

Parte 5

Realizar pesquisa sobre publicidade enganosa e abusiva, inclusive no meio digital, com ênfase nas seguintes técnicas publicitárias: publicidade testemunhal, publicidade comparativa, *teaser* e exagero publicitário, inclusive com abordagem do tratamento no direito comparado (EUA, Reino Unido e EU) e nos fóruns internacionais acima referidos.

Sumário provisório

1. As técnicas publicitárias e sua regulamentação pelo Direito brasileiro

1.1. Breves considerações em relação às técnicas publicitárias

1.1.1. Publicidade oculta

1.1.1.1. Publicidade redacional

1.1.1.2. *Product placement* e *merchandising*

1.2. Publicidade digital

1.3. *Teaser*

1.4. Exagero publicitário (*puffing*)

1.5. Publicidade testemunhal

1.6. Publicidade comparativa

1. As técnicas publicitárias e sua regulamentação pelo Direito brasileiro

Conforme mencionado anteriormente, no título “Diagnóstico dos contornos jurídicos e institucionais sobre publicidade infantil no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial”, um dos princípios mais importantes aplicados à publicidade no Código de Defesa do Consumidor refere-se ao *princípio da identificação*, que determina a proibição de que o anunciante faça anúncio que seja de difícil identificação ao consumidor.

Ou seja, por esse princípio, o consumidor deve identificar fácil e imediatamente a mensagem passada pelo fornecedor por meio da publicidade, que tem como objetivo convencê-lo a adquirir produto ou serviço disponível no mercado de consumo. É extraído do art. 36 do código consumerista, que dispõe que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Por força do parágrafo único do art. 36, o fornecedor tem o dever de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem para o fim de esclarecer a qualquer interessado a veracidade e transparência da publicidade, podendo o consumidor lesado requerer indenização perante o anunciante, sendo essa a finalidade prática desse dispositivo.

O ônus de comprovar a veracidade da campanha publicitária é sempre do fornecedor, o que demonstra a natureza objetiva da responsabilidade estabelecida ao anunciante.

Vale ressaltar que o legislador brasileiro admite que a mensagem publicitária honesta e declarada seja enviada ao consumidor, sendo nítida a necessidade de adoção de limites na abordagem do anunciante, que deve afastar-se de possível clandestinidade. Assim, ao anunciante é permitido utilizar métodos de convencimento aos consumidores, desde que o faça de forma clara, permitindo ao consumidor fácil e imediatamente perceber que a mensagem tem objetivo econômico.

Evidentemente que o cerne do art. 36 e do princípio da identificação reside na necessidade de tornar clara a finalidade da mensagem publicitária ao consumidor. Visa o dispositivo protegê-lo de falsas impressões relativas à veracidade e neutralidade da mensagem publicitária.

No que concerne à veracidade da informação publicitária, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, na sua seção 5, regulamenta o tema da seguinte forma:

Artigo 27 – O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

§ 1º – Descrições. No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.

§ 2º – Alegações. O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à: a) natureza do produto (natural ou artificial); b) procedência (nacional ou estrangeira); c) composição e d) finalidade.

§ 3º – Valor, Preço, Condições. O anúncio deverá ser claro quanto a:

- a. valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior;
- b. entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo;
- c. condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto;
- d. condições e limitações da garantia oferecida.

§ 4º – Uso da Palavra “Grátis”

- a. O uso da palavra “grátis” ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente;
- b. nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido.

§ 5º – Uso de Expressões Vendedoras. O uso de expressões como “direto do fabricante”, “preço de atacado”, “sem entrada” e outras de igual teor não devem levar o consumidor a engano e só serão admitidas quando o Anunciante ou a Agência puderem comprovar a alegação.

§ 6º – Nomenclatura, Linguagem, “Clima”

- a. O anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expressões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o “clima” pretendido. Todavia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e ideias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o poeta já qualificou como “Língua errada do povo / Língua certa do povo / Porque ele é que fala gostoso / O português no Brasil”;
- b. na publicidade veiculada pelo Rádio e pela Televisão, devem os Anunciantes, Agências e Veículos zelar pela boa pronúncia da língua portuguesa, evitando agravar os vícios de prosódia que tanto já estão contribuindo para desfigurar o legado que recebemos de nossos antepassados;
- c. todo anúncio deve ser criado em função do contexto sociocultural brasileiro, limitando-se o mais possível a utilização ou transposição de contextos culturais estrangeiros;
- d. o anúncio não utilizará o calão;
- e. nas descrições técnicas do produto, o anúncio adotará a nomenclatura oficial do setor respectivo e, sempre que possível, seguirá os preceitos e as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO.

§ 7º – Pesquisas e Estatísticas

- a. o anúncio não se referirá a pesquisa ou estatística que não tenha fonte identificável e responsável;

b. o uso de dados parciais de pesquisa ou estatística não deve levar a conclusões distorcidas ou opostas àquelas a que se chegaria pelo exame do total da referência.

§ 8º – Informação Científica. O anúncio só utilizará informação científica pertinente e defensável, expressa de forma clara até para leigos.

§ 9º – Testemunhais

a. O anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar;

b. o testemunho utilizado deve ser sempre comprovável;

c. quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como “licença publicitária” que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal;

d. o uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o Consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada;

e. o uso de sócias depende de autorização da pessoa retratada ou imitada e não deverá induzir a confusão.

Percebe-se que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária procurou regulamentar, de forma explícita e detalhada, a veracidade da publicidade, trazendo mais segurança quanto ao princípio genérico insculpido no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor. A seguir, veremos exemplos de aplicação dos dispositivos citados conforme a técnica publicitária utilizada pelo fornecedor.

De outra banda, o art. 37 prevê a proibição da publicidade enganosa ou abusiva, definindo os conceitos, inclusive quanto à chamada publicidade enganosa por omissão. Tal dispositivo reforça o princípio da veracidade estampado no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, obrigando o fornecedor a disponibilizar apenas conteúdo publicitário com informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre seu produto ou serviço.

Conforme mencionado anteriormente, o § 1º do art. 37 traz o *princípio da veracidade*. De acordo com o dispositivo, é considerada enganosa

qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

A publicidade é enganosa quando a informação nela contida leva o consumidor a erro, contendo informações inverídicas, podendo este adquirir produtos e serviços fundamentado em informação equivocada sobre características, preço, quantidade, qualidade e outros dados sobre o bem de consumo.

As expectativas geradas no consumidor são inverídicas, razão pela qual é possível que ele não adquirisse o produto ou o serviço se tivesse as informações claras e precisas, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor. Consequentemente, a

manifestação de vontade do consumidor é viciada, ferindo, portanto, a sua liberdade de escolha.

A publicidade enganosa por omissão (art. 37, § 3º, do CDC) ocorre quando o anunciante deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Discute-se o que seria “dado essencial” para a configuração da publicidade enganosa por omissão. Consideramos que a omissão relevante é aquela que, ciente dos dados sonegados, levaria o consumidor a não celebrar o contrato com o fornecedor.

A publicidade abusiva não é expressamente conceituada pelo Código de Defesa do Consumidor, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência a definição do termo. De fato, é possível perceber conceituação clara e precisa sobre a publicidade enganosa, porém o mesmo não ocorre com relação à publicidade abusiva.

O art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor trouxe rol exemplificativo dos tipos de publicidade abusiva. De acordo com o dispositivo em comento, é considerada abusiva, **dentre outras**, a publicidade

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

Nesse sentido, destacamos que a expressão “dentre outras” invoca a natureza exemplificativa do dispositivo, que enumerou diversos tipos de publicidade enganosa, sem, no entanto, conceituá-la de forma precisa.

Entendemos, ainda, que a publicidade abusiva é aquela que manipula o consumidor, sem que este o perceba, trabalhando, algumas vezes, com elementos de seu subconsciente, a fim de cativá-lo de forma involuntária.

Assim, o juiz pode, no caso concreto, identificar outras hipóteses de publicidade abusiva, levando em consideração a doutrina, a jurisprudência e a regulamentação pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Pode, ainda, utilizar-se dos conceitos de abuso de direito elencados no Código Civil, além da principiologia do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aplicar o dispositivo em comento de forma adequada e precisa.

1.1. Breves considerações em relação às técnicas publicitárias

Conforme dissemos, existe preocupação do legislador em relação à regulamentação da publicidade para que esta seja transparente e verdadeira, permitindo ao consumidor fazer as suas escolhas de forma livre. No entanto, algumas técnicas publicitárias, amplamente utilizadas pelo marketing, podem confrontar princípios e regras estabelecidos nos artigos anteriormente discutidos.

Diante do potencial lesivo ao consumidor, faz-se necessário o estudo das características das técnicas publicitárias, a fim de que se estabeleçam limites entre a liberdade de comunicação do anunciante e a proteção do consumidor. Dessa forma, em decorrência do *princípio da identificação* e do *princípio da veracidade*, trazidos pelo código consumerista, houve a proibição da mensagem publicitária ilícita, que a doutrina chamou de dissimulada, clandestina e subliminar¹.

Importante salientar, de plano, que a doutrina não é unânime quanto à denominação e ao conteúdo de cada uma das técnicas publicitárias, no que se refere aos autores tanto da área jurídica quanto da área do marketing.

Sendo assim, optamos por utilizar a classificação proposta por Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias² por entender ser o estudo mais profundo sobre o tema. Para a referida autora, há a denominada **publicidade oculta** (que engloba a publicidade redacional, o *product placement*, o *merchandising* infantil e a publicidade digital), o *teaser*, o **exagero publicitário** e a **publicidade comparativa**.

De outra banda, ao tratar do princípio da identificação da publicidade, Adalberto Pasqualotto sustenta que a publicidade oculta e a subliminar ficam proibidas pela lei consumerista, e afirma:

essas duas espécies de ilicitude aparecem na Diretiva 2007/65/CE, que regula as atividades de radiodifusão televisiva e que promoveu uma revisão de conceitos a esse respeito. Entre os conceitos revisados (que correspondiam a dispositivos normativos revogados), está o de publicidade clandestina, agora substituído pelo de publicidade (comunicação audiovisual) oculta³.

¹ Nesse sentido, afirma Bruno Miragem: “É em razão do princípio da identificação que se usa distinguir em determinado veículo de comunicação, a publicidade do restante da sua programação editorial, cujo método deverá variar conforme o tipo de mídia. Assim é, por exemplo, que em televisão se utilizam as conhecidas vinhetas, em rádio há o recurso às chamadas pelos locutores, ou ao anúncio expresso de que se trata de patrocínio, e em jornal ou revista, a configuração de letras, tipos e cores distintas da utilizada para o conteúdo editorial, de responsabilidade do próprio veículo de comunicação. O próprio art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, nesse sentido, prevê: ‘O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação’” (Publicidade de palco, *merchandising* e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão – comentários ao REsp 1.157.228/RS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82, p. 377-400, 2012).

² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 282.

³ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

O autor alerta, ainda, para a falta de conceito e identificação de cada tipo publicitário e sugere a seguinte classificação:

- a) **Publicidade dissimulada:** a publicidade travestida de reportagem, também conhecida na Europa, em países como França e Itália, como publicidade redacional. Em aparência, é matéria editorial, mas sua finalidade é a promoção de um produto, de um serviço ou de uma empresa. A forma lícita de publicidade redacional é identificar a publicação como publicidade, o que regularmente é feito com a aposição de “informe publicitário” ou equivalente.
- b) **Publicidade clandestina:** enquadra-se nessa categoria o *merchandising* ou *product placement*, como é denominado em outros países. Consiste na introdução em programas de televisão, geralmente, e cada vez intensivamente no cinema ou em séries filmadas para a televisão, de modo aparentemente casual, como se integrasse o *script*, de um produto em situação de consumo ou simplesmente expondo a marca ou quaisquer fatores de identificação, criando associação favorável em relação aos personagens, com a ambientação ou, de outro modo, promovendo o produto ou a marca.
- c) **Publicidade subliminar:** a publicidade que procura influenciar o consumidor de modo inconsciente, utilizando-se de tecnologia adequada. O Código da Publicidade de Portugal define-a como “a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”⁴.

Para o autor, a publicidade dissimulada e a clandestina podem ser reduzidas à mesma categoria, uma vez que nas duas situações o que ocorre é a tentativa de esconder a sua identidade⁵. Assim, de forma geral, a publicidade dissimulada pode ocorrer nos meios impressos, como jornais e revistas, enquanto a clandestina é mais frequente nos meios eletrônicos, especialmente na TV e no cinema. E continua:

A prática, no Brasil, é diferente da europeia, onde o princípio da separação é consagrado na Diretiva 2005/29: “Art. 10. 1. A publicidade televisiva e a televenda devem ser facilmente reconhecíveis e distinguir-se do conteúdo editorial. Sem prejuízo da utilização de novas técnicas publicitárias, a

⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. Revista de Direito do Consumidor, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

⁵ “De modo geral, a publicidade dissimulada ocorre nos meios impressos, como jornais e revistas, enquanto a clandestina é mais frequente nos meios eletrônicos, especialmente na TV e no cinema. No rádio, há hoje em dia uma indesejável mistura de conteúdo editorial e publicidade, na voz do mesmo locutor. Os custos crescentes da tecnologia determinaram o encarecimento dos espaços publicitários e, por conseguinte, a segmentação dos patrocínios. Programas de longa duração, como as transmissões de futebol, já não têm apenas um patrocinador, como era usual algumas décadas atrás. Agora pode haver um patrocínio *master* e uma coletânea de patrocínios menores, quando não um conjunto de patrocinadores igualitários. A mensagem comercial dos patrocinadores, nas transmissões esportivas e na programação jornalística, especialmente em *talk radio*, flui junto com o conteúdo editorial. A separação permanece nítida apenas em programação musical. A confusão proposital levou uma das principais cadeias de rádio do país a adotar o *slogan* ‘publicidade também é conteúdo’. A prática, no Brasil, é diferente da europeia, onde o princípio da separação é consagrado na Diretiva 2005/29: ‘Art. 10. 1. A publicidade televisiva e a televenda devem ser facilmente reconhecíveis e distinguir-se do conteúdo editorial. Sem prejuízo da utilização de novas técnicas publicitárias, a publicidade televisiva e a televenda devem ser claramente diferenciadas da restante programação por meios ópticos e/ou acústicos e/ou espaciais’. Embora a Diretiva não se aplique às emissoras de rádio, é nítida a diferença com a programação televisiva brasileira, especialmente levando-se em conta a exigência de intervalo mínimo de 30 minutos entre os blocos de publicidade na exibição de filmes e de telejornais” (PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. Revista de Direito do Consumidor, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015).

publicidade televisiva e a televenda devem ser claramente diferenciadas da restante programação por meios ópticos e/ou acústicos e/ou espaciais”⁶.

Vale notar, ainda, que a seção 6 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trata da identificação publicitária da seguinte forma:

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

Artigo 29 – Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.

Parágrafo único – Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de “merchandising”.

Artigo 30 – A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

Artigo 31 – Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Parágrafo único – Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

- a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;
- b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito;
- c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

Vê-se que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária esclarece o princípio insculpido no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, mas igualmente não nomeia cada uma das técnicas, o que pode fazer com que elas sejam denominadas e conceituadas de forma diferente para os aplicadores, dificultando a compreensão do sentido e alcance da regulação. Por essa razão, desde já sugere-se incluir um glossário relativo aos termos usados em eventual regulação por parte da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor.

Estudaremos, em apartado, as técnicas e suas implicações para a publicidade de produtos voltados ao público infantojuvenil conforme sugestão de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias.

⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

1.1.1. Publicidade oculta

A mensagem publicitária deve apresentar-se de maneira que o caráter publicitário seja evidente, por meio de cenário, mensagem e linguagem utilizados, levando o consumidor a naturalmente reconhecer a intenção da divulgação do produto por parte do fornecedor.

Entretanto, alguns tipos de publicidade desviam da clareza da intenção de promoção do anunciante com o propósito de enganar o consumidor, aumentando a confiança e atenção deste diante da aparência informativa da mensagem. Neste tipo de publicidade, a natureza promocional da mensagem é velada, o que induz o consumidor a erro, uma vez que ele não compreende o fim econômico daquele anúncio.

A **publicidade oculta**, de acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, pode ser definida como “a mensagem que se apresenta sobre a aparência de uma informação neutra e desinteressada sem revelar de modo suficiente – seja pela sua forma, seja por seu conteúdo – seu caráter publicitário”⁷.

Sem dúvidas, é uma técnica publicitária que viola diretamente o princípio da identificação da publicidade, uma vez que o consumidor não consegue identificar de forma fácil e imediata a mensagem publicitária. E, ainda conforme destaca a autora: “a publicidade oculta é uma publicidade enganosa nos termos dos arts. 36, *caput*, e 37 do Código de Defesa do Consumidor, afinal este último dispositivo dispõe que a indução em erro pode se dar ‘por qualquer outro modo’, o que inclui sua apresentação”⁸.

Registre-se, portanto, que a ilegalidade da publicidade oculta não reside propriamente em seu conteúdo, mas na forma como ele é apresentado. Assim, para que seja considerada ilegítima, é preciso que se analisem a finalidade promocional e o efetivo ocultamento da mensagem.

Ou seja, a comunicação deve dar-se com o intuito de promover o produto de acordo com fins econômicos entre o canal de comunicação e o fornecedor, além de ter o caráter promocional incompreendido para o consumidor médio alvo daquela publicidade.

⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 282.

⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283.

Assim, quando observado o caráter econômico da mensagem, bem como o efetivo ocultamento pelo consumidor médio do produto ou serviço, torna-se evidente a ilicitude da mensagem publicitária, diante de clara afronta ao princípio da identificação.

Destaca-se, ainda, que o parâmetro de consumidor médio a ser adotado é aquele que considera o público-alvo da publicidade, **fato extremamente relevante quando se trata de público infantil**. É necessária, portanto, a análise do padrão de consumidor que costuma adquirir os produtos ou serviços disponibilizados pelo fornecedor, estabelecendo as diretrizes que permitam compreender se a mensagem publicitária foi ocultada desse público.

Para melhor exemplificar os aspectos teóricos, trouxemos alguns casos analisados pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária a respeito do tema:

KELLOGG, @RODPOCKET E YGOR FREITAS: CURTA SE: VC COME SUCRILHOS COM IOGURTE... E OUTRAS

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação nº: 151/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Kellogg Brasil, @rodpocket e Ygor Freitas

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 28, 30 e 50, letras “a” e “c”, do Código

Resumo: Consumidora de Salvador (BA) considerou insuficiente a identificação publicitária de postagem dirigida a crianças em redes sociais promovendo produtos da Kellogg Brasil. Ao menos uma das postagens foi compartilhada pela empresa.

Em sua defesa, a Kellogg reconheceu faltar a algumas postagens a devida identificação publicitária e que tomou medidas para corrigir o problema.

O relator propôs a sustação das postagens originais não identificadas como publicidade e advertência à Kellogg Brasil. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DANONE - #MEUMOMENTOOIKOS

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação nº: 066/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Danone e Caio Castro

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras “a” e “b”, do Código

Resumo: Consumidora residente na cidade de Colniza (MT) escreveu ao Conar **por considerar que anúncio em redes sociais de produto da Danone carece de identificação publicitária** como recomendado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em sua defesa, a Danone se disse surpresa com a abertura do processo ético pelo Conar, considerando que não poderia haver dúvidas quanto à natureza publicitária da postagem. Mesmo assim, informou ter acrescentado a menção “#publipost” ao anúncio.

O relator concordou com o consumidor e propôs a alteração agravada por advertência à Danone e Caio Castro, sendo acompanhado por unanimidade (grifo nosso).

CHEGANDO COM MAIS PRODUTOS DA @QUEMDISSEBERENICE QUE EU AMO DE PAIXÃO

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019

Representação nº: 233/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ana Clara e O Boticário

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras “a” e “b”, do Código

Resumo: Consumidora de Ivaiporã (PR) escreveu ao Conar por considerar **que não resta clara e ostensiva a natureza publicitária de anúncio em redes sociais**, contrariando recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em sua defesa, O Boticário considerou a peça como exemplo de publicidade nativa, ponderando que os consumidores sabem distingui-la como tal. Acrescentou que a blogueira veio a adicionar na postagem a informação de que se tratava de “parceria paga”.

A conselheira relatora reconheceu a boa intenção das denunciadas em corrigir a postagem, mas recomendou a alteração do post original, agravada por advertência à blogueira Ana Clara. Seu voto foi aceito por unanimidade (grifo nosso).

Verifica-se que nos casos ora analisados não há identificação clara do anúncio publicitário, **o que tem ocorrido de forma muito frequente em redes sociais**, razão pela qual em todos os casos mencionados sustenta-se a alteração ou a sustação da publicidade, bem como se determina a aplicação de advertência ao fornecedor.

Conforme dissemos, a publicidade oculta pode se apresentar por meio de algumas técnicas. Doutrinariamente, as mais conhecidas são as técnicas da **publicidade**

redacional e do *product placement*⁹, podendo ainda ocorrer em relação ao *merchandising* e à **publicidade digital**.

Vale notar que esses métodos não são, *per si*, abusivos ou proibidos. O que o Código do Consumidor veda é, fundamentalmente, a eficácia da mensagem publicitária em ocultar seu gênero, levando ao consumidor médio o entendimento de que se trata de conteúdo informativo ou puramente descritivo¹⁰.

A publicidade oculta e as técnicas a ela relacionadas, ou seja, a publicidade redacional, o *product placement*, o *merchandising*, a publicidade digital e o *teaser*, voltadas para crianças e adolescentes, ou de produtos destinados a esse público, deverão também observar as diretrizes trazidas pelo Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária. Além dos dispositivos já mencionados, o art. 37 assim dispõe:

Artigo 37 – Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais: [...]

III – Este Código condena a ação de **merchandising** ou **publicidade indireta** contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

IV – Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

V – Para a avaliação da conformidade das ações de **merchandising** ou **publicidade indireta** contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

- a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;
- b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;
- c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

Parágrafo 2º – O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as

⁹ “Essas duas técnicas, em princípio, não estão vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, mas apenas quando ocultem de forma eficiente a finalidade promocional da mensagem, de modo que nem pela sua forma, nem mesmo pelo seu conteúdo se torne possível ao destinatário médio perceber que se trata de uma comunicação publicitária. A citação ou a apresentação de um produto ou de uma marca inserida em jornais, revistas, televisão ou filmes não é vedada em si mesma, mas apenas enquanto não seja reconhecível e distinta de modo adequado do contexto no qual está inserida” (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 290).

¹⁰ No mesmo sentido, afirma Adalberto Pasqualotto: “tanto na publicidade dissimulada quanto na clandestina (que passam a ser tratadas indistintamente como publicidade oculta) há possibilidades de versões lícitas. No primeiro caso, como já assinalado, a opção redacional é legítima, desde que identificada claramente. No segundo caso, o *merchandising* é admitido em algumas legislações como forma de contemporizar a sua natureza intrusiva com uma normatividade adequada. É essa a matéria que passa a ser tratada mais diretamente” (Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015).

restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas aqui dispostas (grifo nosso).

Note-se, em primeiro lugar, que o dispositivo utiliza a expressão **merchandising** ou **publicidade indireta** sem conceituar qualquer dessas expressões. Faremos uso das explicações dadas anteriormente para afirmar que a publicidade indireta deve ser considerada aquela que não é de fácil identificação para o consumidor, e, nesse caso, deve ser levada em consideração a falta de maturidade da criança e do adolescente para a compreensão da mensagem publicitária.

Assim, para a **publicidade indireta**, para fins de interpretação desse dispositivo, podem ser consideradas as técnicas de *merchandising*, o *product placement*, a publicidade digital e o *teaser*, sempre que o público destinatário for uma criança ou um adolescente.

1.1.1.1. Publicidade redacional

A chamada **publicidade redacional** é aquela conhecida nos meios impressos e eletrônicos em forma de reportagem ou notícia. No aspecto ilícita dessa técnica publicitária, a mensagem se dá em forma de notícia isenta de vínculos ao produto ou serviço demonstrado, revestida de objetividade, como se tivesse propósito puramente elucidativo.

Nessa toada, ressaltamos que a publicidade redacional é propriamente reconhecida como técnica publicitária lícita no ordenamento brasileiro. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, apenas as publicidades de caráter oculto ou enganoso são vedadas ao anunciante. O caráter oculto da intenção publicitária ao consumidor é fator imprescindível à caracterização da denominada publicidade redacional ilícita.

Assim, fácil constatar que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe, de pronto, a mensagem vinculada aos meios editoriais que se apresenta em forma de notícia ou reportagem. Isso porque, além de usar recursos da mídia informativa, a técnica considerada ilícita pelos princípios consumeristas traz, no cerne de seu conceito, o caráter ardiloso, que torna a mensagem publicitária oculta ao consumidor, que não é capaz de perceber seus traços promocionais.

No entanto, por evidente, a publicidade redacional voltada ao público infantojuvenil tem grandes chances de ser considerada abusiva, visto que muitas vezes a sutileza da mensagem ou da forma como ela se apresenta pode trazer confusão ao público a que se destina.

Em relação às regras suplementares estabelecidas pelo órgão de autorregulação, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, através do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária no seu art. 30 estabelece a obrigatoriedade de identificação publicitária para os casos de peças jornalísticas, como nota, reportagem, nota-legenda ou qualquer situação que veicule mediante pagamento, a fim de não confundir o consumidor. Vejamos:

Artigo 30 – A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

Artigo 31 – Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Parágrafo único – Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

- a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;
- b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito;
- c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

Assim, certo é que a mensagem publicitária emitida em um contexto editorial não será considerada ilícita desde que o caráter publicitário se mostre claro, através da linguagem ou apresentação, ou ainda do aviso a ela vinculado, tornando completamente compreensível ao consumidor a intenção da mensagem.

Da mesma maneira, demonstrar o caráter promocional da mensagem é de extrema importância. Tal fato nos leva à conclusão de que a mensagem não poderá ser considerada ilícita caso exista interesse jornalístico em ressaltar os benefícios de um produto ou serviço desde que claramente se mostre como publicidade aos consumidores.

Nesse sentido, adverte Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

Em se tratando de publicidade redacional, na qual não resta tão evidente essa finalidade, impõe checar se a menção ao produto ou serviço não apresenta um provável interesse para o público em geral, como manifestação do direito de informar e de ser informado. Havendo esse interesse jornalístico, ainda que da referência ao produto ou serviço possa resultar, por efeito indireto, algum benefício ao fornecedor, a mensagem não poderá ser enquadrada no conceito de publicidade, tratando-se, antes, de uma atividade informativa¹¹.

É preciso analisar o tom e o conteúdo da mensagem, bem como seu caráter inovador, sua importância no contexto social, entre outros elementos. A análise da mensagem abarca a intenção de convite ao consumo, a menção a produtos com o mesmo

¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 293.

propósito, seu caráter inovador e outros fatores que possibilitem afastar interesses comerciais e caracterizar o interesse jornalístico na matéria.

Por fim, caso esses requisitos sejam demonstrados e a publicidade redacional seja considerada ilícita, haverá punição, nos termos dos arts. 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, diante da violação do dispositivo em comento e dos princípios da identificação e da transparência.

Vale notar que a publicidade redacional destinada ao público infantil é ainda mais grave se comparada à destinada ao público adulto. Ora, um adulto tem mais condições de, ao menos, perceber a mensagem publicitária e eventual manipulação por parte do fornecedor e, em algum momento, identificar a publicidade. Certamente a criança, por tudo que já dissemos, teria mais dificuldade em compreender o conteúdo da mensagem publicitária.

Nesse sentido, o art. 37, alínea “g”, assim dispõe:

Artigo 37 – Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

[...]

g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;

Na Parte 6 deste estudo, aprofundaremos as questões relacionadas aos *youtubers* mirins e à publicidade oculta/redacional feita via redes sociais. De fato, esse parece ser um dos problemas atuais mais importantes que permeiam a publicidade infantil, devendo ser delineados parâmetros para as decisões relativas a esses crescentes casos.

1.1.1.2. *Product placement e merchandising*

O tema do *product placement* e do *merchandising* são os mais complexos de ser estudados em relação à publicidade infantil. Ademais, os dois conceitos são especialmente difíceis de ser encontrados e diferenciados pela doutrina e pela jurisprudência, de forma que daremos especial atenção ao tema.

O *product placement*, ou *merchandising* no Brasil, são técnicas publicitárias que guardam similitudes, posto que são utilizadas em conteúdo de entretenimento, tais como filmes, novelas ou outros programas audiovisuais, diferenciando-se, portanto, dos demais tipos publicitários.

Conforme mencionamos anteriormente, de acordo com Adalberto Pasqualotto, as expressões são sinônimas e inserem-se no que o autor denomina “publicidade clandestina”:

Publicidade clandestina: enquadra-se nessa categoria o *merchandising* ou *product placement*, como é denominado em outros países. Consiste na introdução em programas de televisão, geralmente, e cada vez intensivamente no cinema ou em séries filmadas para a televisão, de modo aparentemente casual, como se integrasse o *script*, de um produto em situação de consumo ou simplesmente expondo a marca ou quaisquer fatores de identificação, criando associação favorável em relação aos personagens, com a ambientação ou, de outro modo, promovendo o produto ou a marca¹².

Importante mencionar que as técnicas publicitárias inovam ao vincular o estilo de vida das personagens e enredo do programa audiovisual, perfil de Instagram, canal de Youtube e outras formas de exposição ao produto ou serviço inserido naquele contexto.

A publicidade torna-se, dessa forma, uma espécie de reflexo dos hábitos da vida cotidiana de um consumidor, como comumente ocorre em telenovelas, programas de auditório, entrevistas, canais do Youtube, Instagram, entre outros. De acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, a mensagem publicitária visa “colocar em relevo as várias situações de prazer que a aquisição do produto pode gerar, resultando no que se chama de publicidade de ‘estilo de vida’ ou, como dizem os italianos, ‘*pubblicità situazionale*’”¹³.

O *merchandising* pode ser diferenciado do *product placement* visto que aquele interrompe a programação para apresentar produtos ao mercado, já este apenas insere o produto durante a programação sem a interromper. Nessa medida, o nome *product placement* exprime a ideia, de acordo com sua tradução literária, de colocação do produto no enredo da programação exibida.

Conforme dissemos as técnicas mencionadas nesse item não são, *per si*, ilícitas. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, nos arts. 9º e 10 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária assim esclarece:

Artigo 9º – A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

§ 1º – A alusão à marca de produto ou serviço, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados atende ao princípio da ostensividade.

§ 2º – O “teaser”, assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço

¹² PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

¹³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 300.

Artigo 10 – A publicidade indireta ou “merchandising” submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9º) e identificação publicitária (artigo 28).

Exemplo de *product placement* que pudemos observar recentemente ocorreu durante a exibição de *shows* e apresentações em redes sociais durante o tempo de confinamento em razão da pandemia do Coronavírus. Ora, para que o artista tivesse a merecida remuneração, alguns anunciantes patrocinaram as apresentações em redes sociais, aproveitando o espaço para estampar marcas e produtos durante as apresentações. Foi largamente utilizada a técnica publicitária denominada *product placement*, em que o fornecedor introduz a marca em conteúdos de entretenimento como *shows*, filmes, séries e jogos.

É a estratégia utilizada, por exemplo, em todas as gravações do filme 007, em que o protagonista utiliza automóvel de determinada montadora e a marca é associada a astúcia do personagem. À essa altura, o leitor já deve ter se recordado da marca do automóvel e é exatamente essa a reação esperada pelo anunciante: ser lembrado, ficar na mente do consumidor.

Anderson Scherer e Janderle Rabaiolli trazem outro exemplo da técnica do *product placement*:

Nessa técnica não há a interrupção do programa para um discurso da marca, pelo contrário, ela está presente durante todo o programa. O autor exemplifica a partir do patrocínio da Coca-Cola ao programa American Idol, em que um grupo de juízes avaliam cantores em uma competição. Durante o programa, os juízes bebem Coca-Cola em copos personalizados, nos bastidores o refrigerante é servido, o relógio é personalizado com as cores do refrigerante assim como o sofá, além de uma máquina automática do refrigerante. Dessa forma, durante todo o programa a Coca-Cola se faz presente sem, em nenhum momento, interromper a programação para uma demonstração do produto¹⁴.

Vale mencionar que a publicidade pode ocorrer de forma **verbal**, situação em que há menção ao produto por um dos personagens, ou **visual**, em que o produto é exibido sem nenhuma referência verbal a ele. Nesse sentido, a técnica de *product placement*, quando apresentada da forma visual, pode desenvolver-se de duas formas: ativa ou passiva. Isso significa que, quando o produto é colocado de forma ativa, ele adquire protagonismo na cena, enquanto, na forma passiva, ele é apenas visualizado, sem exercer grande importância na cena.

¹⁴ RABAIOLLI, Janderle; SCHERER, Anderson. **O princípio da ostensividade publicitária frente aos novos formatos de comunicação persuasiva**. Intercom: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – 15 a 17/6/2017. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sul2017/resumos/R55-0248-2.pdf>. Acesso em: 26/04/2021.

O *product placement* é técnica amplamente utilizada nos meios de comunicação tanto no Brasil quanto em diversos países e, em nosso ordenamento jurídico, não configura, necessariamente, figura publicitária ilícita, podendo ser utilizada quando respeitados os limites constitucionais e os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, sempre que houver menção a produto ou serviço inserido em ambiente não tradicionalmente publicitário, como em filmes e programas de TV anteriormente citados, é importante que se verifique a finalidade promocional, além da capacidade de percepção do teor publicitário da mensagem pelo consumidor. Assim, de acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, “para configuração da marca, do produto ou do serviço em determinado programa ou filme apresenta clara natureza promocional (i.e., seja intencional) e ainda, que essa intenção comercial não possa ser percebida pelos consumidores (ocultamento eficiente)”¹⁵.

Dessa forma, para que seja considerado anúncio oculto e culmine na violação das previsões dos arts. 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor e das mencionadas regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a publicidade deve ser comprovada diante de acordo econômico entre a marca demonstrada e a produção daquele entretenimento ou vídeo e fotos. Tal relação econômica não se esgota no pagamento de quantias ajustadas, mas também na colaboração dos custos da produção do programa e campanhas promocionais conjuntas entre a marca e o programa exibidos.

Nesse sentido, importante destacar que, inexistindo contrato entre as duas partes ou ainda sendo incerta sua relação econômica, necessária a verificação de indícios claros sobre possível motivo narrativo da presença da marca naquela exibição. Sem prova da relação econômica entre as partes, é possível que a apresentação da marca no contexto do enredo seja justificada artisticamente, motivo que afastaria o caráter oculto e ilícito de sua aparição.

Sem dúvidas que os *blogueiros* e as pessoas que utilizam redes sociais para fazer publicidade têm mais probabilidade de violar essa regra, e muitas vezes é difícil de o consumidor perceber que ali há uma mensagem publicitária, assim como na publicidade redacional, que pode ocorrer nas redes sociais. Trataremos do tema com mais profundidade logo a seguir.

¹⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 302.

Por ora, podemos citar, a título de exemplo de publicidade oculta destinada ao público infantil, caso em que o anunciante veiculou, através da internet, vídeos em redes sociais que foram gravados dentro de uma loja, com marca exposta. Vejamos:

OVOS DE PÁSCOA 2019 CACAU SHOW, NOVIDADES E BRINDES

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação nº: 094/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Cacau Show

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letras “a” e “c”, do Código, seu Anexo P e Súmula de Jurisprudência n. 8

Resumo: A direção do Conar **considerou deficiente a identificação publicitária em vídeo em redes sociais da Cacau Show, veiculado no período da Páscoa.**

Em sua defesa, a **Cacau Show informou que uma franqueada apenas emprestou a loja para a gravação do vídeo.** Informou também que orientou a franqueada para que respeite as recomendações do Código em eventuais futuras gravações.

O relator propôs a advertência à Cacau Show, por considerar que ela tem a responsabilidade de zelar pela regularidade dos anúncios envolvendo sua marca. Seu voto foi complementado por maioria, pela recomendação de sustação do vídeo, proposta por autor do voto complementar (grifo nosso).

Ora, ainda que o vídeo em si não anuncie expressamente a venda de ovos de páscoa, a gravação e veiculação em rede social com a estampa da marca caracteriza-se como *product placement*, e foi devidamente sustada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, por não respeitar as regras relativas à clareza da exposição da marca.

Por outro lado, o *merchandising*, conforme dissemos, diferencia-se do *product placement* por ser técnica mais ostensiva. Ao comentar julgado sobre o tema, Bruno Miragem, apesar de não distinguir as técnicas, afirma:

Já a publicidade clandestina tornou-se bastante comum no Brasil, sobretudo na programação televisiva, tais como novelas, programas de auditório, entre outros. Referida impropriamente como merchandising, consiste na aparição, de modo associado ao roteiro original do programa, de situações normais de consumo nas quais se faz uso, referência ou simplesmente se projeta imagem de produto ou serviço, ou ainda de uma determinada marca, logomarca ou

congênere, com a finalidade de estabelecer uma associação entre estes e qualidades ou circunstâncias positivas decorrentes da sua utilização¹⁶⁻¹⁷.

O caso analisado por Bruno Miragem partiu de decisão do Superior Tribunal de Justiça que não reconheceu a responsabilidade civil da emissora de televisão por *merchandising*. Vejamos a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Consumidor – Contratação de empréstimo junto à instituição financeira, através de propaganda publicitária em programa de televisão – Corresponsabilidade entre o mutuante e a emissora por defeito na prestação de serviço – Inadmissibilidade – Dever de indenizar que não se estende a quem divulga a propaganda enganosa – Emissora que, ademais, não garante a qualidade do bem ou produto anunciado – Inteligência dos arts. 3.º, 12 e 14 da Lei 8.078/1990 (STJ, 4ª Turma, REsp 1.157.228/RS, j. 3/2/2011, v.u., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 27/4/2011).

O consumidor havia assistido ao programa de televisão e contratado por telefone a concessão de crédito, que só se operou mediante o depósito prévio pelo consumidor de certa quantia, além do envio de documentação solicitada. Embora o consumidor tenha cumprido os trâmites conforme o anúncio publicitário, o valor do empréstimo não foi creditado em sua conta corrente, em desacordo com o mencionado pelo apresentador de televisão.

Em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia condenado a emissora fundamentando o acórdão no fato de que o consumidor havia sido influenciado pela credibilidade do apresentador da emissora, e afirmou:

é evidente a responsabilidade de mídia televisiva, pois estimulou o consumo do produto anunciado, criando no espírito do consumidor uma falsa noção de que poderia contratar o mútuo fraudulento objeto da publicidade. Dever de indenizar caracterizado, nos termos dos art. 7.º, parágrafo único c/c arts. 14, 31 e 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, pois a emissora de televisão descuidou do devido senso de responsabilidade social.

¹⁶ Publicidade de palco, *merchandising* e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão – comentários ao REsp 1.157.228/RS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82, p. 377-400, 2012.

¹⁷ E continua o autor: “Na Europa, a Diretiva 89/552/CE, relativa ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, estabeleceu expressamente a vedação da publicidade clandestina quando consagrou o princípio da identificação. Esta mesma diretiva define a publicidade clandestina como sendo a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou de actividades de um fabricante de mercadorias ou de um prestador de serviços em programas em que essa apresentação seja feita de forma intencional pelo organismo de radiodifusão televisiva com fins publicitários e que possa iludir o público quanto à natureza dessa apresentação. A apresentação é considerada intencional sempre que for feita a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar” (MIRAGEM, Bruno. Publicidade de palco, *merchandising* e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão – comentários ao REsp 1.157.228/RS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82, p. 377-400, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reformou a decisão, entendendo que haveria apenas responsabilidade civil do anunciante nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, não recaindo a responsabilidade sobre a emissora de televisão.

De fato, o que mais nos interessa em relação ao acórdão é a licitude da técnica utilizada. Não houve qualquer discussão quanto à técnica em si, **mas quanto à responsabilidade dos participantes da publicidade**, em especial da emissora de televisão, justamente por se tratar de *merchandising*.

Assim explica Bruno Miragem:

Nesse contexto, o exame da denominada publicidade de palco a que se refere o acórdão, ou seja, aquela feita pelo apresentador de um programa de auditório durante a transmissão da atração, não permite indicar que necessariamente há violação do dever de promover a fácil e imediata identificação do caráter publicitário da mensagem. Neste sentido, sobram programas televisivos em que a separação do conteúdo próprio do programa e a mensagem publicitária são feitos até mediante recurso a ironia ou retórica humorística dos respectivos apresentadores, o que pode servir como distinção que permita a identificação da publicidade.

Por outro lado, não raro se observa também o recurso à denominada publicidade testemunhal, na qual o apresentador declara conhecer e/ou aprovar determinado produto ou serviço, e nesse sentido, associa sua publicidade ou carisma àquele determinado produto ou serviço.

Esse tema, inclusive, já foi em parte examinado pela doutrina nacional, especialmente no trabalho de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, em que concluiu, nessas condições, pela responsabilidade solidária das celebridades que participam de anúncios publicitários junto aos demais fornecedores. O principal óbice, contudo, que se observa nesse entendimento, é o da qualificação dessas celebridades como espécies de fornecedoras, diretamente ou por equiparação. De qualquer sorte, observe-se que a publicidade de palco, ou mesmo, o *merchandising* em geral, não são espécies de publicidade ilícita em si. O serão apenas se violarem o disposto no art. 36 do CDC, que contempla o princípio da identificação¹⁸.

Na mesma esteira, ao comentar o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques afirma que a técnica do *merchandising* não deve ser considerada ilícita, e sugere, com base na lição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, que a emissora deveria esclarecer ao consumidor, durante a programação e nos intervalos comerciais:

Pela técnica do *merchandising*, hoje comum em novelas de televisão, nos filmes e mesmo nas peças teatrais, um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio à ação teatral, de forma a sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquela personagem, história, classe social ou determinada conduta social. O aparecimento do produto não é gratuito, nem fortuito; ao contrário, existe um vínculo contratual entre o fornecedor e o responsável pelo evento cultural, sendo que o fornecedor oferece uma contraprestação pelo espaço de divulgação para o seu produto.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Publicidade de palco, *merchandising* e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão – comentários ao REsp 1.157.228/RS. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82, p. 377-400, 2012.

Parece-nos que a norma do art. 36 do CDC não deve ser interpretada de forma a proibir a utilização do *merchandising* no Brasil. A solução estaria, conforme sugeriu Antônio Herman Benjamin, em esclarecer o consumidor-espectador, no início do espetáculo, nos créditos de apresentação do filme ou da novela, que os produtos não aparecerão por simples acaso, mas se trata de uma forma de mensagem publicitária, se possível até citando as marcas do produto, o que seria uma dupla publicidade¹⁹.

De fato, para que o *merchandising* ou o *product placement* seja veiculado sem maiores problemas relacionados à identificação da mensagem publicitária, parece adequado que o fornecedor faça as indicações dos patrocinadores e das mensagens que serão veiculadas no início da programação, de forma a espantar qualquer dúvida quanto à licitude da mensagem.

A seguir, veremos que ambas as técnicas aqui abordadas estão proibidas de ser utilizadas em publicidade voltada para o público infantil e veremos como as decisões do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e do Superior Tribunal de Justiça tratam do tema.

Merchandising e *product placement* de produtos infantis também estão regulamentados no art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Para que seja avaliada a existência de *merchandising* ou de publicidade indireta, o inciso V do art. 37 inclui as diretrizes que devem ser seguidas para avaliar a conformidade das ações, e leva em consideração os seguintes aspectos:

Artigo 37 – Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:
I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

[...]

III – Este Código condena a ação de *merchandising* ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

IV – Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

V – Para a avaliação da conformidade das ações de *merchandising* ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

- a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto;
- b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças;
- c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 529.

Ademais, além do inciso V do art. 37, o inciso III do mesmo artigo condena a “ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado”.

De se concluir, portanto, que por **publicidade indireta** devemos compreender a **publicidade oculta** (ou clandestina), pois implica manipulação da ingenuidade da criança e do adolescente, que passam a ser influenciados de forma inconsciente. Aqui, levando em consideração o universo infantil, mais fácil a manipulação, ficando expressamente vedada e exemplificada a publicidade subliminar.

O inciso IV do art. 37 veda a publicidade denominada *product placement* ou *merchandising*, donde resulta dizer que durante a programação destinada ao público infantil **não poderá haver publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente ao público infantil, ficando restrita aos intervalos comerciais.**

É certo que boa parte dos casos analisados pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária a respeito de publicidade infantil toca, justamente, a inserção de *merchandising* ou *publicidade indireta*, sendo os casos mais comuns já levados à análise dos tribunais brasileiros. Em um deles, a discussão girava em torno da publicidade de chocolate durante a programação destinada exclusivamente ao público infantil (AREsp 1.658.218/SP). Vejamos a ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. Divulgação por emissora de televisão de merchandising voltado a público infantil, na exibição da novela “Carrossel”. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMISSORA RECONHECIDA. Violação apontada pela utilização de merchandising voltado ao público infantil na referida novela, e não no conteúdo ou veracidade da publicidade, a justificar a responsabilização do SBT, emissora responsável pelo programa e a quem coube tomada de decisões referentes a atores, cenários, diálogos e conteúdo da novela. Ademais, eventual responsabilidade direta dos anunciantes/patrocinadores não afasta sua responsabilidade enquanto integrante da cadeia produtiva em relação aos consumidores, por força da regra de solidariedade estabelecida pelo artigo 7º, parágrafo único do CDC. ABUSO CONFIGURADO. Irrelevância da proibição expressa à conduta imputada à ré apenas ter sido consagrada pelo Estatuto da Publicidade em momento subsequente. Jurisprudência/STJ – Decisões Monocráticas. Comportamento que já era vedado pelo artigo 37, § 2º do CDC, legislação vigente ao tempo dos fatos, pela utilização de publicidade subliminar dirigida a crianças, com exibição de produtos no decorrer da novela, sem que pudessem claramente identificar o conteúdo publicitário, de forma a induzi-las ao consumo, prevalecendo-se de sua hipossuficiência. Induvidosa obrigação de pagamento de indenização por danos morais. Arbitramento em R\$ 700.000,00, que se mostra adequado aos escopos da penalidade e princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO IMPROVIDO. Sustenta violação aos artigos 7º do CPC de 2015; 264 e 944, do CC; 7º, 12 e 38, do CDC. 2. Em face das circunstâncias que envolvem a controvérsia e para melhor exame do objeto do recurso, com fundamento no artigo 34, inciso VII, do Regimento Interno do

Superior Tribunal de Justiça, DOU PROVIMENTO ao presente agravo para determinar a sua conversão em recurso especial, sem prejuízo de novo exame acerca de seu cabimento, a ser realizado no momento processual oportuno (STJ, AREsp 1.658.218/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26/5/2020).

O caso dizia respeito a *merchandising* da Cacau Show veiculado em novela do SBT. Na hipótese, não houve apelo expresso ao consumo, mas o fato de ter sido inserido durante a novela desrespeita e desconsidera a maior vulnerabilidade da criança para distinguir a publicidade da programação. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu manter a multa aplicada pelo Procon de São Paulo. Nesse caso, o tribunal manteve também a responsabilidade da emissora de televisão, tendo em vista especialmente se tratar de *merchandising*.

Importante notar que o caso já havia sido analisado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, com recomendação de sustação da publicidade. Vejamos:

NOVELA CARROSSEL – CACAU SHOW

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2012

Representação nº: 210/12

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Cacau Show e TVSBT

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º e 50, letra “c” do Código e seu Anexo H, item 1, alínea K

Resumo: Consumidora de São Paulo considera indevida ação de merchandising da Cacau Show, inserida em capítulo da novela Carrossel. Para ela, não é atenuante o fato de a ação conter menção contra o consumo excessivo de açúcar por crianças.

Em sua defesa, anunciante e veículo alegam não haver apelo imperativo de consumo dirigido a crianças ou qualquer outra situação que desacate as recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O que há, segundo a defesa, é uma promoção cujo prêmio consiste em visita à fábrica da Cacau Show.

O relator propôs a sustação por considerar desrespeitada recomendação expressa no **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, ao utilizar personagem do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a esse *target*, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, de forma a evidenciar a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo da programação. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Em outro caso analisado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, ação de *merchandising* veiculada na mesma novela, também houve recomendação de sustação da publicidade. Nesse caso, a defesa do anunciante seguia no

sentido de que a publicidade era direcionada aos pais e que não houve apelo ao consumo. No entanto, embora o apelo tenha sido direcionado aos pais, a publicidade contraria o código de ética por tratar-se de *merchandising* em programação infantil. Vejamos o caso:

NOVELA CARROSSEL – CHAMYTO 1 E 2

Mês/Ano Julgamento: 2012

Representação nº: 312/12

Autor: Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciantes: Nestlé e SBT

Decisão: Sustação

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letra “c” do Código e seu Anexo

Decisão: Consumidora de São José dos Campos (SP) denuncia ao Conar ações de merchandising do iogurte Chamyto, da Nestlé, na novela Carrossel, do SBT, destinada ao público infantil. Segundo ela, as ações estimulam o consumo do produto e desrespeitam recomendação do Código, que prevê em seu Anexo H: “Ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a esse público-alvo, fazê-lo nos intervalos comerciais, evidenciando distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação”. Em sua defesa, o SBT nega que o trecho destacado pela consumidora seja uma ação de merchandising e que se fosse considerada como tal, não infringiria as recomendações do Código. Este é também o ponto de vista trazido pela defesa da Nestlé, que aduz que a ação é dirigida aos pais e responsáveis, e não às crianças. O relator não aceitou esses e outros argumentos. Para ele, a ação não pode ser definida de outra maneira que não merchandising. Por isso, propôs a sustação, voto acolhido por unanimidade.

Em outra análise, ao utilizar a técnica de *merchandising* dirigida aos menores, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária entendeu por bem sustar a publicidade exibida durante o filme “Peter Pan”, destinado ao público infantojuvenil:

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2009

Representação nº: 409/08

Autor(a): Conar, por iniciativa própria

Anunciante: Nestlé

Relator(a): conselheiro José Genesi Jr.

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra “c” do Código e em seu Anexo “H”

Resumo: O alvo da representação, oferecida pelo diretor executivo do Conar, é a ação de merchandising realizada pela Nestlé no canal TNT, promovendo as Papinhas Nestlé. Segundo a denúncia, em meio à veiculação de filme com elementos do universo infantojuvenil foi inserida a marca do produto alimentício, caracterizando o merchandising dirigido a crianças.

A iniciativa é contrária ao Código, que determina que ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programação destinada a este público-alvo, as empresas devem fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial

ou da programação. Em sua defesa, a Nestlé alegou que o anúncio em questão foi programado exclusivamente para o canal TNT, que tem sua programação focada em telespectadores de 25 a 34 anos.

Argumenta, ainda, que a veiculação foi contratada para ocorrer às quintas-feiras, durante os filmes que se iniciam às 19h30, 21h e 00h30 e que o anúncio em questão foi inserido durante a exibição do longa Van Helsing – o caçador de monstros, que teve início às 1h15 e não tem como alvo o público infantil. O relator recomendou a sustação da veiculação ao constatar que, diferentemente do alegado pela defesa, a inserção não ocorreu no filme indicado pelo anunciante, e sim na exibição de Peter Pan, focado no público infantojuvenil, o que caracteriza a infração ao Código.

O voto foi aceito por unanimidade.

De outra banda, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária analisou exposição da marca em jogo de *videogame* e entendeu que não havia qualquer razão para suspensão da publicidade. No entanto, a questão é controvertida e merece estudo mais aprofundado, uma vez que, ao que indica, houve a utilização da técnica de *product placement* em *videogame* infantil. Eis o caso:

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2020

Representação nº: 060/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: iFood e PlayKids

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra “a”, do Rice

Resumo: Anúncio do iFood foi inserido no jogo PK XD Explore, da PlayKids, sem que fique clara a sua natureza publicitária, além de poder estimular menores de idade a fazerem pedidos usando o aplicativo. A representação foi aberta pelo Conar a partir de reclamação recebida de consumidor.

As anunciantes defenderam-se, explicando o mecanismo do jogo e informando que ele não direciona para o aplicativo e que não foi feito qualquer pagamento pela inserção da marca no jogo. Consideram não haver qualquer estímulo ao uso do iFood, tratando-se de uma ação publicitária de natureza institucional, sem danos às recomendações do Código.

O relator iniciou seu voto reconhecendo caber polêmica sobre o mérito da representação: **a simples menção de uma marca em jogos configura propaganda?** “Parece importante ressaltar que, para a geração que joga o PK XD, a fronteira entre o real e o digital é tênue”, escreveu ele. “Neste caso, o jogo é uma metáfora que reflete o mundo real, os personagens buscam a conquista de prêmios e efetivam a troca de moedas virtuais por benefícios. Neste contexto, a marca iFood está incluída apenas como uma alegoria e referência ao que ocorre no mundo real. O mundo real, diluído no virtual, através de uma marca que não é nem mesmo voltada ao público infantil”.

O relator notou que não há na mensagem publicitária vocativa, apelo de consumo, sequer assinatura da marca, apenas o logotipo da iFood, “colocado exatamente onde a criança está habituada a vê-lo: na mochila do entregador”, observou. “No caso em questão, o serviço não é destinado ao público infantil e não existem intervalos e espaços comerciais, a marca está efetivamente diluída dentro do jogo sem que isso soe agressivo ou exagerado. Assim, considerando que não existe nenhum apelo ao consumo, e que a presença da marca é absolutamente contextualizada, não vejo nenhuma razão para que seja tomada alguma medida por parte deste Conselho. Voto pelo arquivamento do processo”, concluiu o relator. Seu voto foi aceito por unanimidade (grifo nosso).

E ainda:

AMBEV – CORRE SIÔ

Mês/Ano Julgamento: Agosto/2020

Representação nº: 025/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ambev

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação, alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras “a”, “b” e “c”, do Código e seu Anexo P

Resumo: Inserção de publicidade em game (aplicativo de celular), que pode ser acessado até por crianças abaixo dos dez anos, atraiu reclamação de consumidor. No jogo, notou o consumidor, é divulgada publicidade da cerveja Magnífica, produzida pela Ambev. Tal prática contraria recomendação do Código, em especial as contidas no artigo 2º do Anexo P:

Princípio da proteção a crianças e adolescentes: não terá crianças e adolescentes como público-alvo. Diante deste princípio, os Anunciantes e suas Agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias.

O consumidor notou ainda que o jogo foi divulgado em anúncios em redes sociais. Não se verifica, por fim, a inserção no jogo da cláusula de advertência prevista no Código e, na postagem, ela é apresentada na lateral do anúncio e em tamanho de letra que dificulta a leitura. O Código, vale lembrar, recomenda que a cláusula de advertência deve ser incluída de forma legível, ostensiva e destacada, observando-se os critérios estabelecidos na Resolução nº 02/08, que dispõe que o anúncio deve “permitir a perfeita comunicação das cláusulas de advertência e de facilitar sua apreensão pelo público.”

Em sua defesa, a Ambev explicou que não tem ingerência sobre a indicação etária dos aplicativos e que solicitou que o jogo fosse destinado a maiores de idade. Inicialmente esta recomendação foi atendida, mas uma atualização do software tornou-a falha. Cientificada da denúncia do Conar, a anunciante optou pela suspensão da distribuição do jogo, até que as falhas sejam corrigidas. A defesa informou ainda que a página da cerveja Magnífica nas redes sociais tem

99% de audiência de público acima de 18 anos, sendo que os demais usuários já foram bloqueados.

O relator da representação não aceitou os argumentos da Ambev e propôs a sustação da publicidade da cerveja no jogo até que seja limitado a maiores de idade. Quando se tiver tal segurança, recomendou a alteração, para que seja dado maior destaque à frase de consumo responsável. As penas foram agravadas por advertência ao anunciante, por falha no age gate na rede social. “Esse tipo de falha é inconcebível, sendo impossível medir o impacto negativo gerado no público infantil”, escreveu o relator em seu voto. Ele foi acompanhado por unanimidade em suas recomendações.

Riot games – Jogue LOL agora – League of legends

Mês/Ano julgamento: Março/2020

Representação nº: 004/20

Autor: Conar por iniciativa própria

Anunciante: Riot Games

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letra “b”, do Código e seu Anexo P

Resumo: Inserção publicitária veiculada em canal de temática infantojuvenil em rede social, sob a responsabilidade do anunciante Riot Games, motivou esta representação, proposta pela direção do Conar, por considerar que dirige oferta direta a menores de idade.

A peça publicitária, que promove um jogo online, usa expressões como “baixou, instalou e jogou” e “isso se você baixar mesmo, você decide”. Entretanto, a aquisição do jogo anunciado demanda aceitação de termos e condições, dependendo, portanto, da supervisão dos responsáveis, o que não é mencionado no anúncio. Além disso, consta do site classificação etária do jogo anunciado, para maiores de 12 anos, demandando a necessidade de se demonstrar a compatibilidade da mensagem com a audiência do canal ou, ao menos, alerta etário.

A anunciante não se defendeu, ainda que devidamente cientificada da abertura da representação pelo Conar.

A relatora concordou com a denúncia, em todos os seus aspectos. Por isso, votou pela alteração, sendo acompanhada por unanimidade.

A questão é polêmica, merece atenção e análise apurada de cada caso. Entendemos, no entanto, que as orientações do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária são claras e resta pouca dúvida quanto ao uso das técnicas ora estudadas.

- ***Merchandising e product placement no CARU (USA)***

Conforme dissemos, nos Estados Unidos, o CARU determina que a publicidade deve observar a dificuldade da criança em compreender a diferença entre a publicidade e publicações como artigos ou editoriais, ou ainda programas de TV. Assim, quando existam anúncios feitos dentro de programas e outros meios de comunicação, deve-se deixar clara a publicidade por meio de apresentações precisas sobre a natureza da mensagem passada.

A mensagem deverá fazer distinção entre a programação (ou programa) ou publicação e a propagação de publicidade, separando os conteúdos de forma precisa, a fim de que a propaganda não fique diluída na mensagem publicitária.

Sobre o uso de personagens de programas infantis, reais ou animadas, não podem ofertar produtos, prêmios ou serviços por meio da publicidade, dentro de um programa de TV ou ainda em seu intervalo em que figuram como parte do elenco, de forma direta para crianças menores de 12 (doze) anos de idade. Da mesma forma, produtos derivados desses programas não podem ser promovidos durante ou nos intervalos do programa.

Ainda nesse sentido, nas outras mídias, como as de conteúdo editorial, os personagens associados ao conteúdo da publicação também não poderão promover produtos ou serviços, dentro do conteúdo ou em seu intervalo, ou próximo a ele, a não ser que deixem claro, de forma facilmente compreensível, que se trata de uma publicidade.

Ambas as disposições não são aplicadas para a mera presença do produto ou personagem no programa de TV, rádio ou conteúdo editorial.

Em relação aos *websites* e serviços *on-line* destinados a crianças, se houver conteúdo publicitário dentro da atividade *on-line* ou de *games*, será necessário deixar claro que o conteúdo tem intenção de oferta comercial. Seguem a mesma disposição os conteúdos publicitários inseridos em *videogames*, CD-ROMs, DVDs e *softwares* infantis.

Por fim, ressaltamos que personagens de programas infantis, reais ou animadas, não podem ofertar produtos, prêmios ou serviços, durante de um programa de TV ou ainda em seu intervalo, de forma direta para crianças menores de 12 (doze) anos de idade. Produtos derivados desses programas também não podem ser promovidos durante ou nos intervalos do programa.

Dessa forma, de acordo com as previsões estabelecidas no regulamento, percebemos uma clara proibição das técnicas publicitárias em comento quando dirigidas às crianças, visto a dificuldade destas em compreender a distinção entre o conteúdo da programação e o produto ou serviço anunciado.

- ***Merchandising e product placement no CAP e BCAP (UK)***

Conforme dissemos na Parte 3 da nossa pesquisa, nos casos de publicidade diretamente dirigida à criança, o CAP e o BCAP, a publicidade tem como norte o dever de levar em conta a forma como ela percebe e reage ao marketing, considerando sua idade, experiência e o contexto em que a mensagem é enviada.

Ademais, o BCAP exorta a necessidade de consideração e proteção da criança quando a publicidade: i) for direcionada ou interessar a crianças; ii) apresentá-las como profissionais ou amadoras; ou iii) influenciá-las negativamente, mesmo que a publicidade não seja de interesse delas.

Os critérios do *BCAP Code* em relação à publicidade infantil seguem os mesmos critérios do *CAP Code*, quais sejam: proteção da integridade física e mental; respeito à credulidade e inocência da criança; respeito à autoridade parental. Da mesma forma que nos Estados Unidos, o Reino Unido não trata especificamente da técnica publicitária de *product placement* e *merchandising*.

- ***Merchandising e product placement nas Diretivas Europeias***

Conforme dissemos na Parte 3 desta pesquisa, a **Diretiva 2005/29/CE**, alteradora da **Diretiva 89/522/CE**, regulou, entre outros assuntos, as práticas comerciais desleais em face dos consumidores. Expressamente, o art. 5º considera prática comercial desleal a prática contrária às exigências relativas à diligência profissional ou a que distorce ou é suscetível de distorcer o comportamento econômico do consumidor médio a que se destina o produto, quando a prática comercial for destinada a determinado grupo de consumidores.

A Diretiva preocupa-se com as práticas comerciais que podem ser suscetíveis de distorcer o comportamento de grupos particularmente “em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo”.

Ressalta, no entanto, que a disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima de fazer afirmações exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente, também conhecida como *puffing*.

No item 18 das considerações iniciais, a Diretiva esclarece:

Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio

desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, **sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças**, as proteja de exortações directas à aquisição (grifo nosso).

A Diretiva 2005/29/CE reforça, portanto, o art. 16 da Diretiva 89/552/CE, para que a ingenuidade e credulidade da criança não sejam exploradas pelos fornecedores e, ainda, para reafirmar a ideia de grupo especialmente vulnerável frente ao mercado de consumo, com necessidade de proteção especial.

De se notar, portanto, que a referida Diretiva trouxe grande preocupação com a maior vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo, mas não proíbe a publicidade ou práticas comerciais dirigida ao público infantil. Todavia não tratou especificamente do *product placement* ou *merchandising*, deixando margem para eventual discussão quanto ao tema.

- ***Merchandising e product placement na França***

Da mesma forma, a França desautorizou o uso das técnicas aqui discutidas quando voltadas às crianças. Conforme já mencionado na terceira parte desta pesquisa, a Lei nº 2016-1771, de 20 de dezembro de 2016, trata da supressão da publicidade durante a exibição dos programas destinados ao público infantojuvenil na televisão aberta francesa, demonstrando a incompatibilidade da técnica para a publicidade voltada a produtos e serviços destinados às crianças.

1.2. Publicidade digital

É possível afirmar que a *internet* é protagonista dos meios de comunicação utilizados no cotidiano das pessoas. Por ser tão popular, tornou-se parte importante da forma de promoção dos anúncios, levando o consumidor a conviver com diversos tipos de mensagens publicitárias inseridas no ambiente digital, atraindo grande interesse do direito do consumidor.

O meio digital desempenha papel fundamental na promoção das marcas e do mercado de consumo, e, cada dia mais, observamos o fenômeno do *e-commerce*, dos *digital influencers* e dos anúncios publicitários alavancando o consumo, ditando as tendências e os estilos de vida a ser adotados na modernidade.

Nesse sentido, podemos entender como publicidade digital qualquer mensagem publicitária inserida nos meios de comunicação digital, tais como redes sociais, *blogs*, *vlogs*, páginas da *web*, anúncios em *sites* de busca, além de mensagens publicitárias enviadas por SMS/MMS, em aplicativos ou *games*, entre outros meios digitais.

Importante destacar que, independentemente dos meios de comunicação em que a publicidade é transmitida, sejam eles digitais ou tradicionais, as regras aplicáveis à publicidade são as mesmas. Ainda nessa lógica, é necessário ainda mais atenção ao cumprimento dessas normas em meio digital diante do alcance maior da mensagem publicitária, bem como da dificuldade no controle de todos os anúncios nessas mídias digitais.

Conforme já dissemos, a publicidade deve ser de fácil e rápida identificação por parte do consumidor. Embora não haja regulação específica quanto à publicidade digital, é possível utilizar as regras do Código de Defesa do Consumidor, do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária da atual Lei Geral de Proteção de Dados para compreender os seus contornos e limites.

Nesse sentido, o art. 8º do o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária estabelece que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”. Dessa forma, “de maneira sucinta e abrangente é definido que todos os formatos de anúncios, exceto os casos o formato de *teaser*, devem estar identificados como tal, independentemente de sua forma de veiculação”²⁰.

Como visto, apesar da obrigação de que todos os anúncios, em todas as formas de vinculação, observem o princípio da identificação, nos meios digitais, o formato e o conteúdo têm sido delineados de forma dinâmica e distinta. Os anunciantes têm compreendido o desgaste da publicidade em forma de anúncios tradicionais na internet, que por muitas vezes são evitados pelo consumidor. Diante desse cenário, os anúncios vêm facilmente sendo inseridos no conteúdo digital consumido pelo consumidor.

Ensina Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

Recentemente, o marketing vem se desenvolvendo de forma a melhor captar a atenção do consumidor, haja vista a “fuga” do consumidor aos anúncios digitais e sua capacidade de bloquear anúncios enquanto assistem à programação digitalizada. Nesse contexto, surge o que os publicitários denominam de “native advertising” ou “marketing de conteúdo” – mensagens

²⁰ SCHERER, Anderson; RABAIOLLI, Janderle. **O princípio da ostensividade publicitária frente aos novos formatos de comunicação persuasiva**. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Caxias do Sul-RS – 15 a 17/6/2017. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sul2017/resumos/R55-0248-2.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

pagas, direta ou indiretamente, pelo anunciante, e que se apresentam em formato integrado ao conteúdo regular oferecido no meio interativo digital²¹.

Nesse contexto, o anunciante estuda o conteúdo digital que mais se encaixa nos padrões de seu produto ou serviço, e, valendo-se de sua programação, insere publicidade na forma de comentário, crítica ou narrativa, podendo facilmente confundir o consumidor acerca da natureza daquela mensagem, culminando em afronta ao princípio da identificação.

Diante desse cenário e do efeito oculto que traz a mensagem publicitária, diversos países têm levantado discussões acerca de novas regras capazes de prevenir mensagens publicitárias ocultas. A finalidade consiste em regulamentar editoriais publicitários para estabelecer limites entre a liberdade de comunicação do anunciante e a proteção dos direitos dos consumidores.

Assim como a maior parte das técnicas, exige-se a total compreensão do conteúdo promocional da mensagem, que deve ser clara ao consumidor, afastando qualquer possibilidade de confusão quanto à sua intenção. Nessa toada, cabe ao anunciante estabelecer maneiras para que seja facilmente percebido pelo consumidor, seja pela linguagem, pelo tom ou pelo teor promocional daquela comunicação.

Nesse contexto, Anderson Scherer e Janderle Rabaiolli exemplificam as formas de alertar o consumidor acerca da natureza daquela mensagem:

Nos *blogs* os *posts* patrocinados devem estar indicados logo no início do texto. No Instagram apenas a utilização de #publipost ou #postpatrocinado no final do texto não são suficientes. É necessário logo no início do texto, de preferência antes do título, deixar estritamente claro qual a natureza do *post*²².

Importante esclarecer também sobre o conteúdo gerado por terceiros de forma espontânea. Essa situação, em que terceiro não associado a empresa, marca ou produto, se manifesta em relação a um destes, de forma espontânea, não está sujeita às normas publicitárias aqui descritas. Dessa maneira, as críticas expostas em *reviews*, artigos, *blogs*, entre outros, desde que completamente afastadas de qualquer promoção, são manifestação de opiniões e estão em acordo com nosso sistema normativo.

²¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 302.

²² SCHERER, Anderson; RABAIOLLI, Janderle. **O princípio da ostensividade publicitária frente aos novos formatos de comunicação persuasiva**. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – Caxias do Sul-RS – 15 a 17/6/2017. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/sul2017/resumos/R55-0248-2.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

Assim, ressalta-se que, caso o conteúdo seja publicitário e tenha qualquer tipo de relação entre a marca e a mensagem do terceiro, será necessário que o caráter promocional fique evidenciado aos consumidores, e, caso possa confundi-los quanto à sua natureza, que o terceiro deixe explicitado com termos que esclareçam tratar-se de publicidade.

O tema será mais bem explorado na Parte 6 deste trabalho, inclusive em relação ao uso dos dados pessoais de crianças e adolescentes para direcionar publicidade.

1.3. *Teaser*

Técnica publicitária muito utilizada, o *teaser* consiste no anúncio instigante ao consumidor, que tem como objetivo anteceder publicidade, chamando a atenção do público para sua campanha. É, dessa forma, espécie de “provocação”, introduzindo mensagem com alguma ligação com o produto ou serviço que será promovido em momento próximo.

De tal modo, desperta a curiosidade do consumidor, estimulando seu imaginário, daí seu nome, *teaser*, que em inglês significa “provocante”. Tal provocação tem como finalidade instigá-lo a adquirir o produto ou serviço quando anunciado pela divulgação da campanha publicitária oficial.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, nos arts. 9º e 10 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, assim define o *teaser*:

Artigo 9º – A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

§ 1º – [...]

§ 2º – O “teaser”, assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço.

Artigo 10. A publicidade indireta ou “merchandising” submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios da ostensividade (art. 9º) e identificação publicitária (art. 28).

Como exemplo dessa técnica publicitária podemos citar o famoso comercial da cerveja Devassa, exibido em 2010. O *teaser* que o antecedeu teve enorme repercussão entre os consumidores brasileiros. Tratava-se de um vídeo, circulado pelas emissoras nacionais de TV e pela internet, em que um vizinho fotografava secretamente uma loira misteriosa dançando no apartamento em frente ao seu. Ao final do vídeo, foi vinculado um *site* intitulado “bem misteriosa”, visualizado por milhões de pessoas, e que alcançou um grande público, curioso para entender quem era a “loira misteriosa”.

Revelada pouco depois como Paris Hilton, a garota-propaganda da cerveja Devassa, a campanha publicitária foi bem-sucedida e é lembrada nos dias atuais (ainda que posteriormente suspensa devido ao conteúdo inadequado – imoral – dos *teasers* e das mensagens publicitárias posteriores).

Definida a técnica, importante esclarecer que o *teaser* é estratégia de marketing lícita em nosso ordenamento, sendo, como dito anteriormente, amplamente utilizada pelos veículos de publicidade brasileiros. Isso porque sua principal característica é instigar a curiosidade do consumidor sobre o lançamento de determinado produto ou serviço no mercado, o que, por óbvio não a afasta da subordinação ao princípio da identificação da mensagem publicitária.

Ocorre, entretanto, que a utilização da técnica de *teaser* não poderá ser confundida com materiais editoriais, o que poderia levar ao sentimento de enganação por parte dos consumidores.

Nesse sentido, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias comenta o *teaser* “Perdi meu amor na balada”, feito pela Nokia em 2012 e vinculado no Facebook e no Twitter:

Tratou-se de um vídeo no qual um jovem, chamado Daniel Alcântara, pedia ajuda das pessoas para encontrar Fernanda, uma suposta garota que conhecera e por quem se apaixonara numa casa noturna de São Paulo. Além do vídeo, foram igualmente colocados cartazes com o retrato falado da personagem em diferentes pontos de São Paulo. A “história de amor” até então não estava identificada como publicidade, e foi intensamente compartilhada em redes sociais por internautas que se comoveram com o apelo do rapaz. Uma semana depois a Nokia revelou o *teaser* da campanha, com a veiculação de um novo vídeo que apresentava o desfecho do romance do casal e divulgava o lançamento do novo modelo de smartphone 808 *PureView* da Nokia (cuja definição de sua câmera fotográfica seria tão precisa que um terceiro teria fotografado, na mesma balada, o momento em que a personagem entrega seu número de telefone ao jovem apaixonado)²³.

Na situação narrada, houve desconfiança por parte dos consumidores, que se sentiram enganados, uma vez que, diante das publicações, foram envolvidos pelo drama de Daniel e torceram, entusiasticamente, pelo suposto romance dos personagens. Tal desconforto gerou, inclusive, reclamações ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e Procon-SP, o que demonstra que o objetivo do *teaser*, de estreitar uma campanha de sucesso, não foi atingido.

Diante desse exemplo, podemos concluir que, ainda que não fique claro ao consumidor qual produto e suas especificações estão sendo (ou serão) anunciados, o

²³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 333.

teaser deve atentar-se à identificação clara e precisa da mensagem levada ao consumidor, para que não incorra em abusividade e/ou enganosidade perante este.

1.4. Exagero publicitário (*puffing*)

O *puffing*, também conhecido como exagero publicitário, é técnica usada para chamar atenção do consumidor por meio de linguagem claramente imoderada, descomedida, que através do uso de hipérboles empenha-se em convencer o consumidor das diversas qualidades que um produto ou serviço possui. Percebemos aqui o uso de excessivos elogios e características excepcionais, que, para que não sejam considerados afronta ao princípio da veracidade, precisam deixar claro o caráter exagerado do anúncio, não podendo levar o consumidor a erro.

Assim, fica claro que, embora lícita pelo ordenamento jurídico, a técnica publicitária está submetida aos princípios da veracidade, da lealdade e da boa-fé, tornando necessário que o anunciante deixe inequívoco o uso da hipérbole na mensagem publicitária, seja pela entonação, pela linguagem ou até mesmo pela redação utilizada.

Nesse sentido, de acordo com Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

Ao direito – pelo menos como entendemos – causa repulsa qualquer forma de falsidade ou induzimento em erro, mesmo aquela praticada “inocentemente”, já que é difícil imaginar tanta inocência quando é com base nela que o consumidor é incentivado a adquirir o produto ou serviço. O problema, no caso do exagero, é sempre o de traçar o limite entre o lícito e o ilícito²⁴, ou seja, “em decidir quais afirmações são mero exagero e quais outras constituem engano real do público”²⁵.

Dessa forma, percebe-se a necessidade de estabelecer limites razoáveis entre a liberdade de expressão e a proteção do consumidor. Assim, para que seja reconhecida como técnica lícita pelo ordenamento jurídico e pelos órgãos reguladores da publicidade, a mensagem não pode ludibriar o consumidor quanto às qualidades do produto ou serviço anunciado, usando da técnica como mera forma de chamar a atenção para o anúncio.

Importante destacar, ainda, que as qualidades descritas no anúncio devem, mesmo que minimamente, corresponder à realidade. Os anúncios feitos com a técnica do *puffing* que se distinguem completamente da realidade também podem induzir o consumidor a

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FILOMENO, Daniel Roberto Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 350.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FILOMENO, Daniel Roberto Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 350.

erro, o que confrontaria, mais uma vez, o princípio da veracidade. Além disso, salienta-se que a publicidade deve atribuir qualidades subjetivas à mensagem (como naquelas que atribuem a qualidade de “melhor do mundo” ao produto ou serviço), claramente advindas da opinião e intenção comercial do anunciante.

Assim, conforme Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, “anúncios que não sejam capazes de medição objetiva (‘um produto maravilhoso’), ou que não possam ser levados a sério (‘Esso põe um tigre no seu carro’) não são considerados enganosos, desde que seus produtos não sejam de tão má qualidade ou sem valor ao ponto de cobrir de inexatidão os termos”²⁶.

Além disso, importante afastar qualquer qualidade que transmita posição de superioridade e exclusividade ao produto ou serviço ofertado. Frases como “a TV com a melhor resolução do mercado” poderiam ser interpretadas de forma errônea pelo consumidor, levando-o à aquisição de um produto ou serviço por informação genérica ou desleal. Por óbvio, tal regra não é aplicada aos produtos e serviços que de fato possuam superioridade e exclusividade dentro do mercado, desde que tais características sejam provadas pelo anunciante.

Em relação ao *puffing*, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu art. 37, exige que, quando a publicidade de produtos for destinada ao público infantil, o anúncio deverá respeitar as suas características psicológicas, presumindo a sua menor capacidade de discernimento. Vejamos:

Artigo 37. Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais: [...]

2. Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

- a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo deste normativo;
- b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FILOMENO, Daniel Roberto Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2011. p. 350.

Assim, qualquer tipo de exagero deve ser feito de forma a respeitar a capacidade de entendimento do público mirim, o que dificulta bastante a utilização desse tipo de técnica para os produtos destinados a crianças.

Conforme já dissemos na Parte 3, a **Diretiva 2005/29/CE**, alteradora da **Diretiva 89/522/CE**, regulou, entre outros assuntos, as práticas comerciais desleais em face dos consumidores. Expressamente, o art. 5º considera prática comercial desleal aquela contrária às exigências relativas à diligência profissional, distorcida ou suscetível de distorcer o comportamento econômico do consumidor médio a que se destina o produto, quando a prática comercial for destinada a determinado grupo de consumidores.

Nas considerações iniciais, item 03, a Diretiva preocupa-se com as práticas comerciais que podem ser suscetíveis de distorcer o comportamento de grupos particularmente “em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo”.

Ressalta, no entanto, que a disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima de fazer afirmações exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente, também conhecida como *puffing*.

No item 18 das considerações iniciais, a Diretiva esclarece:

Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, **sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças**, as proteja de exortações directas à aquisição (grifo nosso).

De se notar, portanto, que a referida Diretiva trouxe grande preocupação com a maior vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo, mas não proibiu a publicidade ou as práticas comerciais dirigidas a esse público.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, ao comentar a diretiva, adverte:

A doutrina espanhola, em comentários à Diretiva 2005/29/CE, que versa sobre práticas desleais de fornecedores perante os consumidores (em especial sobre a publicidade enganosa), explica, ao comentar a exposição de pessoas especialmente vulneráveis (ex.: crianças) às mensagens (art. 5.3 da Diretiva), **que o critério para avaliação da enganosidade em relação a estas pessoas especialmente vulneráveis não deve ser o da exposição à publicidade, mas deve ter em conta o grupo de pessoas cuja mensagem pode diretamente afetar o comportamento econômico**: “no bastará con que los consumidores vulnerables queden expuestos a la práctica comercial (se encuentren, de hecho, entre los consumidores afectados, sino que es además preciso que verse sobre

una transacción (en el sentido del artículo 2k de la Directiva) que pueda ser decidida directamente por esta clase de consumidores o a instancia de ellos” (MASSAGUER, José. *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, op. cit., p. 93). Este raciocínio da doutrina espanhola, que leva em conta para fins de análise de enganabilidade as pessoas *cujos comportamentos econômicos possam ser distorcidos pela publicidade enganosa*, está em perfeita linha com as nossas considerações sobre a necessidade de se avaliar a enganabilidade a partir do consumidor típico (consumidores reais e potenciais) dos produtos e serviços ofertados, não se admitindo a extensão do conceito de consumidor por equiparação (art. 29) para incluir nesta análise os excluídos do consumo de tais produtos e serviços objeto da publicidade. (grifo nosso)

Ressaltamos que outros regulamentos demonstram preocupação quanto à utilização da técnica publicitária em comento quando usada para promover produtos e serviços infantis. Nesse sentido, na França, o Code de la Chambre Commerce Internationale (Código ICC) determina a apresentação de todas as características do produto ou serviço ofertado ao público infantojuvenil. Dessa forma, suas dimensões, valores, natureza e duração de vida, além dos resultados esperados de seu uso devem ser precisamente informados, alertando, inclusive, para a necessidade de outros produtos para sua funcionabilidade (como necessidade de pilhas, por exemplo).

Nessa toada, a publicidade ainda não poderá trazer sugestões de que a utilização do produto apresentado pode levar ao desenvolvimento de habilidades físicas ou sociais impossíveis na criança ou no adolescente, ou, ainda, suscitar sentimento de urgência em sua aquisição, em razão de seu caráter indispensável.

Ainda nesse sentido, os códigos de autorregulação ingleses Committee of Advertising Practice (CAP) e Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP) também trazem disposição relacionada ao exagero no resultado alcançado na utilização de produto ou serviço voltado ao público infantil. Dessa maneira, deve a publicidade deixar claros às crianças o valor, o tamanho, a performance e as características do produto ou serviço, distinguindo de forma explícita a realidade da fantasia, sem exagerar na performance alcançada pelo produto.

Por fim, ressaltamos que a mesma disposição é encontrada no código de autorregulação americano Children's Advertising Review Unit (CARU), que traz como princípio básico de todas as regras contidas em seu código a proibição de gerar expectativas exageradas sobre a qualidade do produto ou sobre sua performance, confundindo a criança.

1.5. Publicidade testemunhal

A publicidade testemunhal pode ser compreendida como aquela que utiliza depoimentos pessoais de celebridades, consumidores e profissionais experientes em relação ao produto ou serviço anunciado como forma de corroborar as qualidades atribuídas pela marca. Dessa forma, as declarações dessas figuras são vinculadas ao anúncio a fim de garantir maior credibilidade por parte do consumidor, que tende a associar essas declarações como confiáveis, diante dos depoimentos envolvidos.

Atenta-se para o fato de que a publicidade que envolve pessoas encenando contextos da rotina e vida corriqueira das pessoas em sociedade não é considerada publicidade testemunhal. Ao anunciar produto ou serviço por meio de encenação de atores que validam as qualidades e propriedades exaltadas pela marca, o consumidor percebe, de pronto, o teor publicitário da mensagem.

Assim, para que seja considerado o uso da técnica de publicidade testemunhal, é preciso que haja a participação de celebridades ou autoridades no assunto do anúncio. Pode contar ainda com a participação de consumidores anônimos, quando o formato da publicidade estiver voltado para narrativa de pessoas que explicitam as boas experiências que vivenciaram diante do uso do produto ou serviço anunciado.

Nesse caso, diante do caráter da técnica publicitária e da possibilidade de induzir a erro o consumidor, levando-o a acreditar na natureza puramente testemunhal da mensagem, é necessário que sua vinculação seja dada de forma cuidadosa, em respeito aos princípios da boa-fé e da veracidade e ao disposto nos arts. 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda nessa perspectiva, importante destacar que toda e qualquer publicidade testemunhal deve oferecer opiniões verdadeiras sobre o produto ou serviço anunciado. Assim, para que esteja de acordo com as regras e os princípios do código consumerista e da Constituição Federal, necessário que o testemunho ressalte qualidades verdadeiras do produto ou serviço, e que sejam, sobretudo, comprováveis, conforme o disposto nos arts. 36, parágrafo único, e 38 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 27, § 9º, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Ademais, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu anexo Q, ocupa toda a seção para explicar a publicidade testemunhal. Vejamos:

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – anexo Q
Testemunhal é o depoimento, endosso ou atestado através do qual pessoa ou entidade diferente do Anunciante exprime opinião, ou reflete observação e experiência própria a respeito de um produto. De acordo com esta definição, o testemunhal pode ser classificado como:

1. Testemunhal de especialista/perito: é o prestado por depoente que domina conhecimento específico ou possui formação profissional ou experiência superior ao da média das pessoas.

2. Testemunhal de pessoa famosa: é o prestado por pessoa cuja imagem, voz ou qualquer outra peculiaridade a torne facilmente reconhecida pelo público.

3. Testemunhal de pessoa comum ou Consumidor: é o prestado por quem não possua conhecimentos especiais ou técnicos a respeito do produto anunciado.

4. Atestado ou endosso: é o emitido por pessoa jurídica, refletindo a sua posição oficial. Por se reconhecer no testemunhal, em qualquer de suas modalidades, técnica capaz de conferir maior força de comunicação, persuasão e credibilidade à mensagem publicitária, este Anexo introduz as seguintes recomendações especiais, além das já instituídas no corpo do Código (Artigo 27, § 9º):

1. Testemunhal de Especialista/Perito.

1.1. O anúncio deverá sempre nomear o depoente e apresentar com fidelidade a sua qualificação profissional ou técnica.

1.2. O produto anunciado deverá ter estrita correlação com a especialidade do depoente.

1.3. O anúncio que se apoiar em testemunho isolado de especialista ou perito não deverá causar a impressão de que ele reflita o consenso da categoria profissional, da entidade ou da associação a que, eventualmente, pertença.

1.4. O testemunho prestado por profissional estará limitado pelas normas legais e éticas que disciplinam a respectiva categoria.

2. Testemunhal de Pessoa Famosa.

2.1. O anúncio que abrigar o depoimento de pessoa famosa deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as recomendações do Código.

2.2. O anúncio apoiado em testemunhal de pessoa famosa não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do Consumidor em relação ao produto.

2.3. Não será aceito o anúncio que atribuir o sucesso ou fama da testemunha ao uso do produto, a menos que isso possa ser comprovado.

2.4. O Anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público.

3. Testemunhal de Pessoa Comum ou Consumidor.

3.1. Sempre que um consumidor for identificado, seu nome e sobrenome devem ser verdadeiros.

3.2. Os modelos profissionais, os empregados do Anunciante ou das Agências de Propaganda não deverão se fazer passar por Consumidor comum.

3.3. O testemunho de Consumidor ficará limitado à experiência pessoal com o produto, não podendo alcançar assuntos de natureza técnica ou científica a respeito dos quais não possua capacitação ou habilitação profissional compatível.

4. Atestado ou Endosso.

4.1. O atestado ou endosso emitido por pessoa jurídica deverá refletir a sua posição oficial a respeito do assunto.

4.2. Aplicam-se ao atestado ou endosso as recomendações deste Anexo, em especial as atinentes ao testemunhal de especialistas/peritos.

5. Normas Relacionadas com a Obtenção e Validade dos Testemunhais.

5.1. Todo Anunciante, ou sua Agência, estará obrigado a comprovar/demonstrar a veracidade do testemunhal, sempre que isto lhe for solicitado.

5.2. O testemunhal obtido mediante câmera oculta só poderá ser veiculado com a autorização expressa da testemunha ou de seus responsáveis. É aceitável que essa autorização seja obtida através de remuneração.

6. Normas Relacionadas com a Divulgação de Testemunhos e Atestados.

6.1. O Anunciante, ou a sua Agência de Propaganda, deverá obter autorização escrita da testemunha antes de proceder à veiculação. Essa autorização poderá ser exigida pelos veículos.

6.2. Anunciantes concorrentes deverão abster-se da utilização do testemunhal de uma mesma pessoa ou entidade, sempre que dela possa redundar confusão para o Consumidor.

Caso julgado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária a respeito da publicidade testemunhal envolveu a opinião de um pediatra sobre um produto alimentício. Nesse caso, o órgão entendeu por bem que o anúncio deveria ser alterado para cumprir a autorregulação. Vejamos:

DANONINHO – OPINIÃO DO PEDIATRA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2007

Representação nº: 236/07

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Anunciante e agência: Danone e Young & Rubicam

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 23, 27 parágrafo 8º, 37, 50 letra “b” do Código e seu Anexo “H”

Resumo: Consumidor denunciou comercial de TV da Danone por utilizar o testemunhal de um médico pediatra para impingir o consumo do produto anunciado. Na peça, um pediatra recomenda o consumo de nutrientes e mães dão testemunhais sobre a importância do produto na dieta de seus filhos. O anunciante se manifestou alegando que o médico não faz qualquer menção ao produto, sendo seu depoimento de cunho exclusivamente educativo com o objetivo de lembrar as mães de que seus filhos precisam de uma alimentação balanceada. Em seu parecer, o relator considerou que o espírito educativo alegado pela defesa está longe de ser o objetivo do comercial. Por isso, recomendou a alteração da peça, para excluir o depoimento do pediatra. Seu voto foi aceito unanimemente pelos membros do Conselho de Ética.

Nessa toada, necessário ressaltar o papel dos diferentes meios de comunicação na vinculação de publicidade testemunhal. Nas rádios e televisões, mídias ainda comuns aos consumidores, a regulamentação da publicidade se dá de forma mais regular e eficaz, sendo incontestável que as regras e disposições acerca do assunto no Código de Defesa do Consumidor e no Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária ainda refletem a realidade da época em que esses meios de comunicação eram usados de forma prevalente.

Dessa forma, diante do cenário de autorregulação da publicidade, bem como do alcance que obtém na propagação das mensagens publicitárias, o controle dessa técnica publicitária se dá de forma mais eficaz. O emprego de depoimentos de celebridades nacionais é identificado, já que, quando vinculados à programação, possuem formato

facilmente constatado por telespectadores, afastando, em sua grande maioria, a possibilidade de confundir o consumidor. Sobre os influenciadores digitais, trataremos deles em apartado, logo depois das questões relacionadas à publicidade digital.

Vale notar também que o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, em seu art. 37, proíbe que crianças e adolescentes figurem como modelos publicitários em anúncio de bebidas alcoólicas ou de produtos incompatíveis com a sua condição. Da mesma forma, em seu Anexo H, ao tratar da publicidade de alimentos e bebidas, também insere parâmetros para a publicidade destinada a crianças. Vejamos.

Artigo 37 – Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

[...]

§ 1º – Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

ANEXO “H” Alimentos, Refrigerantes, Sucos e Bebidas Assemelhadas

[...]

1. Disposições Gerais – Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão:

[...]

k. ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação;

l. abster-se de utilizar crianças muito acima ou muito abaixo do peso normal, segundo os padrões biométricos comumente aceitos, evitando que elas e seus semelhantes possam vir a ser atingidos em sua dignidade.

1.6. Publicidade comparativa

Trata-se de técnica publicitária que tem como objetivo comparar o produto ou serviço anunciado com os demais similares vendidos pela concorrência. Dessa forma, o anunciante demonstra a superioridade de seu produto ou serviço por meio do confronto de suas diferenças com o da concorrência, convencendo o consumidor de que sua marca oferece melhor qualidade em paralelo às outras do mercado. De acordo com Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

A publicidade comparativa consiste, pois, na técnica cuja função é a de colocar em relevo a supremacia ou vantagem dos produtos ou serviços próprios do anunciante em relação aos dos concorrentes através da confrontação das características dos primeiros perante os segundos. O anunciante contrapõe a própria oferta com a oferta de um terceiro, de modo a demonstrar aos consumidores que os produtos ou serviços distribuídos sob a marca do

empresário anunciante são superiores aos produtos ou serviços alheios, destacando-se, por conseguinte, a maior conveniência de sua oferta²⁷.

Nesse sentido, importante destacar que a comparação pode ocorrer em produtos e serviços tanto de marcas concorrentes quanto da própria marca anunciante. Dessa forma, o elemento principal dessa técnica consiste no confronto entre dois produtos ou serviços de forma a privilegiar aquele anunciado, convencendo o consumidor de sua superioridade em relação aos demais.

Ressalta-se aqui que o elemento comparativo pode ser explícito, hipótese em que não restem dúvidas ao consumidor quanto à situação de comparação entre os dois produtos ou serviços, ou implícito, hipótese em que a referência ao concorrente é feita de forma que o consumidor deduza a comparação. Na segunda circunstância, importante destacar que, para que seja considerada publicidade comparativa implícita, a comparação precisa ter condições de ser identificada pelo consumidor.

Destaca-se que, para que a técnica seja admitida, ela deve atender a alguns requisitos²⁸. Entre eles, a publicidade deve ter por princípio básico a objetividade na comparação, uma vez que dados subjetivos podem conter reações emocionais enganosas ao consumidor, não constituindo forma válida de comparar produtos ou serviços. É necessário, ainda, que as informações fornecidas pelo anunciante na comparação sejam passíveis de comprovação e que os objetos tenham correspondência, levando-se em conta padrões e parâmetros equivalentes.

O art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária enumera os requisitos necessários para que a publicidade comparativa seja veiculada às mídias brasileiras:

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 e 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;

²⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P 351.

²⁸ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/228/edicao-1/publicidade-comparativa>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

- 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.

Em termos gerais, portanto, a publicidade comparativa é técnica publicitária amplamente utilizada pelos anunciantes para enaltecer o produto anunciado. Diante do caráter apelativo que a comparação tem, atinge o objetivo de chamar a atenção do consumidor. Assim, desde que respeitados os requisitos a ela estabelecidos, é completamente possível sua utilização em todos os meios de comunicação.

1.6.1. Publicidade comparativa nas legislações estrangeiras

A **Diretiva 2006/114/CE** trata da publicidade enganosa e comparativa, preocupando-se, de forma mais clara, com as questões relacionadas à concorrência entre os fornecedores e com a forma pela qual os consumidores recebem as informações em anúncios. Define publicidade enganosa como a que, por qualquer forma, induz a erro ou **pode induzir as pessoas a quem se dirige** ou que atinge e cujo comportamento econômico pode ser afetado pelo anúncio em virtude do caráter enganador e, por essa razão, pode prejudicar o concorrente.

A publicidade comparativa é definida como a que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.

Verifica-se, mais uma vez, a ideia de que o público-alvo deve ser levado em conta (no sentido de estudar o nível de compreensão do expectador) para que a publicidade possa ser considerada enganosa as informações contidas nos anúncios devem levar em conta o público a que se dirige. Nesse ponto, vale notar que não há proibição de publicidade comparativa de produtos destinados às crianças, mas, a depender da forma com é veiculado, ela pode, sim, ser considerada enganosa.

Na mesma toada, o código de autorregulação americana CARU não proíbe a publicidade comparativa, mas traz ressalvas quanto ao uso da técnica. De acordo com o código, a publicidade que compara produtos deverá fazê-lo baseada em produtos reais, com suas verdadeiras atribuições, e de forma clara para a criança. Nesse sentido, verificamos que as diretivas estabelecidas nesse ponto são bastante similares à regulamentação brasileira, tanto legislativa quanto dos demais órgãos de autorregulação.

