente modificados presente na matéria-prima, eis que

⁴⁰ FREITAS FILHO, Roberto, Os Alimentos Geneticamente Modificados e o Direito do Consumidor à Informação: Uma Questão de Cidadania. In: BINSFELD, Pedro Canisio. (Org.). *Biossegurança em biotecnologia*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

o exame é obrigatoriamente realizado independentemente do percentual. Contudo, há de se concordar com a afirmação constante do Projeto de que a fixação do percentual é estabelecida por valores meramente econômicos, pois, visto o custo de produção inferior do transgênico em relação ao organismo não modificado, o fornecedor tende a adicionar a maior quantidade percentual de organismos geneticamente modificados para diminuir o custo final de produção.

Outrossim, o artigo supracitado assevera que o valor de precisão dos exames para a detecção da presença de alimentos transgênicos era de zero vírgula um por cento ao tempo da elaboração do trabalho, devendo ser este o valor estabelecido para o percentual máximo permitido.

Ressalte-se que, fundamentando-se nos princípios consumerista da transparência e boa-fé, o menor valor possível para a detecção de organismos geneticamente modificados dever ser tomado, de modo a resguardar o direito do consumidor de liberdade de escolha no consumo ou abstenção de produtos transgênicos.

Ao contestar o formato como a informação de alimentos transgênicos é imposta em Lei, o Projeto afirma não ser necessária a indicação da espécie doadora do gene, visto nomes científicos serem de difícil compreensão, descumprindo o dever de prestar ao consumidor informações claras que não o levem a erro ou falso entendimento; contestam a necessidade de rotulagem de insumos animais alimentados com transgênicos, pois importadores poderiam entendê-las como barreiras tarifárias injustificadas; e criticam o símbolo de identificação de alimentos transgênicos estabelecido pelo Ministério da Justiça sob as alegações de que não há precedente internacional, a aposição do símbolo nas embalagens gera custos extras aos fornecedores e o símbolo triangular em cores preta e amarela denota risco, desinformando o consumidor, pois dos alimentos transgênicos com liberação comercial são seguros para consumo.

Relativamente ao dever de informação da espécie doadora, o real interesse de supressão da informação não está calcado no direito do consumidor, mas em questões de segredo industrial, pois é de interesse dos desenvolvedores de organismos geneticamente modificados a ocultação da referida informação, bem como do subproduto da alteração genética e técnica empregada na alteração

para evitar o estabelecimento de concorrência sobre os produtos.

A contestação à necessidade de informação nos rótulos de produtos produzidos a partir de animais alimentados com organismos geneticamente modificados carece de justificativa técnica, limitando-se a fundamentar-se em um vago e hipotética situação de desentendimento dos importadores, contudo o direito à informação do consumidor se estende a toda a cadeia produtiva de modo a, inclusive, incidir sobre o referido animal alimentado com produtos transgênicos.

Em relação às críticas tecidas ao símbolo empregado para a identificação de produtos alimentícios transgênicos, a afirmação de que não existem precedentes internacionais para o símbolo apenas atesta que a legislação brasileira resguarda melhor seus consumidores que a legislação internacional. Ainda, o símbolo adotado pela Portaria nº 2.685 do Ministério da Justiça não denota risco, mas alerta, como indicado no item 4.4.2 da ABNT NBR 13.434-2⁴¹. De mesmo modo, o item 5.2.5 da citada norma estabelece o triângulo preto e amarelo com uma exclamação em seu interior⁴² como símbolo demais geral de alerta, assim o símbolo não denota risco, no entanto é um alerta claro e inequívoco ao consumidor da presença de organismos geneticamente modificados no alimento, resguardando seu direito à informação.

Cumprido ressaltar que a palavra símbolo define signo que se baseia numa convenção social arbitrária com a coisa ou ideia que representa,⁴³ desse modo o símbolo tem de ter um significado para o interlocutor de forma a viabilizar seu entendimento. Frise-se que o atual símbolo empregado foi instituído 2003, logo seu significado já participa do entendimento do cidadão médio, informando devidamente o consumidor brasileiro.

Finalmente, refutando todas as justificativas apresentadas no Projeto de Lei, a nenhum fornecedor é obrigatória a produção e beneficiamento de organismos geneticamente modificados, sendo mera liberalidade dos produtores a opção de utilização de transgênicos em sua cadeia produtiva, visto seu potencial econômico e diminuição de custo de produção, logo trata-se unicamente de

⁴¹ ABNT. Norma brasileira ABNT NBR 13.434-2/04. *Sinalização de segurança contra incêndios e pânico. Parte 2: Símbolos e suas formas, dimensões e cores.*

⁴² 

⁴³ Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/simbolo/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

uma decisão econômica do fornecedor. Nesse esteio, o Projeto, basicamente, fundamenta-se em questões comerciais para justificar a proposta.

Contudo, tomando por sustentáculo o direito do consumidor à informação trabalhado no presente artigo, este resta indelével frente as pretensões dos fornecedores de suprimir o acesso às informações em alimentos transgênicos, devendo ser devidamente resguardado nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por desfecho o presente trabalho, cumpre novamente afirmar o caráter amplo do direito do consumidor à informação, pois estende-se a todos os dados do produto que possam influir na escolha do consumidor em adquirir um produto ou serviço, assim recaindo sobre o fornecedor o dever de informar.

Especificamente no que tange a organismos geneticamente modificados, o legislador optou por restringir o dever de prestar informações apenas a alimentos transgênicos destinados a consumo humano ou animal.

De mesmo modo, o Decreto se limitou a obrigar a informação do organismo doador, sem a necessidade de informar a nova substância produzida pelo organismo modificado.

Entretanto, além das informações já prestadas torna-se crucial a extensão do dever de informar a presença de organismos geneticamente modificados todos os produtos presentes no mercado brasileiro, bem como informar o subproduto da alteração genética no organismo transgênico.

Somente munidos devidamente de todas as informações a que tem resguardo por meio da legislação consumerista, o consumidor pode tomar plenamente decisão sobre seu consumo, exercendo devidamente a autotutela de seus direitos à saúde, segurança, interesse econômico e liberdade de escolha, bem como assegurando a lealdade nas relações de consumo.

7. REFERÊNCIAS

ABNT. Norma brasileira ABNT NBR 13.434-2/04. Sinalização de segurança contra incêndios e pânico. Parte 2: Símbolos e suas formas, dimensões e cores.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

BRASIL, Lei que regulamenta o direito à informação em produtos alimentares produzidos a partir de organismos geneticamente modificados (Lei nº 4.680/03). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

BRASIL, Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Projeto de alteração da Lei 11.105/05 (Projeto de Lei nº 4.148/08). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FA02F5BBAD2FA100E8399D82DCF56572.proposicoesWeb2?codteor=605180&filename=PL+4148/2008>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS RURAIS, Transgênicos estão a 20 anos em nossas mesas. Disponível em: <http://www.deser.org.br/noticias_print.asp?id=653>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

DERANI, Cristiane. (Org.). Transgênicos no Brasil e biossegurança. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto, Os Alimentos Geneticamente Modificados e o Direito do Consumidor à Informação: Uma Questão de Cidadania. In: BINSFELD, Pedro Canisio. (Org.). Biossegurança em biotecnologia. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentários pelos autores do anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1v.

LEITE, Marcelo. Os alimentos transgênicos. São Paulo: Publifolha, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Portaria nº 2.685 de 22 de dezembro de 2003. Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1e3d43804ac0319e9644bfa337abae9d/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 30 de agosto de 2015.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

VENDÔMOUS, Joël Spiroux de; ROULLIER, François; CELLIER, Dominique, SÉRALI-NI Gilles-Eric. A Comparison of the Effects of Three GM Corn Varieties on Mammalian Health. *Int J Biol Sci* 2009; 5(7):706-726. doi:10.7150/ijbs.5.706. Disponível em: <<http://www.ijbs.com/v05p0706.htm>>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.




UNICEUB
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

ISBN 978-85-61900-53-4

