

A AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA DO RECURSO À *SOFT LAW* SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE SELF REGULATION OF ADVERTISING IN BRAZIL AND THE EXPERIENCE OF USING *SOFT LAW* UNDER THE VIEW OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Edson Mitsuo Tiujo

Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná.
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor Adjunto na Universidade Estadual de Maringá. Advogado no Estado do Paraná.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8112-8246> E-mail: edsonmitsuo@yahoo.com.br

Resumo: No Brasil, o controle da publicidade é feito, principiologicamente, por meio da Lei nº 8.078/1990 e, fundamentalmente, por meio do Código de Autorregulamentação Publicitária. Objetiva-se apresentar as características deste arranjo, cuja aceitabilidade se institucionalizou no mercado, em virtude do contexto histórico em que surgiu. A atuação cooperativa dos agentes econômicos contribuiu para a consolidação da autorregulamentação no ambiente institucional. Apoiado no método hipotético-dedutivo, propõe-se que esse código de conduta seja tomado como *soft law*. Apto a funcionar como um indutor de conduta, desprovido de sanção, mas propenso a contribuir para um mercado mais ético e a influenciar a eficiência das decisões administrativas e judiciais. Um julgado do TJRS, sobre a publicidade comparativa de preços, foi utilizado para comprovar a premissa dedutiva adotada na pesquisa.

Palavras-chave: *Soft Law*. Regulação publicitária. Nova Economia Institucional. Cooperação. Eficiência.

Abstract: In Brazil, advertising is controlled primarily through the Law n. 8.078/1990 and, fundamentally, through the Brazilian Advertising Self-Regulation Code. The objective is to present the characteristics of this arrangement, whose acceptability was institutionalized in the market, due to the historical context in which it arose. The cooperative action of the economic agents contributed to the consolidation of self-regulation in this institutional environment. Based on the hypothetical-deductive method, it is proposed that this code of conduct be taken as *soft law*. Able to function as a conduct-inducer, devoid of sanction, yet likely to contribute to a more ethical market and to influence the efficiency of administrative and judicial decisions. A ruling by the Rio Grande do Sul Court of Justice on comparative price advertising was used to prove the deductive premise adopted in the research.

Keywords: Soft law. Advertising Regulation. New Institutional Economics. Cooperation. Efficiency.

Sumário: Introdução – **1** O sistema privado de controle da publicidade sob a ótica da Nova Economia Institucional (NEI): o fundamento para a maciça adesão corporativa e social – **2** A *soft law* publicitária: da cooperação à reputação – **3** As vantagens da *soft law* publicitária sob a ótica da Análise Econômica do Direito – **4** O recurso à *soft law* para decisão judicial de questão relativa à publicidade comparativa de preços: uma análise de caso – Conclusão – Referências

Introdução

O artigo tem como tema o estudo acerca da autorregulamentação do mercado publicitário brasileiro, por meio do uso de instrumentos de *soft law*. A ideia do artigo consiste em esclarecer as noções de autorregulação e *soft law*, as quais podem, à primeira vista, provocar confusões. Para tanto, toma-se, como exemplo, a experiência da *soft law* na autorregulação publicitária brasileira.

O objetivo da pesquisa consiste em analisar a aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), na condição de *soft law*, bem como as decisões do seu Conselho de Ética, sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). Para tanto, recorrer-se-á às teorias e diversas ferramentas da juseconomia, como a abordagem da Nova Economia Institucional (NEI) e da Cooperação e os elementos da racionalidade limitada, dos custos de transação e da eficiência.

O artigo será dividido em quatro partes. O primeiro tópico se destina a expor sobre o sistema misto de controle da publicidade no Brasil, enfocando precipuamente o funcionamento do sistema privado. Com base em pressupostos da NEI, nesse primeiro tópico, buscaram-se justificar as razões da ampla aceitabilidade e respeitabilidade pelos agentes econômicos e pela sociedade em geral às normas autorreguladoras do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar).

O segundo tópico dedica-se à pesquisa da *soft law*, tendo como base a experiência da autorregulamentação publicitária brasileira. O intuito é demonstrar o funcionamento da *soft law*, sem a pretensão de formatá-la. Com recurso à teoria da Cooperação, de Robert Axelrod, demonstrar-se-á como a *soft law* publicitária vingou no mercado publicitário brasileiro, levando seus associados ao cumprimento espontâneo das normas do Conar, mesmo diante da ausência de mecanismos de coercibilidade.

O terceiro tópico reserva-se a perquirir sobre as vantagens da *soft law* e, assim o faz, com fundamento na AED. Com base nesse instrumental teórico, o tópico expõe como se pode corrigir os dois problemas da regulação pública, a informação e a adesão. Complementarmente, pretende-se demonstrar ainda, como é viável, por meio da *soft law*, aumentar a eficiência das decisões judiciais e reduzir os custos do Judiciário.

O quarto tópico destina-se a relatar a análise de um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). O caso envolve um conflito estabelecido entre duas redes de supermercado, em que uma delas utilizou-se da prática de publicidade comparativa de preços. O caso foi julgado com fundamento na *soft law* publicitária. A partir da análise dos fundamentos da decisão, o artigo se propôs a verificar e comprovar a eficiência do julgamento.

A pesquisa adota o método hipotético dedutivo, partindo da premissa de que, no Brasil, a autorregulamentação publicitária se institucionalizou a partir do contexto histórico e político em que surgiu. Desde então esse formato de regulação se desenvolveu no mercado publicitário, adquirindo aceitabilidade e respeitabilidade dos agentes econômicos, por meio da cooperação. As conquistas da autorregulação, no entanto, não se limitam apenas ao mercado publicitário, podendo igualmente se expandir para outros mercados. Este artigo tem por finalidade indicar *insights* a outros setores e mercados que podem se valer da *soft law* para regular suas respectivas atividades.

1 O sistema privado de controle da publicidade sob a ótica da Nova Economia Institucional (NEI): o fundamento para a maciça adesão corporativa e social

O controle da publicidade no Brasil é realizado por meio de sistema misto,¹ englobando a autorregulação elaborada pelos próprios agentes econômicos envolvidos na atividade, além da regulação pública exercida de forma complementar pelo Estado, notadamente, após o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990.

O artigo tem por objetivo precípuo realizar o estudo do sistema privado de controle da publicidade. Esse controle, no Brasil, é exercido pelo Conar, formado pela associação de diversos agentes econômicos que atuam nesse ramo de atividade,² além de entidades de defesa do consumidor.

¹ O artigo parte do pressuposto já consagrado do reconhecimento do sistema misto de controle da publicidade. Há, no entanto, corrente negadora da existência da regulação mista, como a exposta por Adalberto Pasqualotto. Segundo o autor, as normas do Conar são de caráter inteiramente privado e, como tal, não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. E complementa, o aparecimento da regulamentação estatal substituiu o espaço antes deixado livre à autonomia privada. E, por último, finaliza, o estatuto do Conar é contratual e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria (PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69).

² O Conar foi constituído em 1980, por intermédio de outras associações privadas, como: ABAP (Associação Brasileira de Agências de Propaganda), ABA (Associação Brasileira de Anunciantes), ABERT (Associação

A autorregulação publicitária é exercida principalmente pela aplicação do CBAP, cuja primeira edição é de 1978. Sua aplicação é feita a todos os envolvidos na atividade publicitária, seja como elaborador (agências de publicidade e propaganda) ou tomador do serviço (fornecedor). O Conar regula a atividade publicitária, não apenas controlando a publicidade por meio do seu código de conduta, mas também pelas decisões proferidas pelo seu Conselho de Ética em relação aos conflitos oriundos da prática publicitária.³

O objetivo da autorregulação publicitária não é apenas o de promover a defesa do consumidor, mas também a proteção da concorrência entre os próprios fornecedores, regrido, assim, a própria atividade econômica.

Adalberto Pasqualotto⁴ define a publicidade como um subproduto da sociedade capitalista. Portanto, o âmbito de incidência do CBAP e do próprio Conar é mais amplo que o das normas sobre oferta e publicidade constantes do CDC. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho⁵ explica que o objetivo da autorregulação publicitária é evitar o comprometimento da credibilidade e eficiência da atividade publicitária, preservando o seu extraordinário potencial econômico. De fato, não se pode conceber uma sociedade capitalista sem o recurso à publicidade.

O grande diferencial dessa forma diferenciada de regulação, no entanto, diz respeito às suas normas de caráter não vinculativo e não imperativo, tornando sua aplicabilidade uma opção para os veículos de publicidade e seu cumprimento dependente da espontaneidade dos agentes econômicos. Dadas essas características, a percepção que se tem ao se referir ao CBAP é que de autorregulação não se trata, mas sim de *soft law*. Dogmaticamente, a diferença é muito tênue, mas ela existe⁶ e será explicada no próximo tópico. O presente artigo não se preocupará

Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), ANJ (Associação Nacional de Jornais), ANER (Associação Nacional de Editores de Revistas) e Central de *Outdoors*.

³ O Regimento Interno do Conar, a partir do seu art. 15, estabelece o procedimento deliberativo do Conselho de Ética para solução dos conflitos envolvendo a publicidade de produtos e serviços. O processo contencioso pode-se iniciar por denúncia (requerimento realizado por autoridade pública), queixa (requerimento realizado pelos consumidores) ou reclamação (requerimento realizado por um membro associado ou pelo serviço de monitoria permanente). O procedimento prevê, ainda, a possibilidade de deferimento de medida liminar para suspender a veiculação de anúncio suspeito. Por último, a decisão do Conar prevê, como medidas sancionatórias, as seguintes: a advertência, a alteração da peça publicitária, a sustação da veiculação da peça publicitária e a divulgação pública da reprovação pelo Conar.

⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 239.

⁶ João Manoel de Lima Júnior explica que a autorregulação não se confunde com a *soft law*. A autorregulação consiste em criação de regras, fiscalização e aplicação de penalidades por pessoas naturais ou instituições constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, com variados níveis de envolvimento do Estado no estabelecimento do arranjo institucional. Por outro lado, a *soft law* consiste em criação de regras e princípios de conduta voluntariamente adotados por instituições privadas, de modo que seu cumprimento não pode ser imposto ao profissional ou à instituição privada contra a sua vontade. A *soft law*,

em tecer as distinções de forma aprofundada, haja vista que o foco principal diz respeito ao modo de regular a atividade publicitária, no caso, ambas feitas no âmbito privado.⁷

Não obstante, seja como autorregulação, seja como *soft law*, o fato é que o CBAP obteve e ainda obtém uma grande aceitabilidade e respeitabilidade dos agentes envolvidos e do público em geral, merecendo, também, elogios por parte da doutrina. Para Fábio Ulhoa Coelho,⁸ “a autorregulação publicitária é a mais interessante experiência de disciplina da atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos”.

Mas o que justificou essa grande adesão e respeitabilidade ao código de conduta do Conar? Por que os agentes econômicos, mesmo cientes da não vinculatividade e não imperatividade das determinações (regras e decisões) do Conar, cumprem-nas? A resposta a essa questão pode ser dada com base na abordagem da NEI,⁹ especificamente, no marco da mudança institucional.¹⁰

Segundo a NEI, a instituição informal tem maior probabilidade de produzir resultados mais eficientes, na medida em que se desenvolve paulatinamente no meio social e, por isso, pode, posteriormente, dar legitimidade e sustentação para a instituição formal.¹¹ Assim, o CBAP, como instituição informal que é, por si só, tem maior probabilidade de aderência ao ambiente institucional. Contudo, reputa-se

portanto, assemelhar-se-ia mais com as regras éticas ou de trato social do que com as regras jurídicas. Nesse sentido, a autorregulação teria um grau de coercibilidade maior e o seu descumprimento daria ensejo à aplicação de penalidades privadas ou mesmo públicas, dependendo do arranjo regulatório adotado (LIMA JUNIOR, João Manoel de. *Autorregulação: regime jurídico*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 51-60).

⁷ Embora a autorregulação seja uma forma de regular predominantemente privada, com níveis de intervenção estatal variados, a *soft law* não o é. Aliás, instrumentos *soft* têm origem no direito público, notadamente, no direito internacional. Sobre o tema, Eric Posner dedicou um artigo completo e exaustivo que se recomenda a leitura (cf. POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. *Soft law. Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, 2008).

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

⁹ A NEI tem, como seus principais expoentes, Ronald Harry Coase e Douglas Cecil North. Esse instrumental teórico debruça-se, principalmente, sobre os pressupostos da centralidade das instituições, do papel dos custos de transação e a racionalidade limitada dos agentes econômicos, relegando, por outro lado, os pressupostos neoclássicos da racionalidade instrumental e da eficiência como critério exclusivo de aferição de resultados.

¹⁰ Na nomenclatura dos adeptos da NEI, as instituições consistem em estruturas de incentivos que influenciam a tomada de decisões dos agentes econômicos. Essas instituições podem ser de dois tipos: as regras formais (constituições e leis) e, também, as normas informais (códigos de conduta, usos e costumes). Segundo Vinicius Klein e Rafaella Krazinski, com base em Douglas Cecil North, aquelas são as regras que passaram por um procedimento político, sendo formalizadas e impostas por um determinado agente público com poder de coerção. Estas, por sua vez, são regras que se assemelham a códigos de conduta e surgem no seio da própria sociedade, sendo fruto da interação dos agentes privados que também são os responsáveis pela sua manutenção (KLEIN, Vinicius; KRAZINSKI, Rafaella. Instituições e mudança institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. *Análise econômica do direito*. Curitiba: CRV, 2016. p. 160).

¹¹ NORTH, Douglass Cecil. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010. p. 27.

sua ampla aceitabilidade também a outro fator, qual seja, o contexto político em que ele surgiu, de oposição à restrição da liberdade de expressão.

No âmbito da NEI, uma regra para se caracterizar como instituição deve trazer certeza ao ambiente. A partir do momento em que a regra atinge esse intuito, ela tende a adquirir estabilidade. Tendo estabilidade, a regra tem potencialidade para gerar eficiência ao ambiente institucional.¹² Ocorre que a estabilidade de uma regra nem sempre garante a eficiência dos resultados obtidos, notadamente, por não reduzir as incertezas, ocasião em que mudanças são desejáveis.¹³

Essa construção teórica da NEI, acredita-se, compatibiliza-se com a maciça adesão corporativa e social à autorregulação publicitária. Embora a restrição da liberdade de expressão tenha perdurado por alguns anos – regra estável –, por imposição do governo vigente à época, a regra não se confirmou como instituição, justamente por ostentar características afastadas da noção de certeza no ambiente, por conflitar com as instituições relacionadas à liberdade de expressão. A mudança, portanto, fez-se necessária.

Desta forma, aproveitando-se da transição entre um governo limitador da liberdade para um regime democrático é que, ao final da década de setenta do século XX, surgiu o Conar e, por consequência, o seu CBAP. Institucionalizou-se, assim, o combate à censura e celebrou-se a liberdade de expressão. A mudança, sem dúvida, promoveu impactos para além dos objetivos do mercado publicitário que clamava pela liberdade de expressão econômica.

Como instrumento fundamental para o mercado, a publicidade está na engrenagem da economia. Não é possível dissociar a história da publicidade do desenvolvimento econômico.¹⁴ Esse binômio é indissolúvel.¹⁵ A publicidade, no entanto, causa efeitos perversos, mormente, porque técnicas atraentes podem ser enganosas ou, no mínimo, fantasiosas. Não se poderia, portanto, deixar-se à total liberdade dos agentes econômicos a atividade publicitária, daí porque seus idealizadores convenceram as autoridades federais de que a autorregulação era

¹² Segundo Rachel Sztajn e Basília Aguirre, três visões básicas explicam as instituições: a) são produto da ação deliberada na busca da eficiência; b) existem, principalmente, para reduzir a incerteza nas relações sociais; e c) desempenham importante papel no que se refere à redução do conflito potencial existente na maioria das relações sociais (SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. *Mudanças institucionais*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 236).

¹³ SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. *Mudanças institucionais*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 239.

¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

mais eficiente do que a censura prévia.¹⁶ A ideia foi abraçada por agências, anunciantes, veículos de comunicação e o público em geral, institucionalizando, assim, o CBAP que exerce até os dias atuais um protagonismo no controle da publicidade.

2 A *soft law* publicitária: da cooperação à reputação

O sistema privado do controle da publicidade no Brasil é fundado, precipuamente, no CBAP. O referido código de conduta foi elaborado no âmbito de associações privadas, constituídas por agentes econômicos que atuam na atividade publicitária, bem como por entidades de proteção ao consumidor. Por não ser dotado de vinculatividade e por depender da espontaneidade dos agentes econômicos, julga-se que o CBAP se aproxima tecnicamente mais da *soft law* do que da autorregulação. A rigor, a ausência da obrigatoriedade (*enforcement*) das diretrizes do CBAP retiraria dele até mesmo o *status* de instrumento regulatório. Isso porque, como explica Vital Moreira,¹⁷ a autorregulação é uma forma de regulação, uma espécie do gênero regulação. Como tal, a autorregulação não seria menos artificial¹⁸ do que a regulação pública.¹⁹ Da mesma forma, aliás, “ela implica a formulação de normas e a sua implementação, de modo a influenciar, condicionar, proibir ou constranger a atividade dos agentes econômicos”,²⁰ dependendo, para tanto, de certo grau de coercibilidade. A distinção técnica, no entanto, não é significativa para o trabalho, mas, desde já, justifica-se que o artigo partirá do pressuposto do reconhecimento do código como norma branda (*soft law*).

Tomando-se a atividade publicitária como exemplo, o presente tópico exporá sobre a *soft law*, sua incidência e aplicabilidade. Ao final, demonstrará como esse formato de regulação privada²¹ adquiriu efetividade, mesmo diante de seu caráter não impositivo.

¹⁶ CONTRA a censura na publicidade. *Conar*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 28 jul. 2019.

¹⁷ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 52.

¹⁸ A expressão “artificial” é utilizada, pelo autor, em oposição à regulação “natural”. Para Vital Moreira, o paradigma do primeiro conceito de autorregulação econômica é o da regulação natural, por meio da livre concorrência, prescindindo de qualquer norma exterior, ou seja, de ausência de regulação. Neste contexto, a autorregulação apontava para o sentido do autoequilíbrio dos mecanismos econômicos. É, nesse sentido, que Adam Smith se referia à “mão invisível” do mercado como instância reguladora da economia (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 53).

¹⁹ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 53.

²⁰ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 53.

²¹ A expressão é de Bruno Dário Werneck. Para o autor, a expressão é a mais coerente, pois a produção de normas e sua aplicação são feitas por um ente privado para a orientação da conduta de outros privados (WERNECK, Bruno Dário. *A autorregulação da atividade econômica no Brasil*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 607).

A noção de *soft law* é polissêmica. Aliás, não poderia ser diferente. A busca por sua natureza, classificação ou formatação não se coaduna com a funcionalidade que se lhe pretende empreender. Todavia, é certo que sua importância tem se expandido cada vez mais, a ponto de Eric Posner²² mencionar que a constituição (inicial minúscula) de normas não escritas é tão importante quanto a Constituição (inicial maiúscula) escrita e desenvolvida judicialmente.

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud²³ conceitua a *soft law* como instrumentos escritos não obrigatórios, elaborados por comissões e organismos não estatais,²⁴ cuja aplicação à relação (contratual, processual arbitral, negocial etc.) é condicionada à vontade das partes. Essas ferramentas visam a orientar a prática de atos (contratos, processos, negócios etc.) nos espaços deixados pelas leis estatais e, dessa forma, têm o condão de influenciar não apenas o comportamento dos destinatários (público em geral), mas também dos próprios órgãos públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário),²⁵ da mesma forma como o fazem aquelas.²⁶

Assim, na medida em que as partes envolvidas nas relações não encontrem solução aos seus anseios nos limites do quadro institucional vigente, a aplicação da *soft law* pode provocar mudanças no ambiente institucional.²⁷ E foi exatamente isso o que aconteceu com o advento do CBAP. Ou seja, mesmo antes do advento da regulação pública da publicidade pelo CDC, a autorregulação já se institucionalizara no mercado publicitário, precisamente, pelos motivos expostos no tópico anterior. A partir de então, cada vez mais se ampliou a sua aceitação, sendo preferível esse formato às suas alternativas opostas, como as normas jurídicas estatais vinculantes (*hard law*) ou a absoluta ausência de qualquer regra (*no law*).

²² POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. *Soft law. Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, 2008. p. 2.

²³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

²⁴ A fonte institucional da *soft law* também não é elemento distintivo da sua definição, na medida em que a norma branda também pode ser proveniente do poder público estatal ou de organização internacional, como acontece no direito internacional.

²⁵ POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. *Soft law. Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, 2008. p. 1.

²⁶ Funcionalmente, a regulação pública no domínio econômico pode influenciar o comportamento dos agentes econômicos de duas formas: a) por direção: exercendo pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; e b) por indução (*nudge*): manipulando os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, adotando técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas (COSTA, Mário Luiz Oliveira da. *Regulação e autorregulação*. In: NUSDEO, Fábio. *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 185).

²⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

Sem o intuito de pretender estabelecer critérios delimitadores, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud,²⁸ citando Alan Boyle, propõe três sentidos para a *soft law*: a) o primeiro, refere-se a instrumentos que, por sua própria forma legal, fonte ou modo de produção, têm caráter não vinculante, ou seja, o próprio instrumento é *soft*, independentemente do teor de suas regras; b) o segundo, tem por critério distintivo o seu conteúdo, o caráter mais ou menos construtivo de suas normas, caracterizadas por disposições amplas e abstratas; e c) o terceiro, refere-se a regras cujo cumprimento não é passível de ser imposto por mecanismos vinculantes ou compulsórios de resolução de disputas, como o Judiciário ou a arbitragem, mas apenas por meios consensuais ou não vinculantes, como a conciliação, a mediação e a negociação (*soft enforcement*).

Disso decorre que a *soft law* não é produzida dentro das formalidades processuais estatais, o seu conteúdo é constituído por determinações gerais e conceitos indeterminados e a solução dos seus conflitos é feita apenas por meios consensuais. *Mutatis mutandis* ao que se estabelece sobre a autorregulação, a *soft law*, contrariamente à *hard law*, é marcada pela consensualidade (em oposição à hierarquia), colaboração (em oposição ao comando) e flexibilidade (em oposição ao conflito).²⁹

Como é de conhecimento comum no direito rígido, o grau de respeitabilidade da *hard law* está intimamente relacionado à eficácia dos seus mecanismos de efetivação (*enforcement*). Em relação à *soft law*, por sua vez, o seu grau de respeitabilidade, pensa-se, está relacionado ao seu grau de institucionalização³⁰ no meio social. Dependendo disso, o cumprimento da *soft law*, notadamente, nas atividades econômicas e empresariais, ganha em importância, na medida em que o seu descumprimento passa a afetar a reputação dos infratores.

Outro importante ponto de discussão para a pesquisa diz respeito à natureza do Conar e do CBAP. Alguns autores^{31 32} defendem a sua natureza contratual. De outro modo, pensa-se que a sua natureza não seja essencialmente essa, mas sim associativa. Embora possa parecer sem significância, a distinção é importante. A prevalecer o entendimento da natureza contratual, as normas do Conar não poderiam ter caráter *soft*, já que o contrato, dependendo do arranjo entabulado, pode se apresentar com mecanismos de efetivação (*enforcement*) rígidos. De outra

²⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10-11.

²⁹ LIMA JUNIOR, João Manoel de. *Autorregulação: regime jurídico*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 58.

³⁰ A expressão é utilizada no sentido atribuído pela abordagem da NEI.

³¹ Cf. MARTINEZ, Sergio Rodrigo. Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 42, p. 196-221, abr./jun. 2002. p. 205.

³² Cf. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

forma, é a sua natureza associativa que lhe confere o caráter *soft*, na medida em que é permitido ao agente se aderir ou se excluir a qualquer tempo (art. 5º, XVII da Constituição da República de 1988), sem a incidência de mecanismos rígidos de efetivação. Essa liberdade associativa é que confere aos agentes econômicos a autonomia para cumprir ou não a *soft law* publicitária.

De toda sorte, seja de natureza associativa ou contratual, como a vinculação dos agentes econômicos se faz por adesão ao contrato ou à associação, entende-se que a ferramenta da cooperação pode ser utilizada como recurso, a fim de estimular os agentes econômicos ao cumprimento da *soft law* publicitária.

Tomando como marco teórico a obra *A evolução da cooperação*, de Robert Axelrod, é possível constatar que, no mercado publicitário em particular, os agentes econômicos cooperam para não perder em confiança e reputação. Em sua obra, Robert Axelrod³³ propõe três recomendações para promover a cooperação mútua: a) aumentar a importância do futuro em relação ao presente; b) alterar as recompensas dos jogadores levando-se em consideração os resultados possíveis do jogo; e c) ensinar aos jogadores valores e práticas que irão promover a cooperação.

Como se sabe, o mercado publicitário é extremamente acirrado e competitivo na captação de clientes consumidores. Nele convivem simultaneamente as agências publicitárias e os fornecedores do mesmo ramo de atividade. A interação concorrencial pelo mesmo objeto e com os mesmos objetivos é frequente. A busca pelo lucro é incessante e a imaginação publicitária não tem limites. Por isso, vale a pena cooperar, aumentando-se a importância do futuro em relação ao presente.

A cooperação, nesse caso, é uma forma de se autoprotger. Como se sabe, a tônica da publicidade, para além de evidenciar o fornecedor e seu produto, consiste em comparar-se com o seu concorrente. Desse modo, a partir do momento em que os agentes econômicos aderem ao Conar, a interação com seus concorrentes será contínua e frequente, induzindo a potenciais comportamentos colaborativos. E, nesse sentido, sendo a adesão voluntária, como de fato o é, os agentes econômicos terão interesse no cumprimento da *soft law* publicitária, notadamente, pela busca de um mercado publicitário mais ético. Um mercado com essa qualidade, por sua vez, exige dos seus participantes a consideração e a reciprocidade, que também fazem parte da cooperação.

Além disso, a cooperação entre os agentes econômicos tende a aumentar ainda mais, diante de uma autorregulamentação publicitária institucionalizada.

³³ AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010. p. 205.

Na medida em que os agentes econômicos aumentam a importância do futuro cumprindo a *soft law* publicitária, mais a autorregulamentação se institucionaliza, ganhando em credibilidade e confiabilidade. Nesse ponto, inclui-se outra recomendação de Robert Axelrod³⁴ para aumentar a cooperação, qual seja, a alteração das recompensas.

O CBAP prevê, em seu Regimento, quatro medidas sancionatórias aos seus associados: a) a advertência; b) a alteração da peça publicitária; c) a sustação da veiculação da peça publicitária; e d) a divulgação pública da reprovação pelo Conar. Esta última medida sancionatória será aplicada em caso de não cumprimento voluntário das demais. Levando-se em consideração a baixa incidência de aplicação dessa medida, é possível constatar que as recomendações do Conar têm sido acatadas espontaneamente pelos seus associados.

Isso demonstra a preocupação dos agentes econômicos em cumprir com a *soft law* publicitária, mesmo diante da ausência de coercibilidade. A efetividade do Conar, explica Sérgio Rodrigo Martinez,³⁵ “reside na força moral de sua sanção ética de desagravo público que, imposta à atuação de uma agência de publicidade, eficientemente pode implicar o descrédito desta empresa perante seus clientes e perante todo o meio publicitário”. Ademais, acrescenta Ester Evangelista da Costa,³⁶ o não cumprimento das normas do Conar significa o afastamento definitivo ou a marginalização do infrator do ramo publicitário, que luta pela não maculação de sua imagem idônea.

O recurso à *soft law*, portanto, pode ter fundamental importância para o ambiente institucional. Particularmente em relação ao mercado publicitário, a obediência à ética na publicidade não se restringe apenas às agências de publicidade e os demais profissionais de criação, fazendo-se espalhar, também, ao empresário anunciante e demais destinatários da mensagem publicitária. Enfim, como diz Fábio Ulhoa Coelho,³⁷ “as associações de publicidade, de anunciantes e de veículos cabe exercer sua liderança entre os respectivos associados, motivando-os ao permanente respeito às disposições do Conar”.

³⁴ AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010. p. 125.

³⁵ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 42, p. 196-221, abr./jun. 2002. p. 206.

³⁶ COSTA, Ester Evangelista da. *O consumidor e a publicidade no direito brasileiro*. São Paulo: PUC, 1993. p. 158.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42.

3 As vantagens da *soft law* publicitária sob a ótica da Análise Econômica do Direito

De fato, o contexto histórico e político em que surgiu o Conar e seu CBAP contribuiu grandemente para a institucionalização da *soft law* publicitária. De toda sorte, é certo também que novas formas de regulação, não centralizadas no poder público estatal, têm se tornado uma tendência mundial. Como diz André Saddy,³⁸ independentemente do instrumento, público ou privado, fato é que eles têm buscado a mesma finalidade: o bom funcionamento do mercado e, conseqüentemente, a proteção dos agentes econômicos e dos consumidores.

Assim, a partir dos estudos dos pressupostos da AED, pode-se constatar que a *soft law* pode apresentar vantagens significativas em relação à *hard law*. Evidentemente, não se quer com isso dizer que a regulação seja prescindível, mediante a atuação pura da “mão invisível” ou da política do *laissez faire laissez passer*. Definitivamente, não. Ambos os instrumentos, público e privado, devem se influenciar reciprocamente, visando mais ao resultado que se pretende obter do que à sua forma.³⁹

Como já se disse acima, o instrumental da NEI, além de centralizar nas instituições, tem seu foco também no papel dos custos de transação e na racionalidade limitada dos agentes econômicos, sem descurar ainda do elemento da eficiência.

Levando-se em consideração a experiência da autorregulação publicitária, é possível constatar que a *soft law*, nesse caso, resolveu os dois problemas da regulação pública apontados por José Vicente Santos de Mendonça.⁴⁰ Segundo o referido autor, esses problemas são a informação e a adesão.

O problema da adesão indica que o regulador necessita contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação. Nesse sentido, diz José Vicente Santos de Mendonça,⁴¹ “um regulamento radicalmente contestado pelo mercado é, potencialmente, um regulamento inefetivo”. A questão da adesão, no entanto, já foi tratada no tópico anterior, sendo alcançada pela institucionalização da autorregulação publicitária, mediante o recurso da cooperação.

³⁸ SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 2.

³⁹ SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 2.

⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 359-60.

⁴¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 359-60.

O problema da informação significa que o poder público não possui domínio epistêmico total sobre a realidade. A informação é sempre mais complexa do que qualquer tentativa de instrumentalização. Esse problema persiste não apenas no caso de excesso, mas também de escassez de informação. Um regulador inteiramente informado é um regulador poderoso demais. Já um regulador com pouco acesso a informação relevante é problemático, pois é fonte de erros que acabam sendo repassados para toda a sociedade.⁴²

Nesse sentido, explica Fábio Ulhoa Coelho,⁴³ o Conar possui membros de diferentes profissões e não apenas com formação jurídica, o que permite valorações concretas acerca dos efeitos da publicidade sobre o público. A contribuição dada por múltiplos enfoques profissionais permite indiscutivelmente à *soft law* publicitária servir, de forma mais consentânea, como modelo para a aplicação das normas jurídicas pertinentes à complexa problemática da publicidade.⁴⁴

A experiência da autorregulação publicitária mostrou, portanto, que a *soft law* pode amenizar o problema da racionalidade limitada do regulador público, reduzindo, assim, a assimetria informacional. A *soft law* pode resultar em arranjos institucionais com mais qualidade, aumentando a eficiência na solução dos conflitos e, conseqüentemente, reduzindo os custos do Legislativo e do Judiciário.

Fundado em 1978, o Conselho de Ética do Conar, até o ano de 2018, havia julgado 9.843 (nove mil, oitocentos e quarenta e três) casos, sendo mais de 240 (duzentos e quarenta) processos por ano.⁴⁵ A quantidade é bastante considerável e demonstra a elevada eficiência dessa via. Não se sabe ao certo o quanto isso representa se comparado à quantidade de processos judiciais sobre o mesmo tema perante os órgãos judiciais. De toda sorte, comparativamente ao que caracteriza a tramitação das ações na via judicial, é possível extrair duas constatações.

Em primeiro lugar, o objeto das questões julgadas pelo Conselho de Ética do Conar, normalmente, não se assemelha às julgadas na via judicial. As questões discutidas perante o Conar se referem, predominantemente, às questões éticas publicitárias. Já as demandas da via judicial se referem às pretensões consumeristas, notadamente, quanto ao cumprimento forçado de determinadas ofertas. Isso significa que, se não fossem julgadas no âmbito do Conar, possivelmente, essas mesmas questões éticas deveriam ser resolvidas no âmbito judicial. Essa constatação comprova o ganho em eficiência da *soft law*, bem como a redução de custos para o Judiciário.

⁴² MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 359-60.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 242.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 242.

⁴⁵ ESTATÍSTICAS. *Conar*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Em segundo lugar, a maioria das ações judiciais é atraída em virtude da viabilidade de uma atuação oportunista. Os consumidores, na via judicial, muitas vezes, são atraídos pela possibilidade de requerimento de reparação por danos morais e, outras vezes, pela possibilidade de exigir o cumprimento forçado de uma oferta/publicidade erroneamente feita.

Essa condição, no entanto, não significa desvantagem da autorregulamentação publicitária, mas sim uma falha da própria regulação pública. Isso porque, ações cujo objeto seja a discussão da enganiosidade ou abusividade de uma publicidade, dificilmente, causarão prejuízos patrimoniais ou danos morais ao consumidor. As ações, normalmente, são propostas perante juizados de pequenas causas e, nesse contexto, vale a pena demandar, pois o consumidor nada tem a perder.⁴⁶ Decisões em casos como esses, explica Marcia Carla Pereira Ribeiro,⁴⁷ têm o condão de incentivar o comportamento oportunista das partes que sairão em posição de vantagem na relação, trazendo como consequência a sobreutilização indevida do Poder Judiciário, com demandas que buscam decisões economicamente ineficientes.

4 O recurso à *soft law* para decisão judicial de questão relativa à publicidade comparativa de preços: uma análise de caso

Como já se expôs no tópico anterior, a *soft law* pode auxiliar, de modo primordial ou complementar, a regulação pública, aqui se referindo não apenas ao conjunto de leis estatais, mas também ao Judiciário com suas decisões. Em termos de eficiência, a *soft law* tem o condão não apenas de desafogar demandas perante o Judiciário, reduzindo seus custos, como também auxiliá-lo na justiça de

⁴⁶ Segundo Ivo Teixeira Gico Junior, a ausência de custos financeiros processuais, por meio da assistência judiciária gratuita, é fator que pode acarretar consequências contrárias não intencionais. Em pesquisa sobre o assunto, o autor chegou às seguintes conclusões sobre esse benefício: (a) o consumidor sempre pleiteará a gratuidade da justiça, mesmo quando tiver a certeza de que não é merecedor do benefício, pois não existe qualquer consequência para o indeferimento do requerimento; (b) a condição de gratuidade no cenário jurídico atual depende de simples autodeclararão, sendo o custo do requerimento próximo de zero, acarretando o seu atendimento em qualquer caso; e (c) o benefício alcançado com a gratuidade da justiça é imperceptível no ajuizamento da ação, mas tão somente em caso de sucumbência, preferindo o consumidor incorrer apenas nos custos de ajuizamento, o que consequentemente estimula ações frívolas e temerárias (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014. p. 173-177).

⁴⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. Eficiência e Justiça. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGOS, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016. p. 168.

suas decisões. Para tanto, a *soft law* pode contribuir para a eficiência do Judiciário, conferindo-lhe maior estabilidade no sentido de não estar submetido a mudanças frequentes e ser aplicado de forma coerente e com maior previsibilidade no que se refere à aplicação do direito.⁴⁸

Particularmente, em relação à aplicabilidade da *soft law* publicitária, explica Fábio Ulhoa Coelho,⁴⁹ o juiz pode aproveitar-se da experiência desenvolvida pelo Conar, servindo os seus julgados de valiosos subsídios à liberação da prestação jurisdicional, contribuindo, assim, para a melhor eficiência das decisões.

Para exemplificar o recurso à *soft law* em decisão judicial, cita-se o julgamento realizado pelo TJRS, no recurso de apelação⁵⁰ oriundo da ação de obrigação de não fazer e reparação por danos morais, que Unidasul Distribuidora Alimentícia S.A. (autora) promoveu contra Dia Brasil Sociedade Limitada (ré).

A questão envolve a caracterização de ato de concorrência desleal, consistente em publicidade comparativa de preços realizada unilateralmente pela ré, que

⁴⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. Eficiência e Justiça. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGOS, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016. p. 242.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 242.

⁵⁰ “APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, INTELECTUAL E AUTORAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. PROPAGANDA COMPARATIVA. EXCESSO. PRÁTICA MALICIOSA E ILÍCITA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1) [...]. 2) A publicidade comparativa pode ser definida como método ou técnica de confronto empregado para enaltecer as qualidades ou o preço de produtos ou serviços anunciados em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente, com o objetivo de diminuir o poder de atração da concorrência frente ao público consumidor. A despeito da ausência de abordagem legal específica acerca da matéria, a publicidade comparativa é aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, desde que observadas determinadas regras e princípios concernentes ao direito do consumidor, ao direito marcário e ao direito concorrencial, sendo vedada a veiculação de propaganda comercial enganosa ou abusiva, que denigra a imagem da marca comparada, que configure concorrência desleal ou que cause confusão no consumidor. Precedentes. 3) O Código de Regulamentação Publicitária, estabelece em seu artigo 32 a prática de propaganda comparativa. Contudo, esta não pode ser realizada de forma ilícita que prejudique direito de terceiro, o que se verifica no caso em comento. A empresa demandada veiculou anúncios publicitários explícitos expondo em cartazes, conforme documentos acostados, o nome do Supermercado autor correlacionando-o com produtos e respectivos preços, fazendo comparativo com os seus preços cobrados e, ainda, apresentando cálculo e percentual de vantagem de comprar em seus estabelecimentos em detrimento dos do autor, que cobram mais caro. 4) A natureza concorrencial abusiva exsurge de modo cristalino do próprio marketing agressivo utilizado pela demandada, onde o ápice da informação é a degenerescência e o consequente desvio de clientela pela referência expressa a concorrente e vinculação ao preço mais baixo, dando a entender que a qualidade dos produtos seria a mesma, ou mesmo desimportante. 5) Da leitura do mencionado anúncio veiculado resta comprovada a violação ao art. 32 do Código de regulamentação Publicitária, bem como ao artigo 6º, inciso IV do CDC, além de violar o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Evidente que a situação vivenciada pela demandante, gerou-lhe dissabores acima da média, tratando-se, pois, de dano “in re ipsa”, de tal sorte que inquestionável o acerto na condenação indenizatória. Caracterizado o dano a imagem da instituição autora, pois associada, a partir do anúncio, a prática de preços mais caros, hipótese que fica gravada na mente dos consumidores. 6) [...]. 7) Sentença mantida por seus próprios fundamentos” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso de Apelação n. 70080248818*. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Nilton Carpes da Silva. Data do julgado 23/05/2019).

veiculou anúncios em cartazes afixados em prateleiras fazendo a comparação dos preços e produtos cobrados em seu mercado com os preços e produtos cobrados pela autora, inclusive, efetuando média matemática do gasto e estabelecendo percentual de consumo em desfavor da autora.

A insurgência da autora é no sentido de que a conduta da ré promove no consumidor a percepção de que a rede de supermercados da concorrente cobra, predominantemente, preços mais caros por seus produtos quando comparados ao da ré. Mas a estratégia comparativa poderia configurar em armadilha, pois indica o preço de apenas uma quantidade irrisória de produtos, quando comparado aos milhares de itens comercializados por uma rede de supermercados.

Numa percepção utilitarista do CDC, a decisão poderia julgar pela licitude da conduta publicitária, com base especificamente no direito à informação do consumidor, como, aliás, já decidira em caso idêntico o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR).⁵¹ Contudo, analisando a situação com base na experiência instrumentalizada no código de conduta do Conar, o TJRS reconheceu a ilicitude e ilegalidade da conduta, determinando a abstenção da referida publicidade. Dessa forma, acredita-se que o referido Tribunal foi capaz de proferir uma decisão mais consentânea com a realidade do caso.

Com base no art. 32 do CBAP,⁵² que prevê a permissibilidade da publicidade comparativa, especialmente, quando atendidas as orientações contidas nas alíneas do referido dispositivo, o TJRS pode se pronunciar de forma mais aprofundada, protegendo não apenas o consumidor efetivamente, mas também tutelando o agente econômico prejudicado pela prática ilícita. E, nesse sentido, a decisão

⁵¹ “APELAÇÃO CÍVEL. Pleito de declaração de ilegalidade da propaganda comparativa com a consequente proibição e indenização por danos morais. Não acolhimento. Livre concorrência. Artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal. Comparação de preços com apresentação de nota fiscal dos produtos contendo data e horário da realização das compras. Inocorrência de violação aos preceitos legais. Sentença mantida. Agravos retidos não conhecidos. Apelação conhecida e não provida” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Recurso de Apelação n 1.106.717-7*. 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar e Relator Convocado João Antônio de Marchi. Data do julgado 07/10/2014).

⁵² “Art. 32 (CBAP). Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f) não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.

foi também eficiente, na medida em que não propiciou a melhoria de apenas uma das partes (consumidor), mas também considerou a posição do fornecedor, diante de uma situação que contrariaria a própria *soft law* publicitária.

A decisão do TJRS, assim, encaixa-se numa situação de eficiência, pois, como explica Marcia Carla Pereira Ribeiro,⁵³ “uma decisão não pode, ao argumento de que propiciará a melhoria de uma das partes, deixar a outra em situação que contraria a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente”, adotando para tal conclusão a regulação privada.

De acordo com os fundamentos da decisão, a conduta publicitária violou diversas regras do código de ética. Em primeiro lugar, o TJRS entendeu que, a par de proteger o consumidor (art. 32, letra “a”), a publicidade veiculada, em verdade, ofendeu e desrespeitou o público consumidor. Isso, porque o fato de a ré cobrar mais barato um escasso rol de produtos enumerados nos anúncios – aproximadamente dez produtos – não significava que todos os demais milhares de produtos comercializados por uma rede de supermercados seriam presumidamente mais baratos. O rol de produtos colocados em promoção pela ré, de fato, não informou exaustivamente o consumidor, podendo, ao contrário, induzi-lo em erro, já que a relação de preços comparados é relativamente pequena. Enfim, a publicidade realizada transmitiu a falsa e generalizada percepção de que um estabelecimento comercial estaria cobrando mais caro que o outro.

Por conseguinte, a publicidade praticada pela ré denegriu a honra e a imagem da autora (art. 32, letra “f”), na medida em que se utilizou expressamente do seu nome de fantasia e a colocou em situação desprestigiada perante seus clientes consumidores. Sob outro enfoque, a prática afetou diretamente a sua renda. A publicidade comparativa, portanto, não promoveu a concorrência leal e nem mesmo o esclarecimento do consumidor, destinando-se exclusivamente à captação de clientes da demandante pela demandada.

Ademais, de acordo com a fundamentação do acórdão do TJRS, a diferenciação de preços dos produtos não se estabelece objetivamente, mas envolve outras questões, como “a qualidade dos produtos e a infraestrutura ofertada, além de outros benefícios que se incorporam ao preço (v. g. até o estacionamento ofertado aos clientes agrega valor etc.)”.⁵⁴ Esses fatores, no mercado atual, devem ser levados em consideração, na medida em que influenciam a opção do consumidor por um ou outro fornecedor. Nesse sentido, ao focar, objetivamente, na média

⁵³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. Eficiência e Justiça. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGOS, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016. p. 168.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso de Apelação n. 70080248818*. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Niwton Carpes da Silva. Data do julgado 23/05/2019. p. 8.

matemática do gasto pelo preço, a ré estaria encobertando outras vantagens que a sua concorrente (autora) poderia oferecer ao consumidor.

Por fim, a apresentação do caso isolado não tem a pretensão de conduzir a conclusões generalizadas. Contudo, em sua análise foi possível confirmar os postulados apontados na base teórica do artigo. Assim, é inegável que a *soft law* publicitária, como instituição informal, tem forte aderência com o ambiente institucional do mercado publicitário. No caso analisado, produziu resultados eficientes, não apenas na inter-relação entre os agentes que se valem da publicidade, mas também como instrumento de amparo a decisões judiciais.

Conclusão

O presente artigo apresentou a autorregulação publicitária como uma categoria assemelhada à *soft law*. O Conar e o seu CBAP, tecnicamente, disponibilizam um arcabouço técnico que se adequa à noção de norma branda.

Ainda que existam modalidades regulatórias formais no âmbito econômico e empresarial, inclusive, como tendência mundial, no mercado publicitário, em particular, a regulação privada justifica o seu sucesso a partir do contexto histórico e político em que surgiu. Como reação à censura imposta à liberdade de expressão, a *soft law* publicitária institucionalizou-se no mercado.

De toda sorte, pela cooperação e colaboração de todos os agentes envolvidos nesse mercado, com o tempo, a *soft law* publicitária foi adquirindo, cada vez mais, respeitabilidade. Essa aceitabilidade foi tamanha que o seu cumprimento pelos agentes econômicos passou a ser uma questão de preservação da reputação.

A adoção da autorregulação ou da *soft law* não significa a desregulação total. A prática comprova que é, perfeitamente, admissível a convivência entre a regulação pública e a privada. Ambas se influenciando reciprocamente. Sob a ótica da AED, a *soft law* publicitária apresentou uma série de vantagens. Resolve o problema da racionalidade limitada do regulador público, na medida em que permite a participação de profissionais de setores variados na sua elaboração. Reduz custos do Judiciário, na medida em que o Conar se mostrou como um eficiente agente de solução de conflitos. E, por último, pode influenciar a eficiência das decisões judiciais, proporcionando julgamentos mais estáveis e consentâneos com a realidade e com os melhores resultados sociais.

Por último, a decisão proferida pelo TJRS, com fundamento em *soft law* publicitária, demonstrou que a norma branda pode impactar positivamente as relações entre os agentes econômicos. A sua utilização pode servir de amparo para que o Poder Judiciário possa proferir decisões mais eficientes. Não há dúvidas de que o tempo poderá aperfeiçoar ainda mais a utilização da via da *soft law*.

Por hora, o intuito foi de provocar *insights* que possam influenciar a análise de outros mercados.

Referências

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COSTA, Ester Evangelista da. *O consumidor e a publicidade no direito brasileiro*. São Paulo: PUC, 1993.
- COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. In: NUSDEO, Fábio. *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-190.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.
- KLEIN, Vinicius; KRAZINSKI, Rafaella. Instituições e mudança institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. *Análise econômica do direito*. Curitiba: CRV, 2016.
- LIMA JUNIOR, João Manoel de. *Autorregulação: regime jurídico*. Curitiba: Juruá, 2018.
- MARTINEZ, Sergio Rodrigo. Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 42, p. 196-221, abr./jun. 2002.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- NORTH, Douglass Cecil. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Recurso de Apelação n 1.106.717-7*. 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar e Relator Convocado João Antônio de Marchi. Data do julgado 07/10/2014.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. *Soft law. Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. Eficiência e Justiça. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGOS, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Recurso de Apelação n. 70080248818*. Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador Niwton Carpes da Silva. Data do julgado 23/05/2019.

SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WERNECK, Bruno Dário. A autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TIUJO, Edson Mitsuo. A autorregulação da publicidade no Brasil e a experiência do recurso à soft law sob a ótica da Análise Econômica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 19-38, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.002.

Recebido em: 23.04.2023

Aprovado em: 21.07.2023