

AS PROMOÇÕES COMERCIAIS E AS REDES SOCIAIS

BÁRBARA PINHO COELHO¹
GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO²

RESUMO: O direito de forma dinâmica se modula às mudanças da sociedade e com a evolução da *internet*, principalmente das redes sociais, e, facilita cada vez mais a conexão entre consumidor e empresário. Devem ser observados os princípios que não poderão ser violados, ainda que de maneira virtual, a livre concorrência, que basicamente configura em várias empresas do mesmo ramo que buscam sua consolidação no mercado e a publicidade que são as formas de propaganda para divulgar sua mercadoria e conquistar os consumidores. Também se atentar que os jogos de azar, por sua dificuldade de definição e causar reflexos sérios na sociedade, são uma atribuição exclusiva da União, não podendo as empresas se valerem do elemento sorte para concessão de prêmios gratuitos sem autorização dos órgãos competentes, o Ministério da Fazenda, quando envolver instituições financeiras e a Caixa Econômica Federal nos demais casos. A regulamentação e fiscalização das práticas comerciais realizadas pelo meio de comunicação, internet, se tornaram indispensável, pois a sua utilização se tornou rotineira no dia-a-dia das empresas e esse assunto necessita de regulamentação e formas de fiscalização avançadas para detectar eventuais alterações realizadas pelas empresas e assim efetivar os princípios e regras do direito comercial, além de corresponder às expectativas do consumidor que espera que as apurações dessas promoções sejam de forma idônea.

Palavras-chave: Princípios. Promoções Comerciais. Definições.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo delimitar e conceituar pontos principais sobre o mundo das relações comerciais via internet, abrangendo a

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente - SP. barbara_4161@hotmail.com

² Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR.

concorrência, a livre propaganda e definições sobre esse veículo de comunicação e negociação que se alastrou de forma rápida e eficaz.

O método utilizado é o dedutivo, partindo de conceitos doutrinários e técnicos, buscando esmiuçar o tema e analisar situações. Será usado também o método hipotético-dedutivo para que possamos trabalhar as diversas hipóteses das promoções comerciais pela internet e a lacuna legislativa que existe.

Trata-se de um tema de pouca exploração jurídica, por ser carente de legislação e novidade no mundo das promoções realizadas pela internet. Também vamos esbarrar na dificuldade em conceituação e fiscalização, porque o mundo da internet é muito estável, sofrendo alterações corriqueiras capazes de obstaculizar a fiscalização dos órgãos competentes, por ser um campo amplo e passível de modificação a qualquer momento.

Hoje em dia é comum às pessoas estarem conectadas à internet e nas redes sociais participando de sorteios ou concorrendo a vale- brinde, onde as empresas viram a oportunidade de divulgarem e darem maior publicidade ao seu campo de atuação, pois concede comodidade ao consumidor que com apenas um simples movimento, de onde quer que esteja, concorre a promoções, sem tamanha burocracia de preencher papéis, depositar em uma urna e esperar a apuração.

2 Princípio da Livre Concorrência

Com a evolução tecnológica, em que quase não se fala em trabalho manual, procedimentos artísticos e sim produção em grandes escalas em pouquíssimo tempo, fez com que o mercado empresarial ampliasse o seu campo de atuação, diante da diversidade de empresas do mesmo ramo, capaz de caracterizar a concorrência à disputa entre elas que tem como objetivo a consolidação no mercado de consumo.

Marco Antônio Marcondes Pereira define concorrência como: “A expressão, portanto, traz a ideia de disputa entre agentes econômicos um espaço ou

lugar, designado mercado, em certo tempo ou período, acerca de determinado objeto.”³

A concorrência é decorrência natural do mundo empresarial capitalista, não podemos falar em comércio, relações comerciais ou empresariais sem a diversidade da concorrência, por que o sistema capitalista é baseado na iniciativa privada e no acúmulo de bens, exigindo das empresas que cada vez mais busquem se aperfeiçoar tecnologicamente para fins de captação de clientes.

Hoje é comum o consumidor, ao buscar um produto, pesquisar por várias qualificações antes de adquirir, forçando as empresas a se encaixarem nos padrões atuais e diante da variedade escolher por uma e assim efetivar a concorrência, onde um grande número de empresas do mesmo seguimento sentem a necessidade de se aperfeiçoarem cada vez mais para satisfazer o seu mercado de consumidores.

A lei maior do nosso país, trás em seu art. 170, IV o princípio da livre concorrência que desde 1.988 o legislador se preocupou em tipifica-lo como norteador das relações empresariais.

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:
(...)
IV - livre concorrência.

Em virtude desse princípio é assegurado ao indivíduo a liberdade para exercer qualquer atividade, independente do número de pessoas que já exercem, desde que o ordenamento jurídico não vede: “Desde logo devem ser afastadas as ações normais de atração de clientela, ínsitas, aliás, o próprio processo de expansão empresarial e, portanto, perfeitamente legítimas”.⁴

³ Pereira, Marco Antonio Marcondes, Concorrência Desleal por meio da Publicidade, Ed. Juarez de Oliveira, 2001. Pg.4

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Concorrência Desleal. Ed. Saraiva, 1989.

Essa liberdade deve ser regulamentada e fiscalizada pelo Estado, que tem o poder de intervir na ordem econômica brasileira e restringir algumas práticas que ferem a concorrência de maneira desleal.

A livre concorrência realmente está presente no mundo dos negócios e se divide em leal e desleal, mas a distinção entre esses dois tipos é extremamente delicada conforme menciona Fábio Ulhoa, em seu livro Curso de Direito Comercial: “não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado”.

A concorrência leal é aquela cotidiana, natural que nasce quando várias empresas se valem dos meios lícitos para conquistar o mercado. Já a concorrência desleal igualmente busca a consolidação no mercado, mas utilizam mecanismos ilegais, imorais, lesivos que visam à eliminação das demais empresas concorrentes para fins de diminuição da competitividade e aumento das chances de fortalecer seu campo de consumo.

A deslealdade pode ocorrer ainda, com mais frequência, quando os meios de propaganda são feitos pela *internet*, uma opção de ferramenta fácil, sem custo alto que possibilita a participação das mais variáveis pessoas de qualquer lugar do mundo, mas infelizmente esse meio de comunicação é inconsistente e existem maneiras de burlar informações, suficientes para causar prejuízos aos concorrentes e também aos consumidores.

3 Da Publicidade

Propaganda, segundo o Dicionário Aurélio: “Conjunto de atos que têm por fim propagar uma ideia, opinião ou doutrina”.⁵ É uma forma de transmitir e criar no consumidor a ideia de que aquele determinado produto é de boa qualidade pelo menor preço, na maioria das vezes.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988

A propaganda é o meio por excelência de divulgação no mercado de consumo, com tanta relevância que o CONAR (Conselho Nacional de Regulamentação Publicitária) no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em 1978, editou o Código de Autorregulamentação da Propaganda, que em seu art. 8º trás o conceito de propaganda comercial: “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”. Então, as empresas gozam dessa prerrogativa importante nos negócios chamada propaganda e veem nela a chance de aumentar seu poder de venda e conquista de consumidores.

A liberdade para conquistar clientes é a mais ampla possível, desde que não seja abusiva ou enganosa, não fira os bons costumes e a moral ou que vá contra o conjunto de normas brasileiras ou tratados internacionais assumidos pelo Brasil, conforme também estabelece os princípios trazidos no Código de Autorregulamentação da Propaganda.

As empresas bem estruturadas, que acompanham a evolução tecnológica realizam suas propagandas por meio da *internet*, por ser um veículo de comunicação que atinge um número indeterminado de pessoas ao mesmo tempo, atraindo-as através de promoções relâmpagos, sorteios instantâneos, entre outras modalidades que não violam o ordenamento jurídico e geram grande facilidade aos empresários dotados de liberdade para produzir suas propagandas.

Um exemplo cotidiano dessas promoções via *internet*, adotadas como táticas das empresas é a famosa expressão “curta nossa *Fan Page* e concorra a brindes”, que por ser atraente os consumidores são cativados a conhecerem melhor o produto e a finalidade da propaganda se concretiza.

3.1 Espécies de Publicidade

Sorteio, segundo o Ministério da Fazenda é:

Uma modalidade de distribuição gratuita de prêmios, na qual são distribuídos elementos sorteáveis, numerados em séries, que tem os contemplados definidos com base nos resultados da extração da Loteria Federal ou com a combinação de números desses resultados. Os elementos sorteáveis devem ser distribuídos exclusivamente nos estabelecimentos das empresas autorizadas, sendo vedada a sua distribuição em logradouros e vias públicas.⁶

O conceito nos trás a ideia dos requisitos de procedimento dessa espécie de publicidade, onde são fornecidos, pelas empresas autorizadas, uma sequencia de números que, após o sorteio, o individuo que obter a combinação do resultado é ganhador do prêmio.

Os sorteios, hoje em dia, ocorrem pela *internet*, pois facilita a participação de todos, sua apuração é feita com mais rapidez e a estrutura para a realização dessa modalidade de promoção comercial é menos complexa quando usamos a *internet*, porque os custos de um sorteio virtual é menor do que um sorteio realizado fisicamente, porque neste uma grande estrutura deverá ser mobilizada, como, por exemplo, um local, instrumento para realizar o sorteio entre outros.

Em contrapartida existe um grande problema na realização dessa modalidade, a União tomou para si o monopólio dos jogos de azar, por envolver a sorte, elemento abstrato e imaterial, capaz de gerar vício, obseção onde o ser humano não consegue controlar e pode ser levado a ruína, tanto é que, a Loteria, é promovida pelo Governo Federal, justamente por envolver a sorte.

Outra modalidade que as empresas usam para atingir seu consumidor-alvo, são os vale-brindes, que segundo o Ministério da Fazenda, são prêmios que a empresa fornece ao comprador, gratuitamente, desde que autorizado, visando à satisfação do consumidor.⁶

O vale-brinde pode ser fornecido sem causar nenhum ônus para o consumidor quando, por exemplo, vier agregado ao produto principal. Já, por outro

⁶ Definição extraída do Site da Fazenda, disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/promocoes-comerciais/perguntas-frequentes/perguntas-frequentes#1>

lado, existem brindes que exigem um esforço do comprador, por exemplo, troca de algo pelo brinde nos pontos de troca.

Essas modalidades sofrem restrições, quanto aos jogos de azar, que por analogia podemos conceituar conforme o art. 50 §3º do Decreto- Lei nº 3.688 de outubro de 1941:

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

A sorte é um elemento abstrato e de complexa definição, porque envolve o subconsciente das pessoas, capaz de causar vício e não ser passível de mensurabilidade para detectar sua existência, diante dessa dificuldade a União optou na própria Constituição Federal delimitar atuações que envolvam sorte a sua competência, conforme art. 20, XX CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XX - sistemas de consórcios e sorteios.

Além de ser restritivamente da União o poder de legislar sobre os jogos de azar, o Supremo Tribunal Federal veio reforçar ainda mais essa ideia, com o enunciado da Súmula Vinculante nº 2 que descreve: “É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Declarando inconstitucional toda lei infraconstitucional que venha a regulamentar sobre sorteios, inclusive bingos e loterias, logo, os Estados-Membros e os Municípios não poderão legislar sobre e, ainda, têm a obrigação de colaborar na fiscalização dessas práticas sem autorização do órgão competente.

Os jogos de azar são realizados ilegalmente em lugares camuflados como bares, casas noturnas, lanchonetes distantes, sem autorização dos órgãos competentes e em algumas situações incorrendo em tipos penais. Portanto, o Governo Federal criou um regime de regulamentação e fiscalização desse tipo de atividade.

A saída encontrada pelo Ministério da Fazenda foi à elaboração de uma Portaria que disciplina-se essa de atividade. Foi então que surgiu no ano de 2013 a portaria 422 que descreve a necessidade de obtenção de autorização para realizar alguns tipos de propaganda a título gratuito que envolva sorte.

3.1 Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda (SEAE)

Essa secretaria é importante, pois desempenha funções específicas com a finalidade de controlar a distribuição gratuita de produtos gratuitamente. Foi criada pelo Ministério da Fazenda em 1º de janeiro de 1995, por meio da Medida Provisória nº 813.⁷

São inúmeras as atribuições deste órgão que visam assegurar a eficácia dos princípios constitucionais quanto à ordem econômica, como, por exemplo, a concorrência, também controla as publicidades realizadas por instituições financeiras, inclusive em concedendo autorização e fiscalizando as práticas comerciais.

O mecanismo para obter a autorização para prática das publicidades a título gratuito é, segundo o portal da SEAE, a apresentação de um Plano de Operação que deve conter detalhadamente como funcionará a promoção, seu prazo de validade, o modo de entrega das mercadorias sorteadas e como será o procedimento de apuração do ganhador.⁷

A Secretaria não autoriza a distribuição de mercadorias que venham a causar dependência (cigarros, bebidas alcoólicas), remédios, armas e qualquer outro produto que possa contrariar o ordenamento jurídico ou a moral.⁷

⁷ Informação extraída do site da SEAE: <http://www.seae.fazenda.gov.br>

Essa autorização tem prazo de validade e se, por exemplo, estiver com o seu prazo vencido ou a empresa estiver promovendo essas práticas sem autorização, a SEAE prevê penalidades como a cassação da autorização, proibição de realizar promoções comerciais que distribuam prêmios gratuitamente por 2 (dois) anos e também multa.⁷

O controle feito pela Secretaria para com as instituições financeiras é uma tentativa de evitar que sejam colocadas no mercado promoções desproporcionais que venha a prejudicar ou ludibriar o consumidor e até mesmo o próprio mercado competitivo e a concorrência.⁷ Mas, trata-se de uma medida insuficiente, porque existe uma burocracia para se obter a autorização. A fiscalização não alcança seus objetivos, pois a *internet* é um meio muito amplo e nesse sentido, se não forem adotadas medidas eficazes, dificulta a apuração para detectar o modo de proceder dessas promoções.

3.3 Da Caixa Econômica Federal

A Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda tem a competência para concessão de autorização para realização de práticas comerciais quanto estiver envolvida instituições financeiras, nos demais casos e quando se tratar de sorteios filantrópicos o fornecimento desta autorização é atribuição da Caixa Econômica Federal.⁸

O portal eletrônico da Caixa trás detalhadamente o procedimento a ser seguido para obtenção da autorização, que primeiramente deverá ser apresentado um Plano de Operação e, depois, em qualquer caso deverá ser recolhida uma taxa de fiscalização, que é variável, conforme o valor dos prêmios a serem distribuídos.⁹

A Caixa Econômica Federal (CEF) elenca as hipóteses que serão vedadas a autorização dos Planos Operacionais que:

⁸ Informação extraída do site da Caixa Econômica Federal:
<http://www.caixa.gov.br/empresa/promoco-es-sorteios/Paginas/default.aspx>

⁹ Informação extraída do site da Caixa Econômica Federal:
<http://www.caixa.gov.br/empresa/promoco-es-sorteios/distribuicao-gratuita-premios/Paginas/default.aspx>

Importem em incentivo ou estímulo ao jogo de azar. Proporcionem lucro imoderado aos seus executores.

Permitam aos interessados transformar a autorização em processo de exploração dos sorteios, concursos ou vale-brindes, como fonte de renda.

Impliquem em distorção do mercado, causando, através da promoção, o declínio de empresas concorrentes.

Propiciem exagerada expectativa de obtenção de prêmios. Importem em fator deseducativo da infância e da adolescência.

Tenham por condição a distribuição de prêmios com base na organização de séries ou coleções de qualquer espécie.

Impliquem na emissão de cupons sorteáveis ou de quaisquer outros elementos que sejam impressos em formato, com dizeres e cores que imitem os símbolos nacionais e cédulas do papel-moeda ou moeda metálica nacional ou com eles se assemelhem.

Vinculem a distribuição de prêmios aos resultados da Loteria Esportiva.

Não assegurem igualdade de tratamento para todos os concorrentes.

Vierem a ser considerados inviáveis, por motivo de ordem geral ou especial.

Condicionem a entrega do prêmio à adimplência.⁹

Hoje, o sistema dessa instituição financeira se modernizou, conforme é possível detectar ao acessar o portal da Caixa via internet, e permite que se faça o requerimento *online*, por email, em que se emitirá um boleto da taxa e, após seu pagamento, o envio dos documentos que deverão ser físicos no endereço da sede da Caixa em Brasília para averiguação.

4 Fiscalização das Práticas Comerciais Via Internet

Os dois órgãos responsáveis por fiscalizar a distribuição gratuita de prêmios, o Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria de Acompanhamento, e a Caixa Econômica Federal, exigem a prestação de contas além de terem a obrigação de fiscalizar o proceder dessas promoções comerciais independente do meio de comunicação utilizado.

No universo da tecnologia, o uso da internet se tornou essencial, inclusive é o meio utilizado para realizar promoções, sorteios e distribuição de brindes ou qualquer outra mercadoria a título gratuito.

O problema se põe quando o veículo de comunicação, internet, é a saída encontrada pelas empresas para a prática de promoções comerciais que visam à captação de clientes, por exemplo, curta ou compartilhe a página da nossa empresa e concorra a brindes, ou, ainda compartilhe o vídeo promocional e ganhe prêmios. A essência da distribuição gratuita não se perde, ainda que seja realizada eletronicamente.

Sendo assim, a apuração para detectar o vencedor está sujeita a alteração, pois o meio de comunicação utilizado é instável, não trás segurança sobre o real resultado das promoções, podendo a empresa, por exemplo, favorecer pessoas pré-selecionada que não tiveram nenhum ônus, a não ser um simples *click*.

Portando, os órgãos que tem como atribuição a fiscalização das práticas comerciais, devem criar mecanismos, como programas avançados, fiscais que fiquem no local onde ocorresse a escolha do vencedor, com a finalidade de detectar falhas e alterações que venham a prejudicar o consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Logo, as práticas comerciais são uma realidade empresarial onde as empresas buscam pelo meio de comunicação internet promover a divulgação de suas mercadorias e captar clientes.

A livre concorrência e a publicidade são normas que merecem observadas, também quando as práticas comerciais são realizadas via internet, por conta de sua importância e função de disciplinar melhor essas práticas. Pois, via de regra tudo que envolva o elemento sorte é competência da União onde, as exceções são mediante autorização da Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda (SEAE) e Caixa Econômica Federal (CEF).

Por outro lado, as modalidades de distribuição gratuita de prêmios, sorteio e vale-brinde deve ter uma maior atenção das autoridades competentes

quando realizadas pela internet, inclusive quanto às vedações e limites de sua ocorrência.

Diante disso os órgãos competentes, para regulamentar essas modalidades, devem criar mecanismos de fiscalização com interventores no espaço físico da empresa e também o desenvolvimento de programas eletrônicos capazes de apurar de forma real o modo de proceder da distribuição gratuita de prêmios a fim de não prejudicar as demais empresas e o próprio consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do Direito e Concorrência Desleal**. Ed. Quartier Latin do Brasil, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos **Sobre Direito da Internet e da Sociedade de Informação**. Ed. Almedina, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. Ed. Saraiva, 1989.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Antônio Roque. **Marketing Promocional para Mercados**. Ed. Atlas, 2003

FAZENDA, Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/>, acesso em 27 de Abril de 2015.

FEDERAL, Caixa Econômica. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/>, acesso em 28 de Abril de 2015.

FEDERAL, Senado. Decreto lei 3.688 de 3 de Outubro de 1941, **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm, acesso em 23 de Abril de 2015.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência Desleal por meio da Publicidade**. Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

PROPAGANDA, Código de Autorregulamentação. **III Congresso Brasileiro de Propaganda**, 1978. Disponível em www.conar.org.br/ acesso em 23 de Abril de 2015.