

PLANO DE TRABALHO

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Título: Análise da publicidade e práticas comerciais destinadas às crianças e adolescentes e suas limitações pelo ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado.	
Projeto BRA/11/008	
Início (mês/ano): 03/2020	Término (mês/ano): 12/2020

2. OBJETO DO PROJETO

Elaborar estudo que abrange a análise da publicidade e práticas comerciais destinadas às crianças e adolescentes no âmbito televisivo e dos meios digitais e suas limitações pelo ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, mais especificamente: Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia, além de organismos internacionais (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE).

3. DIAGNÓSTICO

Necessidade de oferecer subsídios à equipe da Secretaria Nacional do Consumidor para tomada de decisões de situações que envolvem a publicidade e práticas comerciais voltadas para crianças e adolescentes.

4. ABRANGÊNCIA

Nacional

5. JUSTIFICATIVA

IMPORTÂNCIA DA PROPOSTA:

A Constituição Federal, em seu art. 227, determina a obrigação da família, sociedade e Estado tem o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, bem como de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, garantindo, portanto, a proteção integral a esse grupo especial.

Em razão do dispositivo legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi aprovado no Congresso Nacional em julho de 1990, totalmente fundamentado nas ideias de proteção integral do infante e, em especial, trazendo regras de prevenção em relação à classificação indicativa e a produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos a crianças e adolescentes.

Por outro lado, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXII prevê a obrigação de o Estado diminuir as assimetrias existentes entre consumidor e fornecedor através de uma lei protetiva ao consumidor, o que culminou na promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

De outra banda, o art. 220 da Constituição Federal, prevê a livre manifestação de pensamento, de criação e expressão, ficando proibida qualquer forma de restrição. O mesmo dispositivo, em seu § 3º, inciso II, determina que compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e tv que contrariem o disposto no art. 221 da CF, bem como da publicidade de produtos e serviços que possam ser nocivos ao meio ambiente.

No mesmo sentido, o art. 220, § 4º, prevê a necessidade de legislação específica que regule a publicidade de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, o que de fato ocorreu através da Lei 9.294/1996.

Com o desenvolvimento da sociedade de consumo no Brasil, é fato que as crianças e adolescentes deixaram de ser subconsumidores para ser hiperconsumidores. Mais que isso, também em razão de as relações

familiares terem sofrido mudanças de paradigma, os infantes deixaram de ser passivos em relação às escolhas dos produtos e serviços para serem influenciadores das decisões de compras.

Por outro lado, os fornecedores passaram a empenhar esforços para conquistar os consumidores mirins, usando a publicidade televisiva ou em meio digital de forma mais incisiva como forma de exposição e demonstração dos seus produtos.

Diante dessa realidade e do desenho legislativo acima desenhado, os operadores de direito enfrentam inúmeros questionamentos a respeito da legalidade dessas práticas publicitárias voltadas às crianças e adolescentes, havendo decisões tanto no sentido de que a publicidade não deve sofrer restrições tanto no sentido de que deve ser fortemente restritiva.

Perguntas a serem respondidas:

- ✓ Qual o fundamento político e jurídico para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- ✓ Quem são as crianças e adolescentes para os fins da nossa legislação?
- ✓ Quem são os agentes responsáveis pela proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- ✓ Qual o conceito de publicidade infantil?
- ✓ Qual o conceito de prática comercial abusiva?
- ✓ Quais são os limites e critérios de intervenção do Estado para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade conforme a legislação brasileira?
- ✓ Como os países da União Europeia, o Reino Unido e os Estados Unidos regulam o tema e sob quais perspectivas essa regulação se dá?
- ✓ Quais as recomendações que os principais fóruns internacionais que discutem as relações de consumo (notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, dentre outros) dispensam ao tema da publicidade infantil?

6. OBJETIVOS GERAL e ESPECÍFICOS

OBJETIVOS GERAIS:

Elaborar pesquisa sobre publicidade infantil e práticas comerciais abusiva.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Levantamento e análise da legislação e doutrina brasileira sobre publicidade infantil no Brasil;
- Levantamento dos projetos de Lei sobre o tema (em trâmite ou arquivados), bem como o caminho percorrido para a aprovação da Resolução Conanda 163/2014;
- Análise da eventual inconstitucionalidade da Resolução Conanda 163/2014;
- Análise do papel do CONAR e as orientações Código de Ética Publicitária em relação à publicidade voltada para o público infanto-juvenil;
- Análise do conceito de publicidade enganosa e abusiva em relação ao Direito Brasileiro;
- Análise das práticas comerciais abusivas voltadas para o público infanto-juvenil;
- Análise das regras de prevenção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente;
- Análise da Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos para a publicidade infantil;
- Análise das doutrinas englobando obras e artigos científicos publicados no Brasil sobre o tema, com apresentação de fichamento demonstrando a abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos autores;
- Levantamento de dados e análise dos julgados sobre o tema em todos os Tribunais de Justiça do Brasil e nos Tribunais Superiores, com apresentação de fichamento demonstrando a abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos votos e decisões;
- Levantamento de dados referentes aos casos levados ao CONAR com apresentação de fichamento demonstrando abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos votos e decisões;

- Levantamento dos dados e decisões sobre publicidade infantil junto à Secretaria Nacional do Consumidor, bem como das decisões dos Procons em âmbito nacional sobre o tema;
- Em relação à legislação estrangeira, levantamento do direito comparado (EUA, Reino Unido e União Europeia) bem como fóruns internacionais que discutem as relações de consumo (notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE);
- Análise dos fundamentos de economia comportamental relacionada ao tema da publicidade e sua regulação;
- Análise dos fundamentos da Análise Econômica do Direito e da Lei 13.784/2019 (Lei de Liberdade Econômica);
- Em relação à publicidade de alimentos, levantamento de dados junto ao Ministério da Saúde sobre os dados da obesidade no Brasil (junto ao Ministério da Saúde) e a correlação entre a obesidade dos pais ou responsáveis e a obesidade infantil;
- Levantamento dos dados sobre obesidade no Reino Unido, EUA e União Europeia e correlacionar os dados com as restrições publicitárias de alimentos e bebidas. Correlacionar também os dados entre a obesidade dos pais ou responsáveis e a obesidade infantil.
- Pesquisar a efetividade da restrição publicitária no Reino Unido em relação aos produtos alimentícios e a eventual queda dos riscos de obesidade para aquela população.

7. METODOLOGIA

- Reunião com os responsáveis pela Secretaria Nacional do Consumidor para identificação dos casos já julgados e em julgamento sobre a publicidade infantil.
- Pesquisa junto à Secretaria Nacional do Consumidor sobre os casos já julgados dos PROCONS de todo o Brasil que foram objeto de recurso;
- Pesquisa de artigos científicos publicados em revistas científicas brasileiras e estrangeiras;
- Pesquisa da bibliografia nacional e estrangeira através de obras publicadas em meio digital ou impresso;
- Pesquisa nos sítios da internet dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores para identificação dos casos já julgados e pendentes de julgamento;

- Visita ao CONAR para levantamento dos casos já julgados pelo órgão;
- Pesquisa junto ao Ministério da Saúde para levantamento dos dados sobre obesidade no Brasil.

8. DESENVOLVIMENTO OPERACIONAL E ACOMPANHAMENTO DO PROJETO

SECRETÁRIO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: Luciano Timm

SUPERVISOR NACIONAL: Andrey Vilas Boas de Freitas.

9. RESULTADOS ESPERADOS

- ✓ Esclarecimento da legislação nacional aplicável à publicidade infantil e às práticas comerciais abusivas;
- ✓ Esclarecimento do posicionamento da doutrina e da jurisprudência nacional quanto ao tema;
- ✓ Esclarecimento do posicionamento da legislação e doutrina estrangeira quanto ao tema;
- ✓ Apresentação de propostas para a solução dos problemas apresentados, inclusive exemplificando com análise crítica dos casos já julgados e (ou) com casos concretos ainda em julgamento. As propostas deverão ser dogmáticas e zetéticas.
- ✓ Apresentar proposta de formulação e política pública voltada para o fortalecimento dos laços familiares e a conscientização do papel dos pais no cuidado com os filhos em relação ao mercado de consumo;
- ✓ Apresentar proposta para orientação dos fornecedores em relação à publicidade infantil e as práticas comerciais abusivas.

10. PLANO DE AÇÃO.

Produto		Ação	Prazo
1	Plano de trabalho	Elaborar de plano de trabalho com detalhamento dos objetivos, metodologia, prazos e resultados esperados.	5 dias após a assinatura do contrato
		Indicação e contratação de assistentes de pesquisa.	5 dias após a assinatura do contrato
2	Diagnóstico dos contornos jurídicos e institucionais brasileiros sobre a publicidade infantil, abordando tanto a legislação como a doutrina e jurisprudência.	Reunir com os responsáveis pelo projeto e equipe para levantamento dos dados e decisões sobre publicidade infantil perante a Secretaria Nacional do Consumidor;	5 dias após a assinatura do contrato.
		Analisar e correlacionar a seguinte legislação brasileira sobre publicidade: Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 22, XXIX, art. 24, art. 170 e art. 227); Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, arts. 36 a 38 e art. 39); Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º, art. 70 até 81); Lei 9.294/1996; Lei Geral de Proteção de Dados (art. 14); Resolução Conanda 163/2014; Código de Ética Publicitária (art. 37);	30 dias após a assinatura do contrato.
		Analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação à publicidade infantil. Apresentar fichamento de cada um dos julgados demonstrando a abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos votos e decisões;	30 dias após a assinatura do contrato.
		Identificar a doutrina e apresentar relatório contendo a lista de todos os textos com seus respectivos autores sobre o tema da publicidade infantil e práticas comerciais abusivas.	30 dias após a assinatura do contrato.

3	Diagnóstico dos contornos jurídicos e institucionais da publicidade infantil nos fóruns internacionais (notadamente UNCTAD e OCDE) e nos Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia.	Pesquisar e relatar o posicionamento dos principais fóruns internacionais que discutem a relação de consumo (UNCTAD e OCDE)	45 dias após a assinatura do contrato
		Pesquisar, no Reino Unido, as regras estabelecidas pela ITC Code of Advertising Standards and Practice e pelos órgãos reguladores: (i) Ofcom (Office of Communication) Code e Broadcast Advertising Clearance Centre Guidelines; (ii) Ofcom – Sponsorship and Advertising Codes, (iii) o British Code of Advertising Sales, Promotion and Direct Marketing.	45 dias após a assinatura do contrato
		Pesquisar, nos EUA, as regras estabelecidas pela FCC – Federal Communication Commission, FTC – Federal Trade Commission e Children’s Advertising Review Unit (CARU).	45 dias após a assinatura do contrato
		Pesquisar, no mercado comum europeu, as regras vigentes relacionadas à publicidade infantil.	45 dias após a assinatura do contrato
4	Levantamento da literatura nacional e comparada acerca dos impactos econômicos e comportamentais das alternativas institucionais possíveis	Apresentar noções de neurociências e funcionamento do cérebro de crianças e adolescentes frente ao marketing.	Prazo 30/08/2020
		<p>Apresentar e conceituar a economia comportamental. Realizar levantamento da literatura nacional e comparada dos Estados Unidos, Inglaterra e União Europeia sobre os impactos econômicos e comportamentais das alternativas legais e regulatórias da publicidade infantil.</p> <p>Apresentar os fundamentos de economia comportamental relacionada ao tema da publicidade e sua regulação.</p> <p>Apresentar os fundamentos da Análise Econômica do Direito e da Lei 13.784/2019 (Lei de Liberdade Econômica).</p>	Prazo 30/08/2020

5	Pesquisa sobre publicidade enganosa e abusiva	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.	Prazo 30/10/2020
6	Pesquisa sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos em relação à publicidade infantil	Realizar pesquisa sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, inclusive com abordagem do tratamento no direito comparado (EUA e EU).	Prazo 30/10/2020
7	Relatório Final de pesquisa (parecer final) e workshop de apresentação	<p>Consolidar as apresentações anteriores em um único relatório, respondendo às perguntas feitas no item 05 desse plano.</p> <p>Apresentar fichamento de todos os textos doutrinários indicados no produto 01 demonstrando abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos autores;</p> <p>Apresentar fichamento da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça demonstrando abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos votos e decisões;</p> <p>Apresentar fichamento dos casos levados ao CONAR demonstrando abordagem, metodologia e conclusões de cada um dos votos e decisões;</p> <p>Apresentar caminhos para a solução dos casos relativos às práticas comerciais abusivas e publicidade infantil;</p>	Prazo 31/01/2021

		Apresentar proposta de formulação de política pública voltada para o fortalecimento dos laços familiares e conscientização do papel dos pais no cuidado com os filhos;	
		Apresentar proposta de orientação dos fornecedores em relação à publicidade infantil e as práticas comerciais abusivas;	
		Workshop e apresentação	

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro traz regulamentação sobre a publicidade infantil na Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 22, XXIX, art. 24, art. 170 e art. 227), no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, arts. 36 a 38 e art. 39), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º e arts. 16 e 17), na Lei nº 9.294/1996 (que regulamenta a publicidade de bebidas alcoólicas), na Lei Geral de Proteção de Dados (art. 14), na Resolução Conanda nº 163/2014¹ e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 37).

Apesar da (extensa) regulamentação, os critérios e fundamentos de restrição da publicidade infantil não são claros, muito menos unânimes. De fato, para parte importante da doutrina, a publicidade infantil deve ser absolutamente restritiva e fundamentada na ideia de que a criança fica vulnerável ao consumismo, reclamando maior intervenção do Estado². De outra banda, parte da doutrina entende que as restrições devem ser mínimas, prevalecendo a liberdade de expressão e comunicação do fornecedor, rechaçando, portanto, maior intervenção do Estado³.

¹ De plano, externamos nosso entendimento de que a resolução não pode ser considerada constitucional visto que o Conanda não é órgão competente para tanto. O assunto é complexo e merece ser estudado de forma aprofundada, não sendo possível fazer isso neste estudo.

² Sustenta Isabella Henriques: “Nesse contexto, a publicidade e a comunicação mercadológica não poderiam, em hipótese alguma, ser dirigidas a pessoa com menos de 12 anos de idade”. E, em outro trecho: “Daí por que se vislumbram no país, atualmente, diversas das mais danosas consequências advindas da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil, tais como: consumismo, formação de valores materialistas, obesidade infantil, distúrbios alimentares, erotização precoce, estresse familiar, diminuição das brincadeiras criativas e violência pela busca de bens de consumo. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil” (O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 123).

³ Nesse sentido, Marco Antonio da Costa Sabino, defende a atuação mínima do Estado, e conclui: “A grande lição que a humanidade deve ter em mente é que a liberdade deve ser sempre a regra, seus contornos e fronteiras devem ser definidos mínima e cautelosamente e suas restrições devem ser mais restritas possíveis”. “Por mais que o anúncio ofereça produto com o qual o destinatário não concorda, por mais que ele demonstre situação que gere certo grau de incômodo, por mais, enfim, que ele ocasionalmente se demonstre excessivo ou abusivo, a solução nunca será o banimento *a priori*, o controle excessivo, a regulação insidiosa. Não se pode perder de vista o que é básico nessa discussão toda: a publicidade comercial é faceta da liberdade. Como disse Dworkin, não é felicidade,

Esta pesquisa pretende esclarecer os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema e responder às seguintes perguntas:

- Qual o fundamento político e jurídico para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- Quem são as crianças e os adolescentes para os fins da nossa legislação?
- Quem são os agentes responsáveis pela proteção da criança e do adolescente no que concerne à publicidade e às práticas comerciais abusivas?
- Qual o conceito de publicidade infantil?
- Qual o conceito de prática comercial abusiva?
- Quais são os limites e critérios de intervenção do Estado para a proteção da criança e do adolescente no que diz respeito à publicidade conforme a legislação brasileira?
- Como os países da União Europeia, o Reino Unido e os Estados Unidos regulam o tema e sob quais perspectivas essa regulação se dá?
- Quais recomendações os principais fóruns internacionais que discutem as relações de consumo (notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, entre outros) dispensam ao tema da publicidade infantil?

Com o objetivo de situar o leitor e indicar os fundamentos das respostas, faremos breve texto introdutório para delinear a sociedade de consumo, os fundamentos do marketing e seus impactos em relação ao desenvolvimento infantil.

1. Sociedade de consumo

Vivemos em uma sociedade de consumo. O modo de produção capitalista se estendeu por todo o ocidente, e, de certa forma, a cultura do consumo é parte integrante da nossa civilização.

Resta-nos entender como a sociedade de consumo é modelada e como ela se modela. É a sociedade de consumo que forma novos consumidores, ou novos consumidores formam a sociedade de consumo? Utilizando a linguagem publicitária, queremos saber se o biscoito vende mais porque é fresquinho ou é fresquinho porque vende mais. E o marketing? Como pode ser responsável pelas escolhas dos consumidores?

equidade, justiça, mas simplesmente, liberdade” (**Publicidade e liberdade de expressão**: a defesa do direito de anunciar. Curitiba: Juruá, 2019. p. 176-177).

Tomemos, primeiro, a ideia hoje designada por *materialismo histórico*. A concepção materialista histórica foi proposta por Marx e Engels em *O Manifesto do Partido Comunista*, de 1848, em que os autores atribuíam ao capitalismo a responsabilidade de ser o divisor da sociedade. Ressalte-se que o problema centrava-se, na visão de Marx, na propriedade privada, que alienava o homem por meio da exclusão deste com relação à terra⁴.

“Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência” ou “o Econômico determina o social e o político”. Essas frases resumem a ideia do materialismo histórico e podem ser facilmente transportadas para as relações de consumo. Aplicando a mesma lógica, deveríamos considerar o consumidor uma “vítima” da sociedade de consumo, um ser que somente participa dessa sociedade por ter nascido em um sistema capitalista consumista, alguém que não tem opção senão a de consumir, incluindo, aqui, as crianças. Nesse caso, a publicidade seria a forma de hipnotizar as crianças para que estas se tornem, desde a tenra idade, consumistas, mantendo, assim, a sociedade de consumo.

Em outras palavras, conforme o materialismo histórico, a existência de uma sociedade de massa determina o comportamento do consumidor, que não tem consciência (um alienado), como se a sociedade de consumo fosse composta por uma grande massa amorfa, seres humanos sem cérebro ou vontade própria, que sustenta as estruturas e superestruturas sociais. O marketing seria, portanto, uma engrenagem da engenharia social para a manutenção do sistema capitalista.

De fato, em uma das abordagens da sociedade de consumo, muitos doutrinadores partem da premissa de que o consumidor é levado a consumir sem que faça grandes digressões a respeito da necessidade da compra, tudo em razão da imposição de bens de consumo feita pelos fornecedores para acumular capital⁵. Ousamos discordar dessa ideia, que é um dos fundamentos

⁴ Marx deu sustentação à ideia de que o mesmo artefato desenvolvido pelo homem (referindo-se às ferramentas) mais tarde foi o mesmo que o alienou. “A alienação é o fenômeno pelo qual os homens criam ou produzem alguma coisa, dão independência a essa criatura como se ela existisse por si mesma e em si mesma, deixam-se governar por ela como se ela tivesse poder em si e por si mesma, não se reconhecem na obra que criaram, fazendo-a um ser-outro, separado dos homens, superior a eles e com poder sobre eles” (CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998. p. 170). Já dissemos aqui que, em nosso entendimento, o homem é antes *faber* em razão da sua própria natureza, independe do sistema político ou econômico em que vive.

⁵ “O exame das condições socioeconômicas que envolvem o fenômeno do consumo, no sistema de mercado do tipo capitalista, coloca em questão a pertinência dos postulados da teoria do consumo individual. Se é sem dúvida verdadeiro dizer que o consumo é o objetivo de toda a atividade econômica, não se pode afirmar que ela é o fim, desta. ‘A escolha do empresário em fabricar tal bem, e não outro, não resulta tanto da consciência que ele tem do estado das necessidades do consumidor, mas mais da possibilidade maior ou menor de rentabilizar um dos fatores de produção, do capital, fator privilegiado entre os outros, o que lhe assegura a acumulação’. Mais que se dirigir às únicas demandas expressas no mercado, o ofertante vai impor sua própria escolha. Fala-se a respeito de um ‘desvio de consumo’, isto é, de uma apropriação do processo de consumo pela força de produção capitalista. Técnicas tão avançadas que permitirão ao sistema de produção assegurar a manutenção das demandas que ela se propõe a criar e encorajar: o exercício de pressões sobre a percepção das necessidades e sobre a expressão das demandas por meio da publicidade e dos métodos comerciais mais e mais agressivos, a incitação ao crédito e ao

ou, quiçá, a premissa mais importante do pensamento marxista⁶.

Conforme Hannah Arendt, a condição humana (trabalho, labor e ação) é determinada pela nossa necessidade de sobrevivência, de produção de objetos e de convivência política com os nossos pares. Tudo aquilo que toca a nossa vida passa a fazer parte da nossa condição humana, visto que influencia diretamente em nossa forma de pensar, de agir e de ser. Até aí, pouca novidade em relação ao materialismo político, e não negamos essa influência⁷.

Ocorre que o homem também é parte integrante da sociedade e a influencia diretamente. **Ao mesmo tempo que somos influenciados, também influenciamos.** É justamente por esse motivo que a sociedade está sempre em pleno movimento, em mudança constante, ainda que não possamos percebê-lo de forma nítida. Fôssemos fruto da sociedade sem que nada pudessemos alterar em sua realidade, ainda estaríamos vivendo como nos primórdios. Basta espiar a nossa janela do escritório para perceber que essa não é a realidade do mundo. Quanto maior a liberdade do indivíduo em sociedade, maior é o potencial de mudança e evolução do próprio indivíduo e da sociedade.

Partimos a nossa pesquisa do entendimento de que a necessidade de consumir é que faz o fornecedor satisfazer as necessidades do consumidor. Na mesma esteira, Livia Barbosa, ao discutir as origens e o desenvolvimento da sociedade de consumo, afirma:

Outra questão reveladora e importante é que as grandes invenções tecnológicas que estão associadas à Revolução Industrial ocorreram muito tempo depois dessa explosão do consumo a que todos os autores se referem. As principais invenções mecânicas da indústria de tecidos, cabeça de lança da industrialização, só apareceram a partir da década de 1780, embora a indústria de roupas já funcionasse a todo o vapor, fundada no trabalho externo ou doméstico dos artesãos, permanecendo com essa estrutura produtiva até a década de 1830. O mesmo se refere à indústria de brinquedos, cujas inovações tecnológicas só vieram a afetá-la depois de plenamente estabelecida. Podemos concluir, portanto, que não foram essas inovações que fizeram as pessoas consumirem mais. O lado econômico desse debate entre produtivistas e os que advogam a anterioridade de uma revolução de consumo e comercial precedendo a

endividamento, a diferenciação artificial dos bens ao consumo, a obsolescência programada dos produtos industriais, a entrada no reino das mercadorias e dos serviços anteriormente não tratados como tal (lazer, atividades culturais e esportivas, informação...), o extraordinário potencial do desenvolvimento oferecido pelas novas técnicas de comunicação, de informação e de trocas constituem tantos determinantes quanto embaraços e influem diretamente sobre o processo de consumo. A espontaneidade das escolhas do consumidor, a liberdade e a racionalidade destes aparecem bem teóricas. Normas de comportamento ou normas sociais de consumo são criadas, então o efeito é integrar os modos de consumo nas condições de produção. O consumidor perde assim o controle da função de consumir, e a visão contratualista das relações de consumo se encontra privada de fundamento” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 2, n. 7, p. 1082, abr.-jun. 1992).

⁶ E complementa Hannah Arendt: “O erro básico de todo materialismo político – materialismo este que não é de origem marxista nem sequer moderna, mas tão antigo quanto a história da teoria política – é ignorar a inevitabilidade com que os homens se revelam como sujeitos, como pessoas distintas e singulares, mesmo quando empenhados em alcançar um objetivo completamente material e mundano. Eliminar essa revelação – se isto de fato fosse possível – significaria transformar os homens em algo que eles não são; por outro lado, negar que ela é real e tem consequências próprias seria simplesmente irrealista” (**A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 196).

⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

Revolução Industrial assume ou que as pessoas são, por definição insaciáveis, ou que existe uma propensão natural a consumir, que faz com que qualquer aumento de renda ou salário seja alocado sempre no consumo de mais bens e mercadorias⁸.

O homem, com o seu trabalho, produz coisas para suprir suas necessidades e desejos, o que dá início ao ciclo de produção e troca no mercado. “O todo está na parte, que está no todo.” Com essa premissa, que traduz o *princípio da recursão organizacional* no pensamento complexo, temos um círculo gerador no qual os produtos e os efeitos são eles próprios produtores e causadores daquilo que os produz.

Nas palavras de Edgar Morin,

Nós, indivíduos, somos os produtores de um processo de reprodução que é anterior a nós. Mais uma vez somos produtos, nos tornamos produtores do processo que vai continuar. Essa ideia é válida também sociologicamente. A sociedade é produzida pelas interações entre indivíduos, mas a sociedade, uma vez produzida, retroage sobre os indivíduos e os produz. Se não houvesse a sociedade e sua cultura, uma linguagem, um saber adquirido, não seríamos indivíduos humanos. Ou seja, os indivíduos produzem a sociedade que produz os indivíduos. Somos ao mesmo tempo produtos e produtores. **A ideia recursiva é, pois, uma ideia em ruptura com a ideia linear de causa/efeito, de produto/produtor, de estrutura/superestrutura, já que tudo o que é produzido volta-se sobre o que o produz num ciclo mesmo autoconstrutivo, auto-organizador e autoprodutor**⁹ (grifo nosso).

Na sociedade de consumo isso não é diferente: **consumidores produzem a sociedade de consumo que produz consumidores**. Tanto assim, que é vasta a bibliografia estudada nas universidades de administração e marketing sobre o comportamento do consumidor. Empreendedores devem sempre estar atentos às necessidades dos consumidores para que possam colocar produtos e serviços no mercado de consumo que tenham sucesso e, aí sim, possam alcançar o lucro esperado.

Logo, consumidores não são zumbis, seres alienados e sem vontade própria. Ao contrário, são seres humanos que fazem escolhas conforme suas necessidades pessoais, seus sonhos e desejos. Conforme Gilles Lipovetsky:

Daí a necessidade de reconsiderar a famosa questão da alienação do *Homo consumator*. Sublinhou-se com razão que o consumo moderno devia ser analisado não como um signo de alienação, mas como a expressão da liberdade humana, sendo a instabilidade que manifestamos para com as mercadorias uma das maneiras que tem o sujeito de não se perder no objeto, de afirmar sua superioridade em relação à exterioridade das coisas. No entanto, a subjetividade do neoconsumidor afirma-se menos na relação com o objetivo que na relação de si para si. “O espetáculo”, escrevia Debord, “é o sonho mau da sociedade moderna acorrentada que, afinal, não exprime mais que seu desejo de dormir”. Então há apenas “passividade” e hipnotismo no consumo moderno? A verdade é que aí se descobre mais mobilidade e negatividade que sonambulismo, a mudança permanente das coisas tendo como objetivo principal nos “descoisificar”, sacudir a repetição do já sentido e do já conhecido. É preciso interpretar o apetite consumista como uma maneira, decerto banal, mas mais ou menos

⁸ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 16.

⁹ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 74.

bem-sucedida, de conjurar a fossilização do cotidiano, de escapar à perpetuação do mesmo pela busca de pequenas novidades vividas. Através do ato de consumo, é a rejeição de uma certa rotina e da coisificação do eu que se exprime. O hiperconsumo é a mobilização da banalidade mercantil, com vista à intensidade vivida e à vibração emocional. Ainda existe subjetividade transcendente no consumidor de última geração, seu tropismo traduzindo o desejo de não ser inteiramente “fiscado” pelo comum dos dias e pelo repetitivo da vida. **O modelo do neoconsumidor não é o indivíduo manipulado e hipnotizado, mas o indivíduo móvel, o indivíduo-órbita zapeando as coisas na esperança, muitas vezes frustrada, de zapear sua própria vida**¹⁰⁻¹¹ (grifo nosso).

Cerca de 80% (oitenta por cento) de todos os produtos que são colocados no mercado de consumo não fazem sucesso e deixam de ser fabricados. Diariamente, empresas abrem e fecham suas portas por falta de lucratividade e, muitas vezes, com enormes prejuízos aos fornecedores por estes não terem encontrado a “fórmula mágica” de atrair os seus consumidores. Caso o fornecedor não entenda as necessidades do seu cliente, ficará fora da relação de preferências dos consumidores.

O foco no atendimento das necessidades do cliente é o segredo de uma relação justa e duradoura entre o consumidor e o fornecedor. A General Electric Company, por exemplo, declarou em seu relatório anual de 1990 ser uma empresa voltada para a satisfação dos seus clientes, utilizando a seguinte frase:

em uma empresa sem fronteiras os clientes são considerados pelo que são – sangue vital de uma empresa. A visão dos clientes sobre suas necessidades e a visão na empresa tornam-se idênticas, e cada esforço de cada homem ou mulher da empresa está concentrado na satisfação das necessidades¹².

Por outro lado, a cultura local pode influenciar diretamente os hábitos de consumo, e os fornecedores (ainda que sejam fornecedores globalizados) fazem adaptações de seus produtos e serviços para atender a seus consumidores. Bom exemplo disso é a famosa rede de sanduíches que produz diferentes lanches em cada um dos países para atrair o consumidor local¹³.

Perguntamo-nos, portanto, até que ponto o fornecedor é orientado pelo consumidor e o

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 69.

¹¹ Guy Debord, em sua obra *A sociedade do espetáculo*, segue o materialismo histórico e defende a ideia de que vivemos em um “espetáculo”, que somos alienados e que esse alheamento social, resultante do fetichismo consumista, faz “coisificar” o indivíduo. Assim, qualquer assunto, seja de ordem cultural, seja de ordem política ou econômica, deve ser visto como mera ilusão, tudo para assegurar a riqueza da classe dominante.

¹² SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39.

¹³ Estamos nos referindo à rede McDonald's, que, apesar da globalização e de estar presente em vários países, vem sofrendo forte queda de faturamento em razão da má qualidade dos produtos e da forte concorrência imposta por outras redes que oferecem produtos de melhor qualidade e mais diversificados. Cf. <http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2015/01/economist-explains-7>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

consumidor é orientado pelo fornecedor. Se, por um lado, os fornecedores não medem esforços para entender as necessidades dos clientes e atender a elas dentro das suas possibilidades, por outro lado, consumidores têm inúmeras queixas sobre a qualidade dos produtos e serviços, especialmente no Brasil, em que muitos fornecedores não têm o mesmo foco no cliente se comparado com países mais desenvolvidos¹⁴.

Sabemos que nosso *homo complexus* não é ser só racional. Ao contrário, ele é *sapiens e demens*. Nossas opções de consumo não são, portanto, somente racionais. Compramos para satisfazer a uma necessidade pessoal, pelo gosto de comprar, de presentear:

A visão não complexa das ciências humanas, das ciências sociais, considera que há uma realidade econômica de um lado, uma realidade psicológica de outro, uma realidade demográfica de outro etc. Acredita-se que essas categorias criadas pelas universidades sejam realidades, mas esquece-se que no econômico, por exemplo, há as necessidades e os desejos humanos. Atrás do dinheiro, há todo mundo de paixões, há a psicologia humana. Mesmo os fenômenos menos econômicos *stricto sensu*, os fenômenos de multidão, os fenômenos ditos de pânico, como se viu recentemente ainda em Wall Street e em outros lugares. A dimensão econômica contém as outras dimensões e não pode compreender nenhuma realidade de modo unidimensional¹⁵.

Enfim, embora muitas das decisões dos consumidores não sejam absolutamente conscientes¹⁶, são responsáveis pelas suas escolhas, ainda que não sejam as melhores escolhas

¹⁴ “Focar o cliente leva a servir melhor as necessidades da sociedade. Nas questões políticas, a democracia refere-se, como colocou Abraham Lincoln, ao ‘governo do povo, pelo povo, para o povo’. Da mesma forma, no mercado, a democracia nos negócios significa que as empresas são governadas pelos e para os clientes. De fato, esse é o fundamento da obra seminal de Adam Smith, *A riqueza das nações*. Prestar atenção ao comportamento do cliente e estruturar uma empresa para que ela responda às suas necessidades, desejos e preferências acarreta a democracia em negócios para os cidadãos de uma nação, atendendo tanto ao interesse público quanto ao privado. Os cidadãos dão seu voto econômico, patrocinando o profissional de marketing que eles acreditam responder melhor a suas necessidades. Isso é contrário às empresas de propriedade do Estado, como as que existiam na antiga União Soviética, onde ficou óbvio que as empresas centralizadas não atendem bem seus clientes. O sistema mais eficiente para servir o interesse público é a democracia dos negócios. Em outras palavras, cria-se um sistema mais eficiente tanto para clientes finais quanto para industriais, se as empresas buscam os objetivos da democracia nos negócios, concedendo aos clientes liberdade de escolha e dependendo do patrocínio econômico desses clientes para o seu próprio bem-estar. As mudanças ocorridas na Europa Ocidental demonstraram como a democracia econômica está fortalecendo-se em países de todo o mundo, beneficiando-se tanto as empresas, quanto os recém-libertados (em termos econômicos e também políticos) cidadãos (ou seja, ‘clientes’)” (SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38).

¹⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 68.

¹⁶ Segundo Daniel Kahneman, vencedor do Nobel em economia, nossa mente funciona como os dois sistemas que dirigem nossos pensamentos. Nossas atividades mentais são controladas por dois sistemas diferentes – o intuitivo (sistema 1) e o racional (sistema 2). O sistema intuitivo é rápido e produz respostas quase instantâneas. Já o segundo sistema é programado para pensar, analisar, avaliar e então responder. É normal acreditar que nossas decisões sejam direcionadas pelo sistema racional, mas a verdade é que o sistema intuitivo, que é praticamente involuntário, é a base para a maioria das nossas decisões, mesmo aquelas que tomamos utilizando o sistema racional. O sistema 2 é chamado para agir apenas quando estamos em uma situação ou evento que requer algum pensamento complexo ou alguma análise. Mesmo quando usamos constantemente o sistema 2, o sistema 1 ainda pode distorcer nossas decisões. O autor apresenta diversas heurísticas para mostrar como reagimos de maneira irracional em diversas situações. Isso acontece por sermos influenciados inconscientemente por uma variedade de fatores externos e experiências de vida (**Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva, 2012).

que possam ser feitas no mercado.

A liberdade, direito fundamental e universal, sempre virá acompanhada das responsabilidades pelas escolhas. Bem resume Ortega y Gasset: “Viver é sentir-se fatalmente forçado a exercitar a liberdade, a decidir o que vamos ser neste mundo”¹⁷.

Fosse o materialismo histórico o fundamento teórico/político/econômico da decisão acerca das restrições sobre a publicidade, não seria necessário discutir a problemática que envolve o consumo e a publicidade infantil.

A resposta aqui seria simples e direta: defenderíamos a proibição de qualquer tipo de direcionamento de publicidade ao público infantojuvenil (diga-se, aliás, a proibição de qualquer tipo de publicidade), já que o problema estaria, essencialmente, no consumo e no consumismo.

Entendemos, no entanto, que o sistema de produção capitalista, fruto da liberdade humana, é o consagrado pela Constituição Federal, expressamente previsto no art. 5º e no art. 170, e a análise deve ser feita à luz da Constituição Federal.

2. Marketing e publicidade: conceito

O marketing é fruto da sociedade de consumo, constitui um campo multidisciplinar e está sempre em busca de novas contribuições e técnicas para a compreensão do comportamento do consumidor, visando explicar o porquê, quando e a frequência de compra de determinado produto ou serviço de uma organização.

¹⁷ “A nossa vida, como repertório de possibilidades, é magnífica, exuberante, superior a todas as historicamente conhecidas. Mas assim como o seu formato é maior, transbordou todos os caminhos, princípios, normas e ideais legados pela tradição. É mais vida que todas as vidas, e por isso mesmo mais problemática. Não pode orientar-se no pretérito. Tem de inventar o seu próprio destino. Mas agora é preciso completar o diagnóstico. A vida, que é, antes de tudo, o que podemos ser, vida possível, é também, e por isso mesmo, decidir entre as possibilidades o que em efeito vamos ser. Circunstâncias e decisão são os dois elementos radicais de que se compõe a vida. A circunstância – as possibilidades – é o que da nossa vida nos é dado e imposto. Isso constitui o que chamamos o mundo. A vida não elege o seu mundo, mas viver é encontrar-se, imediatamente, em um mundo determinado e insubstituível: neste de agora. O nosso mundo é a dimensão de fatalidade que integra a nossa vida. Mas esta fatalidade vital não se parece à mecânica. Não somos arremessados para a existência como a bala de um fuzil, cuja trajetória está absolutamente predeterminada. A fatalidade em que caímos ao cair neste mundo – o mundo é sempre este, este de agora – consiste em todo o contrário. Em vez de impor-nos uma trajetória, impõe-nos várias e, conseqüentemente, força-nos... a eleger. Surpreendente condição a da nossa vida! Viver é sentir-se fatalmente forçado a exercitar a liberdade, a decidir o que vamos ser neste mundo. Nem num só instante se deixa descansar a nossa atividade de decisão. Inclusive quando desesperados nos abandonamos ao que queira vir, decidimos não decidir. É, pois, falso dizer que na vida ‘decidem as circunstâncias’. Pelo contrário: as circunstâncias são o dilema, sempre novo, ante o qual temos de nos decidir. Mas quem decide é o nosso caráter” (ORTEGA Y GASSET, José. A revolução das massas. Trad. Herrera Filho. Edição eletrônica disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000060.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015. p. 35).

O conceito de marketing é permanentemente revisitado pelos profissionais da área e da neurociência. Para Semenik e Bamossy, “marketing é uma filosofia de negócios”¹⁸, trazendo, portanto, a ideia de que a promoção de produtos e serviços da empresa tem como propósito fundamental a satisfação das necessidades de seus clientes.

Kotler, por sua vez, amplia esse conceito e define marketing como “um processo social e gerencial através do qual indivíduos e grupos obtêm aquilo que desejam e de que necessitam, criando e trocando produtos e valores uns com os outros”¹⁹. Para o autor, o marketing está diretamente relacionado à conquista do cliente e à manutenção dos relacionamentos com ele.

Além disso, a meta do marketing é atrair novos clientes, buscando sempre a maximização dos valores e a satisfação de todos os clientes, atendendo às necessidades e demandas dos consumidores, criando-se um elo entre empresa e cliente, com objetivo de gerar valores mútuos.

As necessidades, segundo Kotler, podem físicas (consideradas fundamentais, tais com o vestuário, o alimento, e a segurança), sociais (pertencimento a um grupo) ou individuais (tais como o conhecimento, autorrealização, autoestima). Vale dizer, essas necessidades são próprias do homem²⁰.

Na teoria de Kotler²¹, as pessoas têm desejos quase infinitos, mas recursos limitados, ou seja, nem tudo o que as pessoas desejam podem adquirir. Ademais, os desejos humanos sofrem modificações de acordo com sua origem, cultura e situação econômica. Além disso, as necessidades ou os desejos específicos dos compradores podem ser realizados por meio da troca, logo o tamanho de um mercado depende do número de pessoas que apresentam necessidades, têm recursos para fazer trocas e estão dispostas a oferecer esses recursos em troca do que desejam.

Em outra obra, denominada *Marketing 4.0*, o mesmo autor defende a ideia de que o mundo e o cenário dos negócios estão se tornando mais horizontais, inclusivos e sociais e que o marketing deve se adaptar à nova realidade da economia digital²², sendo que o papel do

¹⁸ SEMENIK, Richard J.; BAMOSSY, Gary J. **Princípios de marketing: uma perspectiva global**. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 12.

¹⁹ KOTLER, Philip; GARY, Armstrong. **Princípios de marketing**. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1998. p. 3.

²⁰ KOTLER, Philip. **Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle**. São Paulo: Atlas, 1998.

²¹ KOTLER, Philip. **Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle**. São Paulo: Atlas, 1998.

²² “O conceito de confiança do consumidor não é mais vertical. Agora é horizontal. No passado, os consumidores eram facilmente influenciados por campanhas de marketing. Eles também buscavam e ouviam autoridades e especialistas. Entretanto, pesquisas recentes em diferentes setores mostram que a maioria dos consumidores acredita mais no fator social (amigos, família, seguidores do Facebook e do Twitter) do que nas comunicações de

marketing passa a ser o de guiar o cliente por uma jornada de consumo denominada pelo autor “os cinco As”: assimilação, atração, arguição, ação e apologia. O objetivo do marketing 4.0 seria o de conduzir o consumidor da assimilação à apologia, não apenas demonstrar o produto e incitar desejo nos consumidores²³.

Na fase de *assimilação*, os consumidores estão passivamente expostos a uma lista de marcas em razão de experiências passadas, da comunicação de marketing ou do boca a boca de outros clientes. Esse seria o “portão” para todo o caminho do consumidor. Tornando-se consciente da marca, na fase de *atração*, os consumidores passam a processar as mensagens criando memória de curto prazo ou ampliando a memória de longo prazo.

Na sequência, na fase de *arguição*, os consumidores costumam prosseguir pesquisando as marcas pelas quais têm atração, obtendo mais informações dos amigos, da família, da mídia ou direto das marcas. Assim, “o caminho do consumidor muda de individual para social”. Aqui, os consumidores pedem conselhos, fazem avaliação *on-line* (que pode ocorrer por meio dos tutoriais), ou mesmo testes de produtos nas lojas, forçando as empresas a estarem presentes em todos os canais para convencer o cliente.

Se forem convencidos até essa fase, os consumidores passam para a fase de *ação*. Adquirindo a marca específica, os clientes passam a interagir, em especial com o atendimento pós-venda. Assim, os fornecedores devem envolver os clientes e certificar-se de que a experiência de posse e consumo seja positiva. Por fim, a fase de *apologia* é aquela em que o consumidor passa a desenvolver fidelidade à marca, que se reflete na retenção, recompra e defesa da marca.

Não se pode negar, no entanto, quem apesar das estratégias de marketing das empresas, muitos dos produtos lançados não alcançam o sucesso esperado. Lindstrom, então, lança as seguintes perguntas: o que nos impulsiona, como consumidores, a fazer a escolha que fazemos?

marketing. A maioria pede conselhos a estranhos nas mídias sociais e confia neles mais do que nas opiniões advindas da publicidade e de especialistas. Nos últimos anos, essa tendência estimulou o crescimento de sistemas de avaliação pública como TripAdvisor e Yelp. Nesse contexto, as marcas não deveriam mais ver os consumidores como meros alvos. No passado, era comum as empresas transmitirem sua mensagem por diferentes mídias publicitárias. Algumas até inventavam uma diferenciação pouco autêntica para poder se destacar da multidão e dar respaldo à imagem de sua marca. Com isso, a marca costuma ser tratada como uma embalagem externa, permitindo uma representação falsa de seu verdadeiro valor. Essa abordagem não será mais eficaz, porque, com a ajuda de suas comunidades, os consumidores se defendem das marcas ruins das quais são alvos. O relacionamento entre marcas e consumidores não deveria mais ser vertical, e sim horizontal. Os consumidores deveriam ser considerados colegas e amigos da marca. E a marca deveria revelar seu caráter autêntico e ser honesta sobre seu verdadeiro valor. Somente então ela será confiável” (KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**: do tradicional ao digital. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*).

²³ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**: do tradicional ao digital. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*.

O que nos faz escolher uma marca ou um produto em detrimento do outro? O que os consumidores estão realmente pensando? Ao responder às perguntas, o autor afirma:

Ninguém consegue dar uma resposta decente a essas perguntas, as empresas seguem em frente usando as mesmas estratégias e técnicas que sempre usaram. Os profissionais de marketing, por exemplo, ainda estão usando os mesmos métodos de sempre: uma pesquisa quantitativa – que envolve entrevistas com inúmeros voluntários a respeito de uma ideia, conceito, produto ou até mesmo um tipo de embalagem –, seguida de uma pesquisa qualitativa, que se concentra com mais intensidade em discussões com grupos menores, cuidadosamente escolhidos naquela mesma população²⁴.

O autor sugere que o insucesso das marcas é reflexo de estratégias mercadológicas obsoletas e de pesquisas realizadas pelas empresas que são pouco confiáveis, já que a intenção de comprar um produto ou serviço informada pelo indivíduo em uma pesquisa tradicional não necessariamente se transforma em comportamento real futuro de compra desse mesmo produto ou serviço. Aprofundando seus estudos, Lindstrom afirma que a neurociência pode ser o caminho para a melhor compreensão do comportamento do consumidor no mercado.

Neuromarketing é a aplicação da neurociência ao marketing, que busca compreender o funcionamento do cérebro e ajuda a desvendar a razão pela qual escolhemos determinadas marcas. Como uma nova luz, os conceitos do neuromarketing surgem para entender o que realmente se passa na mente dos consumidores, e ir muito mais além do que eles dizem nas pesquisas tradicionais.

O neuromarketing passa a analisar o comportamento do consumidor a partir dos estímulos cerebrais, levando em consideração a influência das cores, dos aromas, do *design*, das emoções e do comportamento irracional (ou subconsciente) dos consumidores.

Essa nova metodologia ganha cada vez mais espaço no mundo dos negócios, alcança a mente do consumidor e tem uma interpretação mais direta e confiável do que palavras utilizadas no marketing tradicional. Como Lindstrom afirma, aproximadamente 90% do nosso comportamento de consumidor é inconsciente, e ressalta: “neuromarketing não significa implantar ideias no cérebro das pessoas ou forçá-las a comprar o que não querem: significa revelar o que está dentro da nossa cabeça – nossa lógica de consumo”²⁵.

Em outro trecho, o autor adverte:

Não acredito que o neuromarketing seja um instrumento insidioso de governos corruptos ou anunciantes desonestos. Acredito que seja simplesmente uma ferramenta, como um martelo. Sim: nas mãos erradas, um martelo pode ser usado para arrebentar a cabeça de alguém, mas esse não é o propósito, e isso não significa que os

²⁴ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 27.

²⁵ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 27.

martelos devem ser banidos, confiscados ou proibidos. O mesmo vale para o neuromarketing. Trata-se simplesmente de um instrumento usado para nos ajudar a decodificar o que nós, consumidores, já estamos pensando ao sermos confrontados por um produto ou marca, e que às vezes até nos ajuda a desvendar métodos desleais usados por publicitários para nos seduzir e trair sem que tenhamos conhecimento²⁶.

De fato, a neurociência vem revolucionando a maneira como compreendemos o comportamento e as motivações humanas, e cada vez mais vem sendo utilizada no mercado de consumo. O tema será aprofundado na Parte 3 da pesquisa.

3. O comportamento do consumidor

O comportamento do cliente pode ser definido como “as atividades físicas e mentais realizadas por clientes de bens de consumo e industriais que resultam em decisões e ações, como comprar e utilizar produtos e serviços, bem como pagar por eles”²⁷. É uma área interdisciplinar que une áreas como a psicologia, economia, sociologia, antropologia cultural, semiótica, demografia, história e que gira em torno dos processos cognitivos, motivacionais e emocionais do indivíduo.

Entender o comportamento do consumidor é permitir compreender os seus valores, evitando, assim, um erro no planejamento de marketing devido a uma análise tendenciosa do mercado, pois não se levam em consideração os aspectos descritos anteriormente em relação ao consumidor.

Os elementos culturais podem influenciar diretamente o consumo nos aspectos quantitativo e qualitativo. O tipo de produto a ser colocado no mercado de consumo também dependerá dos hábitos culturais locais²⁸. Bom exemplo disso são a alimentação e a moda, que, embora tenham pontos em comum no mundo todo, sempre sofrerão variações de acordo com os hábitos locais²⁹.

²⁶ LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 14.

²⁷ SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29.

²⁸ “A busca por sentidos no consumo revela que o modo como o consumidor se comporta também é uma forma dele se expressar, ainda que de forma não verbal. Ele expressa seus interesses a partir de suas escolhas. Mais que isso, os bens consumidos pelo consumidor refletem sua classe social, educação, cultura, além dos grupos a que pertence (ou quer pertencer). Quando o consumidor escolhe um bem, ele também quer demonstrar algo, quer dizer algo sobre si. Esses são apenas alguns sentidos que podem decorrer do comportamento do consumidor. O comportamento do consumidor é uma forma de expressão que denota sentido, assim como a linguagem. Por isso, assim como a linguagem, podemos afirmar que também se trata de um meio de expressão. Também como a linguagem, a escolha de consumo tem o poder de incluir e excluir.” (CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 84, p. 45, out. 2012).

²⁹ No mesmo sentido: “O Nescafé que se compra na Suíça não tem o mesmo gosto que aquele vendido na França,

Em relação ao universo infantil, Karsaklian pondera que a sociedade do lazer, que é a nossa, está indissociavelmente vinculada à sociedade de consumo, e influenciou, de modo considerável, as crianças, tornando-as conscientes do seu papel de consumidoras. As crianças, conscientes do seu novo poder financeiro, dificilmente poderiam reagir de forma diferente. Submersas nas avalanches de bens de consumo, elas devem aceitar, sem dúvidas nem inibições, o dever de consumir como o preço a pagar pela prosperidade e o tempo livre³⁰.

Livia Barbosa ressalta que a escolha da identidade e do estilo de vida não é um ato individual ou arbitrário, mas depende, conforme já assinalamos, da cultura em que o indivíduo está inserido, e exemplifica:

A sociedade indiana seria um bom exemplo dessa disjunção entre sociedade e cultura de consumo. Nela, a religião desempenha um papel importante nos tipos de alimentos que podem ser consumidos, nos critérios de poluição que estruturam diferentes práticas de preparação e ingestão dos mesmos e na escolha dos cônjuges, uma tarefa deixada a cargo dos pais na ausência de uma ideologia de amor romântico, que o relacione diretamente a casamento e vida comum. Paralelamente a essas lógicas e práticas culturais que afetam diretamente o direito de escolha individual, extremamente valorizado nas culturas de consumidores de algumas sociedades ocidentais, existe uma intensa economia de mercado e instituições que procuram proteger o “freguês”, lançando mão de princípios tanto tradicionais, baseados em um código jurídico e legal, expresso na noção de direitos do consumidor. Origina-se dessa disjunção a necessidade de pensarmos sobre sociedades e culturas de consumo ou sobre etnografias de sociedades e culturas de consumo³¹.

É inegável a influência dos filhos no processo decisório de compra dos pais³², também é inegável que a primeira fase de compreensão do mundo é vivida e ensinada pelos pais, que, a depender do seu comportamento em face das decisões de compra, também influenciarão as preferências dos filhos. Muitos são os fatores já estudados pelas citadas áreas do conhecimento

mesmo estando no outro lado da fronteira. O mesmo se pode dizer dos iogurtes Danone, que apresentam diferenças gritantes em sua coloração, sabor, consistência e aroma na França e no Brasil. Essa adaptação deve-se às diferenças de gosto que existem de um país para o outro. Os franceses, mais acostumados a tomar iogurte natural e comer queijo branco, têm preferência por iogurtes com sabor menos acentuado; enquanto no Brasil, a preferência é por sabores mais adocicados, cores mais fortes e odor acentuado. Ela parece particularmente adequada, quando, com base em uma mesma necessidade, os consumidores desenvolvem expectativas que são, ao mesmo tempo, muito diferentes de uma cultura para outra e difíceis de mudar por causa de sua posição central no sistema cultural. Renunciando a todas as desvantagens da padronização, essa estratégia considera que cada subgrupo cultural é um mercado específico” (KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 165).

³⁰ KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 240.

³¹ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 9.

³² “Os filhos, na qualidade de membros da família, constituem um importante mercado-alvo para empresas de todos os produtos domésticos. Em 1990, as crianças americanas foram responsáveis por um gasto direto de mais de 60 bilhões de dólares, e influenciaram mais de 380 bilhões em gastos feitos por outros membros da família. A influência dos filhos aumenta com a idade. Um estudo constatou que 21% das mães de crianças entre cinco e sete anos cediam ao pedido delas, sendo que essa porcentagem subia para 57% no caso de crianças entre 11 e 12 anos” (SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 545).

que indicam a forte influência dos pais nos hábitos de consumo dos filhos³³.

Nesse sentido, conforme Blandína Šramová aponta, precisamos estar atentos ao fato de que não é possível estabelecer relação de causalidade direta entre o marketing e a influência de compra. O autor exemplifica a afirmativa com a questão da obesidade infantil e a publicidade de alimentos, afirmando que os anúncios de produtos sem valor nutricional são tentadores para as crianças, mas a obesidade infantil não é influenciada puramente pelo marketing, devendo também ser analisados o nível de atividade física praticado pela criança, os hábitos alimentares indesejáveis prevalentes na família da criança, entre outros fatores. Isso demonstra o denominado “paradoxo da parentalidade moderna”, no qual os pais sabem o que é bom para seus filhos, mas lhes oferecem opções menos saudáveis³⁴.

O comportamento do consumidor também é explicado pelo neuromarketing com a ajuda das técnicas de neurociência, que medem a atividade neural e analisam as tomadas de decisões pelos consumidores.

4. A criança na sociedade de consumo

Uma criança que tenha o seu nascimento nos dias atuais passará, necessariamente, a viver em uma sociedade de consumo, será rodeada de produtos e serviços que não estavam disponíveis para uma criança nos séculos passados. Ficará condicionada a tudo que a cerca, desde a fralda descartável que é colocada em um bebê assim que sai do ventre materno, passando pelo chocalho que vai distraí-lo nos primeiros meses de vida até os jogos de *videogame* que serão moda na sua infância e adolescência.

Estará envolvida por novas tecnologias, e, provavelmente, por estar condicionada a essas novas tecnologias, saberá utilizá-las melhor que seus pais (e deixará os avós orgulhosos

³³ “One of the first social links is family. Thus, in consumer socialization process, it is important to observe the child-parent relationship. Parent-child relationships are less confrontational and more collaborative these days. Advertising reacts to that and puts the parent in a position of an adviser (e.g., when choosing a bank to open an account). Moreover, in some countries, we witness a decrease of commercials focused on products linked to obesity and unhealthy lifestyle (e.g., fast food, snacks, products high in sugar, breakfast cereals) and an increase of commercials promoting alternative products: fruit juice, water, fresh fruit, and vegetables” (ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s consumer behavior**. *E-book*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 21 de junho de 2020).

³⁴ “However, we have to stay aware of the fact that correlational relationship between observed variables does not indicate causal relationship. Let us take the example of the relationship between obesity and food marketing. It is clear that adverts for products with no nutritional value are tempting for children. Nevertheless, children obesity is not influenced purely by food marketing but also by insufficient physical activity, undesirable eating habits prevailing in the child’s family, and so on. Noble et al. propose ‘the paradox of modern parenting,’ by which they mean that parents know what is good for their child but provide them with less healthy options” (ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s consumer behavior**. *E-book*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 21 de junho de 2020).

por conseguir manipular equipamento com o qual eles nem sequer sonhavam na infância).

Ensina Edgar Morin que a relação indivíduo-sociedade é *hologramática, recursiva e dialógica*. É *hologramática*, já que o indivíduo está na sociedade e a sociedade está no indivíduo, ou seja, não é possível separar a parte do todo, “a parte está no todo, assim como o todo está na parte”. É *recursiva*, pois causa produz um efeito, que, por sua vez, produz uma causa. Os indivíduos produzem a sociedade que produz os indivíduos, e, por consequência, a emergência social depende da organização mental dos indivíduos, mas a emergência mental depende da organização social (no sentido de oferecer liberdade de criar novos rumos). É *dialógica*, visto que a relação do indivíduo com a sociedade (e vice-versa) é ao mesmo tempo complementar e antagônica³⁵.

Assim, para a nossa pesquisa, partimos da premissa de que a criança está em uma sociedade de consumo e faz parte dela, produz a sociedade de consumo e é produzida por ela, e que tem uma relação complementar e antagônica com essa sociedade. A relação é antagônica com a sociedade porque todo ser que vem ao mundo traz o seu próprio código genético (somos mais de sete bilhões de habitantes e ninguém carrega o mesmo código genético), de modo que, sendo cada ser humano ser único, sempre haverá antagonismo e contrapontos, formando uma sociedade plural.

A criança deve crescer em ambiente que lhe ofereça liberdade suficiente para desenvolver sua personalidade e, ao seu próprio modo, influenciar diretamente a vida em sociedade. Reconhecemos, desse modo, que crianças e adolescentes são atores que influenciam e são influenciados pela sociedade e, por óbvio, estão expostos a toda e qualquer atividade de marketing utilizada em sociedade.

Nas palavras de Hannah Arendt,

O labor e o trabalho, bem como sua ação, têm também raízes na natalidade, na medida em que sua tarefa é produzir e preservar o mundo para o constante influxo de recém-chegados que vêm a esse mundo na qualidade de estranhos, além de prevê-los e **levá-los em conta**. Não obstante, das três atividades, a ação é a mais intimamente relacionada com a condição humana da natalidade; o novo começo inerente a cada nascimento pode fazer-se sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui capacidade de começar algo novo, isto é, agir. Neste sentido de iniciativa, todas as atividades humanas possuem um elemento de ação e, portanto, de natalidade. Além disso, como a ação é atividade política por excelência, a natalidade, e não a mortalidade pode constituir a categoria central do pensamento político, em contraposição ao pensamento metafísico³⁶ (grifo nosso).

³⁵ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 167.

³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 17.

Nosso desafio será, justamente, delinear um limite, tênue limite, entre a condição humana, a vida em sociedade e sua influência no desenvolvimento da criança no que diz respeito à publicidade infantil.

De fato, conforme já pudemos avaliar, junto com Adolfo Mamoru Nishiyama, a criança e o adolescente são especialmente vulneráveis na sociedade de consumo³⁷. A proteção do vulnerável não ocorre somente no Código de Defesa do Consumidor. Temos, por exemplo, na Constituição Federal, a proteção do trabalhador, do idoso, da criança, do adolescente e do jovem³⁸.

Nas relações de consumo, podemos considerar que todos os consumidores são vulneráveis, mas alguns são mais vulneráveis que outros, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. São eles as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes, que possuem proteção especial na Magna Carta.

O prefixo *hiper* (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou daquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra *vulnerável*, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais. Os hipervulneráveis possuem tratamento especial, tendo como fonte direta nosso ordenamento jurídico³⁹.

A criança é, portanto, hipervulnerável, apresentando especial vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional, sendo necessária uma proteção diferenciada no mercado de consumo.

5. Proteção integral da criança *versus* liberdade de comunicação do fornecedor

O art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal dispõe que é livre a manifestação do pensamento e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu art. 220⁴⁰, proíbe a restrição à manifestação do pensamento, à liberdade de criação, expressão e

³⁷ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 13-45, out.-dez. 2010.

³⁸ A “hipervulnerabilidade” foi utilizada por Herman Benjamin: STJ, 2ª Turma, REsp 1.064.009/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 4/8/2009.

³⁹ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 19, out.-dez. 2010.

⁴⁰ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de informação social, observado o art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo

informação, bem como qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Esse dispositivo constitucional abrange, portanto, a **liberdade de expressão e pensamento**, a **liberdade de informação** e a **liberdade de comunicação social**.

Por esse motivo, analisando os artigos mencionados, entre outros, José Afonso da Silva define a liberdade de comunicação prevista na Constituição como um conjunto de direitos, de meios e de formas que viabilizam a promoção desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação⁴¹⁻⁴².

Vale lembrar que a comunicação social engloba, inclusive, a comunicação via internet. As consequências dessa intensa e célere transformação tecnológica não foram completamente abarcadas pelo direito, restando adequar o ordenamento jurídico atual ao fato, lembrando que o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados trouxeram alguma regulamentação específica para o setor.

São previstas na própria Constituição algumas intervenções estatais relativas à comunicação social. Com o objetivo de proteção da infância e da juventude, há reservas expressas nos §§ 3º e 4º do art. 220, relativas às classificações indicativas de *shows*, teatros, cinemas e programação televisiva.

De fato, a liberdade de comunicação social, garantida pelo art. 220, legitima a União a regular as diversões e os espetáculos públicos, devendo informar a natureza, as faixas etárias a que se recomendem, os locais e horários adequados. É, ainda, dever da União estabelecer meios para que os pais possam efetivamente exercer o poder familiar diante dos entretenimentos colocados à disposição no mercado de consumo⁴³.

ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios que garantam à pessoa da família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais nos termos do inciso II, do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243.

⁴² Tratando do assunto, o autor afirma que, conforme a Constituição, as formas de comunicação regem-se de acordo com seis princípios básicos: “[...] (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2.º e 4.º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243).

⁴³ Barroso explica que a Constituição Federal de 1934 “introduziu expressamente a possibilidade de censura prévia aos espetáculos e diversões públicas, na dicção do art. 113, n. 9: ‘9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada

Em relação à publicidade, o § 4º, do art. 220 da Constituição Federal estabelece restrições expressas à publicidade de alguns produtos; vejamos:

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais nos termos do inciso II, do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A Lei nº 9.294/1996 regulamentou o dispositivo constitucional restringindo fortemente a publicidade dos produtos nela mencionados. Tais restrições são fundamentadas na saúde pública dos cidadãos.

Por ora, de se concluir que a publicidade no mercado de consumo está relacionada ao direito de os fornecedores comunicarem a existência de produtos e serviços no mercado de consumo, e que as restrições relativas à publicidade estão vinculadas apenas ao tabaco, às bebidas alcoólicas, aos agrotóxicos, aos medicamentos e às terapias.

Por fim, é de se notar que a Constituição Federal **não veta a publicidade de produtos voltados ao público infantil e não cria qualquer restrição específica para esse público**, nem mesmo relativa aos casos de saúde pública, como os anúncios de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sódio.

De outra banda, o art. 227 da Constituição Federal garante a proteção integral a crianças e adolescentes, e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37, considera abusiva a publicidade “que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

Sendo o marketing uma ferramenta de persuasão e sendo a criança e o adolescente

um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anônimo. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social’. Mais adiante, explica que ‘com o colapso das instituições democráticas e o advento do Estado Novo e da Carta de 1937, implantou-se um rigoroso sistema de censura prévia à liberdade de expressão, abrangendo a imprensa, espetáculos e diversões públicas. Já a Constituição de 1946 retomou a inspiração do Texto de 1934, em reprodução quase literal, com o acréscimo da vedação ao preconceito de raça ou de classe. Após o movimento militar de 1964, foi editada a Constituição de 1967, logo substituída pela Emenda n. 1, de 1969, outorgada pelos Ministros do Exército, da Marinha de Guerra e da Aeronáutica Militar. A Carta de 1969, procurando manter a fachada liberal e com penosa insinceridade normativa, enunciava no art. 153, § 8º: ‘§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes’. A referência final à *moral e aos bons costumes* não constava do Texto de 1967. A longa noite ditatorial, servindo-se de instrumentos legais como a Lei 5.250, de 09.02.1967, e o Dec.-lei 236, de 28.08.1967, bem como do voluntarismo discricionário de seus agentes, trouxe o estigma da censura generalizada aos meios de comunicação. Suprimiam-se matérias dos jornais diários, sujeitando-os a estamparem poesias, receitas culinárias ou espaços em branco. Diversos periódicos foram apreendidos após sua distribuição, tanto por razões políticas como em nome da moral e dos bons costumes” (BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *RT*, v. 790, p. 129, ago. 2001. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 779, ago. 2011. DTR\2001\368, p. 778-779).

hipervulneráveis, resta-nos analisar os limites de restrição das liberdades do anunciante e os critérios para determinar a proteção da criança em face dos mecanismos de marketing.

6. A influência da ciência política na definição de critérios de intervenção do Estado para regulamentação da publicidade infantil

Reconhecido o direito garantido pela Constituição Federal de o fornecedor colocar produtos e serviços no mercado de consumo, na forma do art. 5º e do art. 220, e reconhecida a vulnerabilidade da criança e do adolescente ao receberem a mensagem publicitária, é imprescindível a análise da atuação do Estado diante de uma **aparente antinomia** entre tais direitos.

De fato, o direito de anunciar não pode ser considerado absoluto e irrestrito, e deve sofrer restrições, para o exato cumprimento do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor e dos demais dispositivos constitucionais mencionados.

Para estabelecer critérios interpretativos de restrição à publicidade infantil, devemos avaliar o papel do Estado, o que, de certo modo, sempre tocará a concepção política e ideológica do intérprete. De fato, dependendo da concepção política ou ideológica que se toma, podemos ter variadas respostas a respeito do papel do Estado em relação à proteção da criança quando exposta à publicidade.

É inegável o diálogo entre a Política e o Direito. Explica Celso Lafer que o Direito é constitutivo e regulador da ação política, requer consenso e se fundamenta na promessa. Nas palavras do autor,

a promessa estabelece um limite estabilizador necessário à imprevisibilidade e à criatividade de ação. Daí a importância, na interação humana, do *pacta sunt servanda*, no qual se fundamenta o Direito. Uma constituição – como mostra Hannah Arendt na análise da experiência norte-americana que, em *On Revolution*, ela discute como metáfora exemplar do poder constituinte originário – tem duas dimensões que esclarecem a relação entre Direito e Política da maneira mais correta. São elas a da construção do *homo faber* do espaço público, e da obtenção do acordo para agir conjunto, por meio da promessa. A Constituição é, portanto, um construído convencional, no qual a contingência do consenso, cuja autoridade deriva do ato de fundação, é uma virtude, pois a verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política, que ensaja a gramática da ação e a sintaxe do poder⁴⁴.

Tomada a influência entre Direito e Política, **e sendo o Direito o regulador da Política**, entendemos de grande importância estudar, ainda que de forma breve, algumas correntes da

⁴⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 26.

filosofia política contemporâneas que se propõem a analisar o papel do Estado e as relações com os indivíduos.

Explica José Eduardo Faria que, atualmente, no âmbito da filosofia política, há quatro correntes teóricas liberais; vejamos:

- a) os *libertários* (ou anarcocapitalistas), como Robert Nozick e Friedrich Hayek, defendem a ideia de Estado mínimo, que tem como valor máximo a *liberdade*, sem qualquer intervenção do Estado no domínio econômico. Em suma, para essa corrente: a) o aparato estatal tem sido utilizado para pressionar o indivíduo e violar seus direitos (inclusive quando obriga a ajudar ao próximo através do pagamento de tributos); b) as ideias de justiça social são um contrassenso por comprometer as liberdades inerentes ao homem; c) a livre apropriação seria o único princípio de justiça; e d) só o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força e fiscalização do cumprimento de contratos, é justificável. Assim, a função do Estado, para os libertários, está ligada ao cumprimento coercitivo dos contratos e à proteção contra a força, ou seja, a proteção da vida⁴⁵;
- b) os *liberais contratualistas*, de John Rawls e Ronald Dworkin, que tratam de questões relativas à efetividade e ao reconhecimento dos direitos civis dentro da tradição kantiana, vendo a sociedade como uma combinação da afirmação de identidades e da eclosão de conflitos entre distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna;
- c) os *comunitaristas*, como Michael Walzer⁴⁶ e Michael Sandel, que recuperam a tradição aristotélica e a) põem em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente, b) enfatizam a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea e c) concebem a justiça como a virtude na aplicação de regra conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticando os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e por ver os diálogos apenas como uma sucessão alternada de monólogos⁴⁷;
- d) os *críticos-deliberativos*, como Jürgen Habermas, formados pela tradição hegeliano-marxista, para quem a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definhado a ponto de ser não mais que uma simples palavra, c) só a razão comunicativa possibilita “acordos sem constrangimentos” em condições de se irradiar para toda a sociedade e d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoada pelos *liberais*, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, enfatizada pelos *comunitaristas*, estão

⁴⁵ Rechaçamos, para a pesquisa, o pensamento libertário por não aceitar as assimetrias de mercado, ficando impossível fundamentar qualquer forma de atuação do Estado para a proteção do consumidor com o pensamento libertário.

⁴⁶ Para Michel Walzer, o papel das instituições é garantir liberdade aos indivíduos, com direitos protegidos de toda interferência exterior, sendo que a história pessoal está interligada à história social: “o indivíduo não cria nem determina as instituições nas quais está inserido. Por conseguinte, escola, igreja, família, dentre outras instituições, têm história particular, de acordo com as sociedades que são estudadas, e refletem os postulados de fé, saber e são nutridas pela civilização. Em conclusão, os homens e mulheres são livres enquanto viverem em instituições” (PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80).

⁴⁷ Sobre o debate entre o comunitarismo e o liberalismo político, explica Leonardo Martins que: “no que tange a questões como a prescrição de um *modus vivendi* fomentado pelo Estado e a resposta do liberalismo político que enfatiza o mandamento de neutralidade do Estado com base em sua tríade da legitimidade, igualdade e ceticismo político no sentido de não se abraçar ‘verdades’, sobretudo no que concerne a uma ‘concepção de bem’ que fosse divulgada pelo Estado” (**Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29).

presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra⁴⁸.

O liberalismo-contratualista (também chamado de liberalismo-social ou liberalismo igualitário), adotado como premissa para a pesquisa e para o norteamento de eventuais políticas públicas que serão sugeridas, sustenta a autonomia e a autodeterminação dos indivíduos e das famílias e preconiza a atuação do Estado para a defesa de direitos fundamentais, especialmente para a defesa do direito à liberdade.

John Rawls, precursor do liberalismo-igualitário, partindo do fato do pluralismo em sociedade, ou seja, das múltiplas possibilidades de valores e concepções dos indivíduos a respeito da vida social e da cultura, defende uma teoria de caráter político sem qualquer conotação moral ou de bem-estar social. O desafio fundamental de sua teoria é justamente buscar um consenso sobre o que é justo diante da multiplicidade de concepções abrangentes de comunidades, grupos e indivíduos. Sua teoria busca determinar o que é “justo”, não o que é “moral”, “ético” ou “bom”. Nas palavras do autor:

Primeiro, a prioridade do justo significa (em sentido geral) que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas (§ 1.2), de modo que não precisamos nos basear em concepções abrangentes do bem, mas apenas em ideias moldadas para se acomodar no interior da concepção política. Segundo, a prioridade do justo significa (em seu sentido particular) que os princípios da justiça estabelecem limites para as formas de vida permissíveis (§ 1.2): as exigências que os cidadãos fazem ao tentar realizar fins que transgridem esses limites não têm nenhum peso. **A prioridade do justo dá aos princípios de justiça uma precedência rigorosa nas deliberações dos cidadãos, e limita sua liberdade de promover certos modos de vida.** Essa prioridade caracteriza a estrutura e o conteúdo da justiça como equidade e aquilo que esta considera como boas razões na deliberação (grifo nosso)⁴⁹⁻⁵⁰.

Diante da fragmentação e da diversidade de valores e concepção de bens no mundo atual⁵¹, sustenta o autor a necessidade de um “consenso sobreposto”, qual seja um consenso em

⁴⁸ Prefácio da obra: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁴⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 258.

⁵⁰ Em outra obra, a mesma preocupação é externada pelo autor: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4).

⁵¹ “A complexidade da relação entre indivíduo, espécie, sociedade, cultura e ideias é a condição da liberdade. Quanto maior a complexidade da trindade humana, maior a parte da autonomia individual, maiores possibilidades de liberdade” (MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 279).

torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social⁵². A busca desse consenso exige de parte dos cidadãos o uso da razão pública, da capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes⁵³.

Outro ponto de essencial importância para a teoria de John Rawls é o valor dado para a liberdade. A proposta do pensador é elaborar uma teoria da justiça que garanta um equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, de modo que se possa conjugar o **princípio da liberdade**, tido como o **valor supremo da vida humana**, com o **princípio da igualdade**, visto como **valor fundamental da convivência humana**.

A prática equitativa permite aos indivíduos estabelecerem uma situação em que ninguém “leve vantagem” e que os pressupostos dos termos equitativos de uma cooperação não podem ser definidos por uma lei divina ou por uma ordem moralista.

John Rawls preocupa-se com a construção dos direitos fundamentais, tendo empreendido grande esforço para explicar as liberdades públicas, sempre objetivando assegurar os direitos dos cidadãos como pessoas livres e iguais. O cientista inspira-se em um individualismo metodológico, segundo o qual todos os seres humanos são conscientes, racionais e livres e agem em condições ideais (por meio da posição original e do véu da ignorância) para definir o justo⁵⁴.

Explica Celso Lafer,

A repercussão a obra de Rawls sobre justiça – um trabalho importante do ponto de vista da deontologia contemporânea – não é, portanto, obra do acaso, pois ele responde a necessidades práticas. O sucesso de Rawls, observa Bobbio, reside precisamente no

⁵² “A essa altura, invocamos a ideia de um consenso sobreposto e dizemos: se uma concepção de política de justiça é mutuamente reconhecida por cidadãos razoáveis e racionais que endossam doutrinas abrangentes e razoáveis num consenso sobreposto, esse fato em si confirma que suas instituições básicas e livres têm espaço suficiente para forma de vida que merecem a adesão devotadas dos cidadãos. Pressuponho, evidentemente, que a concepção política de justiça endossada pelo consenso razoável satisfaz, tanto quanto podemos ver, todos os critérios razoáveis de reflexão crítica. **Essa é a garantia mais razoável que podemos ter: a de que nossas instituições políticas contenham um espaço suficiente para formas de vida valiosas, e a de que, nesse sentido, nossa sociedade política possa ser boa e justa**” (grifo nosso) (RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 259).

⁵³ “O homem é para a sociedade e esta para aquele um problema para resolver. Apesar disso, ambos são de tal modo estruturados de modo que possam coexistir. Essa hipótese, em que a sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as reduções últimas e fundamentais de uma complexidade indeterminada de indivíduos num conjunto ainda complexo de interações, porém, mais ‘domesticado’, muda a concepção da relação entre Direito e sociedade. Se o homem concreto precisa da sociedade para viver, isso não quer dizer que ele faça *parte* dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não pode ser deduzida da natureza humana. O Direito é visto, então, **como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade**. Mas não é única, havendo ao seu lado outras, como as cognitivas, as estéticas, etc. Como estrutura, porém, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações, congruentemente generalizadas. Sem essa generalização congruente não poderiam os homens orientar-se mutuamente, não podendo esperar suas próprias expectativas” (grifo nosso) (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99).

⁵⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 259.

esforço de inserir, na dinâmica do contratualismo e de seus procedimentos, a justiça como *fairness*. Com efeito, os dois princípios básicos de Rawls: (I) cada pessoa deve ter um igual direito à mais extensa liberdade compatível com uma idêntica liberdade para os outros; e (II) as desigualdades econômico-sociais devem ser ajustadas de tal forma que: (a) haja uma expectativa razoável de estabelecerem trabalhando para o bem de todos; e (b) resultarem de posições e cargos abertos a todos – buscam estabelecer, nas estruturas da sociedade, um equilíbrio apropriado entre pretensões opostas, através da eliminação das distorções arbitrárias e das desigualdades dos pontos de partida. Neste sentido, para Rawls o respeito às regras do jogo, característico da legitimidade racional-legal, vai além da legitimação pelo procedimento e da justiça como legalidade, pois tudo se vê continuamente submetido ao escrutínio material da *fairness*⁵⁵.

Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser garantidos a todos indistintamente, já que são esses direitos que assegurarão ao indivíduo o desenvolvimento de suas capacidades e de sua autodeterminação. No entanto, **para o autor, os mesmos importantes direitos podem sofrer restrições, que só serão aceitas quando houver conflitos entre as diversas liberdades (sempre com o objetivo maior de proteger o sistema global de liberdades) e nas ocasiões em que as restrições forem necessárias para que a pessoa possa gozar das liberdades individuais.**

Adotando essa concepção política, entendemos que os direitos fundamentais devem ser construídos sempre com vistas a garantir a maior liberdade possível, sendo admissíveis restrições quando houver conflito entre as diversas liberdades individuais.

Sendo assim, quaisquer restrições à liberdade são “restrições gerais da razão teórica ou prática ou fazem parte da justiça como equidade enquanto concepção política”⁵⁶. Essas restrições invocam a razoabilidade e racionalidade de que se aplicam os cidadãos e se manifestam no exercício de suas capacidades mentais.

No mesmo sentido, explica Leonardo Martins que a teoria liberal dos direitos fundamentais é alicerçada no princípio distributivo, segundo o qual o Estado deve justificar a intervenção, e não o indivíduo o uso da sua liberdade. Outro princípio que precisa ser observado é o da estrita separação entre a atividade de legislar e de aplicar o direito⁵⁷.

⁵⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 73.

⁵⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 260.

⁵⁷ “Entre seus princípios fundamentais encontra-se o princípio distributivo, cujo conteúdo normativo corresponde à obrigação do Estado de justificar intervenções na liberdade e não do titular justificar a forma do seu exercício de liberdade. Outro princípio fundamental, sem dúvida bastante influenciado pelo juspositivismo, é o princípio da estrita separação entre legiferação e aplicação do direito. Coerentemente com esses princípios, a escolha pelo tamanho do Estado e a sua política econômica cabe exclusivamente às instâncias legislativas nos limites de suas competências. Por isso que uma política tributária mais intervencionista perseguida pelo legislador, embora notoriamente contrarie a cartilha neoliberal, não mereceria reparos de fiscais da constitucionalidade com base nos parâmetros desenvolvidos a partir da teoria liberal e por ela refletidos. Assim, a fixação pelo legislador de percentuais de tributos mais elevados não pode, respeitados certos limites, ser questionada com base na teoria liberal. Em todo caso, não se trata de um problema a ser resolvido pelo critério da proporcionalidade” (MARTINS,

Assim, partindo do pressuposto do Estado Liberal, devemos estabelecer critérios racionais para legislar a respeito da proteção da criança em relação à publicidade de modo a estabelecer restrições aos fornecedores de produtos e serviços que visam à tutela da liberdade e da autonomia da criança e do adolescente consumidores. Esses critérios racionais, portanto, não podem ser moldados na ideia de bem-estar e de felicidade, mas na proteção da Pessoa. Além disso, as restrições também são fundamentadas no dever de segurança na colocação de produtos e serviços considerados seguros no mercado de consumo.

Este é o fundamento proposto: toda proteção da infância e juventude deve ser baseada na teoria das incapacidades, nas liberdades individuais e no direito à autodeterminação progressiva de crianças e adolescentes. Ou seja, restrições podem ser impostas pelo Estado aos fornecedores por meio da lei, e em razão da especial vulnerabilidade em que aqueles se encontram, para garantir a liberdade de escolha do consumidor mirim.

Ao comparar a proposta de justiça como equidade com o modelo de justiça proposto por Dworkin, John Rawls explica que as restrições propostas por Dworkin impõem concepções que envolvem **ética de valor**, ao passo que na justiça como equidade as restrições são **genéricas da razão teórica ou prática** ou então derivam de concepções (dos cidadãos livres e iguais) que fazem parte da definição de justiça. Esse mesmo conceito ético é transportado para a teoria do direito desenvolvida por Dworkin, que adota a *teoria interpretativa do direito*, incluindo o valor (justiça/moral) no conceito de validade da norma.

Na mesma linha de John Rawls, Tercio Sampaio Ferraz Jr., adotando a teoria descritiva do direito, afirma a necessidade de chegar ao senso comum do que é justo, considerando o direito uma organização das relações de poder que deve ter o sentido do justo. Para o pensador brasileiro, o direito imoral (leia-se injusto) passa a ser destituído de sentido, fazendo com que a obrigação jurídica perca o sentido, mas não a torna inválida:

A noção de sentido tem relação, afinal, com a ideia de senso comum. Senso comum não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram. Senso comum, portanto, não é uma capacidade solitária, que cada qual exerce independentemente dos outros e que, não obstante isso, pode fazer que todos cheguem às mesmas conclusões (por exemplo, que dois mais dois sejam iguais a quatro); é, porém, a presença de um mundo comum, base do que se pode chamar de *senso comum*.

Ou seja, senso comum é algo que o homem experimenta em contato com os outros e não solitariamente. Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é

uma espécie de condição para que o direito tenha sentido. A arbitrariedade, assim, priva o direito de seu sentido, porque torna norma de conduta mera imposição, unilateral, que prescinde dos outros enquanto um mundo comum. Daí a inevitável conotação da arbitrariedade com violência e consequente redução do sujeito passivo das normas a uma espécie de impotência confundida com obediência.

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até um despidorado cinismo⁵⁸ (grifo nosso).

Sendo assim, os valores sociais devem ser colocados em discussão e avaliados pela política para a confecção da norma, mas, uma vez posta no sistema jurídico, deve ser acatada. Mario Vargas Llosa lembra que todos os pensadores liberais, de John Stuart Mill a Karl Popper, passando por Adam Smith, Ludwing von Mises, Friedrich Hayek, sustentam que a liberdade econômica e política só cumpre a sua função civilizadora, criadora de riquezas, defensora da autodeterminação e dos direitos fundamentais, do respeito às leis, “quando a vida espiritual da sociedade é intensa, mantém viva e inspira uma hierarquia de valores respeitada e acatada pelo corpo social”⁵⁹.

Em suma, a liberdade garantida aos fornecedores na Constituição Federal pode sofrer restrições a serem impostas pelo Estado apenas para que haja proteção à pessoa do hipervulnerável, de modo a garantir a sua liberdade de escolha e a livre expressão de vontade. Toda e qualquer restrição deve ser fundamentada na razoabilidade e na racionalidade e devidamente expressa em lei.

São rechaçados, portanto, quaisquer argumentos que defendam restrições de publicidade com a finalidade de corrigir os rumos tomados pela sociedade, para evitar que a criança seja consumista, para garantir que ela seja feliz, ou por qualquer outro ideal de vida. Essas escolhas devem ser feitas pela família e, mais tarde, pela própria pessoa quando atingir a maioridade.

6.1. Direitos fundamentais e a Constituição Federal

A teoria política brevemente traçada aqui pode nos guiar para interpretar e definir as possíveis intervenções estatais cabíveis nas relações de consumo e infância. Nossa proposta, no

⁵⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 324.

⁵⁹ LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. São Paulo: Objetiva, 2013. p. 164.

rastros do pensamento de John Rawls, é estabelecer restrições às liberdades individuais conforme critérios de razoabilidade e racionalidade.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como os direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁶⁰.

Em relação ao tema deste artigo, há flagrante coalisão entre direitos fundamentais. De fato, o art. 5º da Constituição Federal garante o direito à liberdade, à livre expressão do pensamento e à autodeterminação⁶¹; vejamos:

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

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

⁶¹ Em recente decisão sobre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “É inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes. Essa a conclusão do Plenário, que julgou procedente pedido formulado em ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do CC (‘Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma’), sem redução de texto, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, de produção científica, de liberdade de informação e de proibição de censura (CF, artigos 5º, IV, V, IX, X e XIV; e 220). O Colegiado asseverou que, desde as Ordenações Filipinas, haveria normas a proteger a guarda de segredos. A partir do advento do CC/1916, entretanto, o quadro sofrera mudanças. Ademais, atualmente, o nível de exposição pública das pessoas seria exacerbado, de modo a ser inviável reter informações, a não ser que não fossem produzidas. Nesse diapasão, haveria de se compatibilizar a inviolabilidade da vida privada e a liberdade de pensamento e de sua expressão. No caso, não se poderia admitir, nos termos da Constituição, que o direito de outrem de se expressar, de pensar, de criar obras biográficas – que dizem respeito não apenas ao biografado, mas a toda a coletividade, pelo seu valor histórico – fosse tolhido pelo desejo do biografado de não ter a obra publicada. Os preceitos constitucionais em aparente conflito conjugar-se-iam em perfeita harmonia, de modo que o direito de criação de obras biográficas seria compatível com a inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra e imagem. Assim, em suma, o Plenário considerou: a) que a Constituição asseguraria como direitos fundamentais a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural; b) que a Constituição garantiria o direito de acesso à informação e de pesquisa acadêmica, para o que a biografia seria fonte fecunda; c) que a Constituição proibiria a censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem; d) que a Constituição garantiria a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa; e e) que a legislação infraconstitucional não poderia amesquinhar ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício de liberdades de forma diversa da constitucionalmente fixada” (STF, ADI 4.815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10/6/2015).

De um lado, temos, portanto, o direito dos fornecedores à liberdade de produção de bens e serviços para atender às demandas dos consumidores e anunciá-los no mercado de consumo. De outro lado, temos o direito à liberdade da criança e do adolescente na escolha dos produtos, o direito à autodeterminação da pessoa e da família, ficando-lhes asseguradas a intimidade e a vida privada.

Sem dúvidas, o direito à liberdade de expressão, comunicação e econômica do fornecedor entra, muitas vezes, em colisão com o direito à liberdade de escolha dos infantes: a ausência de capacidade plena para escolha dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo impede que menores, sem o devido auxílio dos seus pais, possam manifestar plenamente a sua vontade para exercer a sua liberdade de escolha.

Estamos, portanto, diante de um grande desafio que se traduz na necessidade de solução de aparente antinomia⁶². Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo imprescindível a harmonização entre eles de modo a conceder a cada um dos direitos maior amplitude possível, devendo ser buscado o ponto de coexistência entre ambos de forma que cedam reciprocamente em prol da convivência⁶³.

Além da concordância prática, o critério de razoabilidade e proporcionalidade deve ser utilizado de forma a harmonizar os interesses dos fornecedores e consumidores: o princípio da razoabilidade e proporcionalidade determina que as normas constitucionais sejam interpretadas de maneira razoável e proporcional, de modo que os meios utilizados sejam adequados aos fins perseguidos pela norma, devendo o intérprete buscar conceder aos bens jurídicos por ela tutelados a aplicação mais justa e equânime possível⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶² Na análise do tema, Anderson Schreiber já afirmou: “Ora, se a liberdade de informação é um direito de mesma hierarquia que o direito à imagem, à privacidade ou ao nome, não há qualquer razão para se instituir um privilégio em favor das empresas de comunicação, forçando alguém (o detento, no caso Lebach ou, em situação já corriqueira na mídia, uma atriz flagrada em momento de profunda intimidade) a ver ilegitimamente veiculada a sua imagem ou violada a sua privacidade, ao argumento de que, posteriormente, poderá obter uma indenização pelo dano sofrido, dano que é, muitas vezes, irreparável sob o prisma moral. A solução há de ser buscada, portanto, na ponderação, por meio não de uma hierarquização abstrata, mas, sim, da determinação de uma relação de prevalência à luz das circunstâncias fáticas” (**Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16).

⁶³ “Princípio da concordância prática ou harmonização determina que, na ocorrência de conflito entre bens jurídicos fixados por normas constitucionais diversas, deve-se buscar uma interpretação que melhor harmonize, de maneira a conceder a cada um dos direitos a maior amplitude possível, sem que um deles imponha a supressão do outro. Por força desse princípio, muito utilizado no confronto entre direitos e garantias fundamentais, busca-se encontrar um ponto de coexistência entre referidos direitos, de forma que ambos cedam reciprocamente, para que possam conviver harmoniosamente. É por esse motivo, aliás, que referido princípio também é conhecido por *princípio da cedência recíproca*” (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121).

⁶⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 288.

⁶⁵ No mesmo sentido, Adalberto Pasqualotto e Mariana Menna Barreto Azambuja, ao analisarem a Resolução Conanda nº 163/2014, que trata da publicidade infantil, manifestam preocupação com os critérios que poderão ser utilizados para restringir a publicidade infantil de maneira a aplicar, de forma racional, a proteção integral e a

Nesse sentido, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias afirma:

Uma coisa, porém, é certa e todos parecem concordar: a criança merece proteção especial do legislador, dada a sua condição de hipossuficiência, mesmo em situações que não se configurem abusivas, mas que exigem um controle valorativo mais intenso, como ocorre com o valor da alimentação saudável e da qualidade de vida. O que não resta definido e continua a provocar grande discussão e controvérsia jurídica é justamente a *medida* dessa proteção.

Há quem defenda a tal proibição da publicidade dirigida ao público infantil, sob o argumento de que a publicidade promoveria a introdução precoce da criança no mercado de consumo, gerando problemas de ordem psicológica (depressão, ansiedade, baixa estima), bem como seria um fator de contribuição para a obesidade infantil, pressupondo ainda a incapacidade dos pais modernos de controlarem a demanda de seus filhos, que seriam “educados” também pela televisão.

Outros defendem a regulamentação dessa atividade, respeitadas as garantias constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de expressão das empresas em relação à publicidade de referidos produtos lícitos, sendo, ademais, a publicidade apenas um fator coadjuvante na formação de consumidores responsáveis, cujo papel principal incumbe aos pais e educadores, não se justificando uma intervenção desproporcional na livre iniciativa⁶⁶.

Entendemos que a questão não é simplista e requer grande esforço e racionalidade para se chegar a uma solução minimamente adequada, tendo em vista que estamos nos referindo aos direitos fundamentais (de fornecedores e consumidores), duramente defendidos pela sociedade ao longo de anos⁶⁷.

Em relação ao tema das classificações indicativas, o ordenamento jurídico brasileiro é relativamente bem desenvolvido, com critérios delineados e sempre respeitando a

liberdade de expressão: “O art. 3º da Res. 163 do Conanda, enuncia alguns princípios gerais que, a par dos previstos na Constituição, no ECA e no CDC, devem ser aplicados à publicidade dirigida aos adolescentes. Mais uma vez, a Resolução e o CBAP avizinham-se, inclusive num certo tom de bom-mocismo, em desuso na linguagem publicitária atual: enquanto a Resolução recomenda respeito ‘às instituições e símbolos nacionais’, o art. 37 do CBAP prescreve que os anúncios devem refletir ‘boas maneiras’ e ‘valores sociais positivos’. Todos esses conceitos atualmente são muito imprecisos frente à prática social e publicitária. Há bons exemplos de contradição entre normas e fatos. Não obstante a convergência substancial entre o CBAP e a Resolução do Conanda, não há expectativas favoráveis a um consenso. A razão principal é a diferença de princípios que cada entidade busca proteger. O **Conar faz apologia da liberdade de expressão**, entendendo que a publicidade comercial é uma forma de expressão protegida pela Constituição. Já o **Conanda procura aplicar o princípio constitucional da proteção integral**. Por trás, há um confronto ideológico. Tudo que vem do Estado é repellido pelo Conar porque é atentatório à liberdade. E o Estado, que por vezes parece querer apropriar-se da Constituição, não atua positivamente na implementação das normas existentes. Da falta de entendimento entre os setores público e privado resulta uma autorregulamentação autista e uma legislação descumprida. Provavelmente, **no meio-termo está a virtude**: uma regulamentação mista, concertada em órgão plural, que reúna os setores interessados no negócio da publicidade, assim como representantes de governo e da coletividade, incluindo, nesta categoria, órgãos públicos e privados de defesa do consumidor” (grifo nosso) (A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 96, p. 89-104, nov.-dez. 2014, p. 103).

⁶⁶ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 254-255.

⁶⁷ Pode-se definir a “intervenção na área de proteção de um direito fundamental como sendo a atuação ou omissão do Estado que: (1º) ou impossibilite, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental (um comportamento que seja abrangido pela área de proteção do referido direito); ou (2º) que ligue ao seu exercício uma consequência jurídica negativa mediante uma proibição sancionada. A intervenção pode ser feita, segundo o entendimento contemporâneo, direta ou indiretamente, com ou sem constrangimento, mediante um ato jurídico ou não” (MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132).

autodeterminação da família, a proteção da vontade do menor e a liberdade de expressão dos fornecedores. Já em relação à publicidade dos produtos voltados para a criança e o adolescente, não há a mesma clareza de interpretação, devendo ainda ser amplamente discutida.

PARTE 2

Diagnóstico dos contornos jurídicos e institucionais sobre a publicidade infantil no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial

A segunda parte deste trabalho tem por objetivo analisar e correlacionar a legislação brasileira sobre publicidade: Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 22, XXIX, art. 24, art. 170 e art. 227), Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, arts. 36 a 38 e art. 39), Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º e arts. 70 a 81), Lei nº 9.294/1996, Lei Geral de Proteção de Dados (art. 14), Resolução Conanda nº 163/2014 e Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 37).

1. Contornos da proteção da criança e defesa do consumidor na legislação brasileira

1.1. A criança e o adolescente na Constituição Federal: proteção integral e melhor interesse

Com um breve estudo sobre a história dos direitos das crianças, é possível perceber que houve expressiva mudança de paradigma desde a Grécia, passando pelo direito romano até hoje. As crianças eram vistas como objeto, com pouca ou nenhuma importância para o Direito, não havia tratamento isonômico entre os filhos, e, em determinadas épocas, podiam ser sacrificadas por nascerem doentes⁶⁸.

Ao traçar um histórico sobre a evolução dos direitos da criança, Lynne Marie Kohm chama a atenção para a influência da religião no desenvolvimento do que se denomina “sentimento de infância”. Constata a autora que o conceito e a importância da infância sofreram influência direta da cultura e da religião.

⁶⁸ “Não se pensava, como normalmente acreditamos hoje, que a criança já contivesse a personalidade de um homem. Elas morriam em grande número. ‘As minhas morrem todas pequenas’, dizia ainda Montaigne. Essa indiferença era uma consequência direta e inevitável da demografia da época. Persistiu até o século XIX, no campo, na medida em que era compatível com o cristianismo, que respeitava na criança batizada a alma imortal. Consta que durante muito tempo se conservou no País Basco o hábito de enterrar em casa, no jardim, a criança morta sem batismo. Talvez houvesse aí uma sobrevivência de ritos muito antigos, de oferendas sacrificais. Ou será que simplesmente as crianças mortas muito cedo eram enterradas em qualquer lugar, como hoje se enterra um animal doméstico, um gato ou um cachorro? A criança era tão insignificante, tão mal entrada na vida, que não se temia que após a morte ela voltasse para importunar os vivos. [...] Não nos devemos surpreender diante dessa insensibilidade, pois ela era absolutamente natural nas condições demográficas da época. Por outro lado, devemos nos surpreender sim com a precocidade do sentimento da infância, enquanto as condições demográficas continuavam a lhe ser ainda tão pouco favoráveis” (ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1981. p. 23).

Durante o Império Romano, as crianças viviam sob a autoridade e “propriedade” paterna. Dado o baixo *status* social que tinham, elas viviam em especial estado de vulnerabilidade, poderiam ser capturadas e era comum a prática de infanticídio⁶⁹.

A autora ainda aponta para a enorme influência que o cristianismo teve no desenvolvimento da ideia de proteção da infância e da especial vulnerabilidade a que estava exposta⁷⁰.

Foi após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1959, que passamos a entender, efetivamente, a criança como um sujeito de direitos⁷¹.

O documento trouxe, pela primeira vez, a doutrina da proteção integral, que está fundamentada em três pilares, a saber: crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos* que estão em desenvolvimento, eles têm o direito à convivência familiar e terão prioridade absoluta no ordenamento jurídico⁷².

1.1.1. Proteção integral

O Estatuto da Criança e do Adolescente é regido por princípios próprios que foram

⁶⁹ “The concept of childhood in antiquity is intriguing and conflicting when viewed as integration of the codes of ancient civilization, the Jewish tradition, the Greco-Roman era, and early Christianity. Ancient civilizations seem to heartily and ardently agree that children were special and deserving of protection, being the clear hope for the future. – The Master said, Respect the young, and – Children... should be lords of the atmosphere. Ancient Greece records Socratic reflections. – Did not Socrates love his own children, though he did so as a free man and as one not forgetting that the gods have the first claim on our friendship? Ancient Rome records similar reflections that hint at a divine relationship between parent and child. – Nature produces a special love of offspring and – [t]o live according to Nature is the supreme good. Indeed, even – [g]reat reverence is owed to a child” (KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of de best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 4, nov. 2008).

⁷⁰ “With the emergence of Jesus Christ’s life, words and actions, and the subsequent publication of the New Testament, Christian scripture pronounced even more clearly the value of children in the face of cultural opposition of that time to such an idea. – Children have low social status and are virtually powerless. It is all the more stunning, therefore, that Jesus offers the child as paradigm for participation in God’s world. In the New Testament there are at least nine references that discuss the importance of the care and protection of children. There are at least five scriptures that directly discuss shaping the behavior of children. Furthermore, there are at least three references that liken childlike qualities to godly qualities, and at least fifteen scriptures that implore adults to be like children. Jesus points to God’s people as his children, or needing to be like children, as a paradigm of God’s character and ways in the world. Though it did not always permeate the Greco-Roman mindset, children are highly valued in Jewish and Christian traditions. The historical Judeo-Christian influence regarding children is apparent throughout the entire biblical text, as there are at least twenty-seven references that illustrate that children are highly valued, are a gift of God and are offered special promises” (KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of de best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 4, nov. 2008).

⁷¹ O primeiro documento internacional a manifestar preocupação com os direitos da criança foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra de 1924.

⁷² AMIN, Andrea Rodrigues. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

inspirados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Ao interpretar a Lei nº 8.069/1990 ou qualquer situação juridicamente relevante em que crianças e adolescentes estejam envolvidos, o intérprete deve iniciar seu trabalho a partir desses princípios.

A Constituição Federal reservou o art. 227 para garantir a proteção integral aos infantes, reconhecendo expressamente que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos⁷³.

Referido artigo, em seu *caput*, esculpe o *princípio da proteção integral* à criança e ao adolescente, determinando à *família*, à *sociedade* e ao *Estado* o dever de cuidar dessas pessoas consideradas vulneráveis, fazendo cumprir todos os direitos estabelecidos em lei⁷⁴.

A proteção integral⁷⁵ visa ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da criança e do adolescente. Segundo esse princípio, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir todas as necessidades da pessoa em desenvolvimento, tais como educação, saúde, alimentação, lazer, convivência familiar e comunitária.

Há, ainda, um tratamento especial oferecido aos infantes que estejam em situação de risco, na forma do art. 98 da Lei nº 8.069/1990. Consideramos o menor em situação de risco sempre que os direitos estabelecidos na lei estiverem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, da família ou em razão da própria conduta do menor, devendo ser aplicadas medidas de proteção, na forma do art. 101 da mesma lei.

As medidas de proteção podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e, a critério do aplicador, ser substituídas a qualquer tempo. Além disso, as medidas protetivas devem levar em consideração o aspecto pedagógico e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários⁷⁶.

É bom que se diga que dar proteção integral não significa que a criança será afastada do convívio social e para ficar na (pseudo)segurança do lar. Ao contrário, a interação social é

⁷³ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁷⁴ Note-se que o princípio da proteção integral surgiu em contrapartida ao princípio do menor em situação irregular. De fato, segundo o antigo Código de Menores, o Estado deveria voltar suas preocupações somente a crianças e adolescentes que estivessem em situação irregular, leia-se, que fossem infratores ou órfãos. Ao contrário disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal garantem proteção integral a todas as crianças e adolescentes, independentemente da sua condição de vida.

⁷⁵ Também expresso no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷⁶ Outrossim, quando o infante está em situação de risco, desloca-se a competência da Vara de Família à Vara da Infância e da Juventude (competência residual), na forma do art. 148 da lei menorista, nos seguintes casos: pedidos de guarda e tutela; ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar; conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; conhecer de ações de alimentos; determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

garantida ao menor por ser fundamental para o desenvolvimento da sua personalidade.

A garantia prioritária também decorre da proteção integral; é prerrogativa do menor receber, com prioridade, socorro e proteção em qualquer situação. Os direitos colacionados no art. 227 da Constituição Federal são reconhecidos às crianças e aos adolescentes com “absoluta prioridade”⁷⁷. Podemos afirmar, portanto, que o legislador constituinte elevou a nível constitucional o princípio da prioridade absoluta no atendimento a crianças e adolescentes.

Outro princípio que decorre do princípio da proteção integral é o da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento⁷⁸. O menor é sujeito especial de direitos em razão de seu processo de formação e transformação física e psíquica. Devemos reconhecer que o infante não tem as mesmas capacidades de um adulto de compreensão do mundo e dos riscos a que está exposto.

Para este trabalho, a proteção integral deve resultar em cuidado especial no que tange à publicidade e às práticas comerciais inseridas no mercado de consumo, respeitando os limites cognitivos, físicos e psíquicos da criança.

1.1.2. Melhor interesse

O princípio do melhor interesse é de suma importância para a hermenêutica na seara do direito de infância e, ao mesmo tempo, é conceito vago e enfrenta inúmeras dificuldades de aplicação no caso concreto.

Grosso modo, podemos afirmar que, pelo **princípio do melhor interesse do menor**, devemos interpretar todo o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como toda a situação que envolva a criança e o adolescente em juízo, de modo a proteger a pessoa do incapaz, preservando a sua autonomia progressiva e garantindo-lhe o desenvolvimento saudável⁷⁹.

No âmbito internacional, encontramos o art. 3º da Convenção Internacional sobre os

⁷⁷ Além do dispositivo constitucional supracitado, o princípio da prioridade absoluta foi mais bem explicitado pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos: “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância; b) precedência de atendimento nos serviços públicos e ou relevância pública; c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

⁷⁸ A regra está no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

⁷⁹ Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras (AMIN, Andrea Rodrigues. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69).

Direitos da Criança de 1989, que assim determina:

§ 1. Todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores da criança.

§ 2. Os Estados Membros se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

§ 3. Os Estados Membros assegurarão que as instituições, serviços e instalações responsáveis pelos cuidados ou proteção das crianças conformar-se-ão com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, particularmente no tocante à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal, e à existência de supervisão adequadas.

As primeiras discussões judiciais a respeito do melhor interesse do menor ocorreram em torno do exercício do poder familiar, da guarda e da adoção. Ensina Tânia da Silva Pereira que, na doutrina internacional, o princípio do *melhor interesse da criança* tem como origem o instituto do *parens patriae*, utilizado pela Inglaterra como uma prerrogativa do Estado de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por incapacidade civil. O *parens patriae* pode ser definido como a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica⁸⁰. O *parens patriae* foi utilizado para discussão da guarda de um menor, em que o juiz entendeu que o bem-estar da criança deveria estar acima do bem-estar ou interesse dos pais.

Em interessante artigo científico, Lynne Marie Kohm pesquisou alguns casos de aplicação do “melhor interesse do menor” nos Estados Unidos da América, e infere que lá o princípio foi aplicado, inicialmente, nas situações de adoção. Segundo a autora, o movimento protestante teria incentivado as adoções com a finalidade de proporcionar o bem-estar de crianças que viviam em orfanatos⁸¹.

Essa onda reformadora e de incentivo à adoção foi recepcionada nos tribunais americanos, e o “melhor interesse” foi o fundamento das decisões judiciais. O sistema romano, em oposição, fundamentava a adoção apenas na questão da estabilidade da família e na

⁸⁰ “Dessa forma, as Cortes de Chancelaria, com o Chanceler atuando como o ‘guardião supremo’, assumiram o dever de ‘proteger crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses’. No início do século XVIII, as Cortes de Chancelaria inglesas distinguiram as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção de loucos. Naquele período, no entanto, a criança era uma *coisa pertencente ao seu pai* (*thing to be owned*). Era predominante a preferência de custódia para o pai, sem que importasse com a consequência. Posteriormente, esta preferência passou a ser da mãe. Daniel B. Giffith, referindo-se às origens históricas do instituto, reporta-se ao caso *Finlay v. Finlay*, julgado pelo Juiz Cardozo, em que ficou ressalvado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. ‘O bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais’ (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42).

⁸¹ KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 12, nov. 2008.

manutenção da herança, como forma de transmissão da cultura familiar e dos bens. Não havia, portanto, no sistema romano, a preocupação com o bem-estar do menor em relação à adoção.

Além disso, sugere Kohm que o melhor interesse do menor estava, de alguma forma, desde o século XVII até o século XIX, ligado ao utilitarismo e à visão romântica do direito de família⁸². Assim, o melhor interesse traduziria a ideia de que a criança deve ser feliz, além do reconhecimento de que precisa de proteção especial em razão da fragilidade intelectual, moral e física. Todas as ações eram voltadas, portanto, para o alcance de maior felicidade possível, independentemente de os direitos fundamentais individuais serem respeitados ou não.

Somente a partir do século XX, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, é que o utilitarismo foi confrontado com a noção de autonomia e desenvolvimento da criança. **Dessa forma, o melhor interesse não deve ser visto como princípio orientador para o alcance da felicidade, mas a garantir a individualidade, a autonomia progressiva e o desenvolvimento de cada criança**⁸³.

Na mesma toada, entendemos que o princípio do “melhor interesse da criança” traduz a ideia de que devemos respeitar cada criança na sua essência, buscando o desenvolvimento de forma individual e personalizada⁸⁴.

⁸² “Custody law began to develop in 1.600s, starting with the natural law concept of *patria potestas*, or parental power, which many believe gave the father absolute rights to his children – whom he viewed as chattel. The late seventeenth century in England transformed the *patria potesta* jurisprudence toward a *parens patriae* doctrine, recognizing the state as parent at times when the King’s Bench was called upon to intervene in family matters. This jurisprudence was likely influenced by utilitarianism in Europe, which spread to the establishment of the colonies. John Stuart Mill viewed paternal power as that which could only be rightfully exercised ‘to prevent harm to others’. The Enlightenment and Romantics had a strong influence on the law of families” (KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 10, nov. 2008).

⁸³ “Social Science has simultaneously gained respect and credibility in the legal determinations surrounding children and families in mid twentieth century family law. A landmark book built on the development of BIC jurisprudence written by a lawyer, a social scientist researcher and a child psychologist, BEYOND THE BEST INTERESTS OF CHILD, sought to question the BIC standard with new promulgations of the psychological parent. Referring more to psychoanalytic book brought social a science and expert testimony powerfully into the judicial impact on judges and lawyers alike, and seemed to build an attitude in the law that completely focused on children, seemingly to the disregard of parents and protection they naturally confer upon children. These authors followed up their work with another similar work, IN THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, which also had an impact on family law, and attempted to swing back the pendulum toward a more balanced approach to parents and their children” (KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 17, nov. 2008).

⁸⁴ Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que “há elementos concretos no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente que permitem identificar e qualificar o princípio do melhor interesse da criança não apenas como princípio geral, mas também sob o formato de norma específica em determinados setores envolvendo a criança. Assim, por exemplo, o art. 45, § 2º, do ECA prevê, em se tratando de adolescente, a necessidade do seu consentimento, não o dos pais ou representante legal do adotando, para que possa ser concedida sua adoção em favor da pessoa nele interessada, numa demonstração clara e evidente a respeito da importância da vontade do adolescente para fins de melhor preservar os seus interesses no desenvolvimento da sua personalidade. O art. 23, *caput*, do ECA, da mesma forma, prioriza os interesses e valores existenciais em detrimento de valores patrimoniais, ao prever que ‘a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder’, em perfeita compatibilidade com os valores e princípios constitucionais na

1.2. Código de Defesa do Consumidor na Constituição Federal: vulnerabilidade

A Constituição em vigor, promulgada em 1988, inseriu um conjunto de diretrizes, programas e fins que devem ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade, conferindo caráter de *plano global normativo*. Trouxe, no âmbito das relações econômicas, uma série de comandos normativos no sentido de o Estado intervir nas relações privadas em diversos setores.

Nessa linha, o art. 170 da Constituição Federal inaugura o capítulo relativo à ordem econômica e assim dispõe:

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

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

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (grifo nosso).

Vê-se que a defesa do consumidor é princípio que deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade para atingir a finalidade de existência digna e justiça social. É possível extrair, ainda, que o Brasil adota o modelo de economia capitalista de produção, já que a livre-iniciativa é um princípio basilar da economia de mercado, reforçando o disposto no art. 5º da Constituição Federal. No entanto, o legislador constituinte deixou claro que o Estado deverá fazer a defesa do consumidor contra os possíveis abusos do fornecedor no mercado de consumo, dada a vulnerabilidade do consumidor.

De acordo com Bruno Miragem,

A defesa do consumidor é princípio informador da ordem econômica (art. 170, V, da CF). Contudo, é ao regular a relação de consumo, impondo deveres aos fornecedores, que as normas de direito do consumidor efetivamente influenciam/determinam comportamentos dos agentes econômicos em geral, seja determinando (intervenção por direção), seja induzindo e promovendo (intervenção por indução) a conduta dos

valorização da pessoa em detrimento do patrimônio” (Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr. 2004).

agentes econômicos no mercado. Esta intervenção estatal, por intermédio do direito, tem por finalidade, como é sabido, a correção de falhas de mercado⁸⁵.

Vale notar que a Constituição, embora tenha reservado capítulo relativo à ordem econômica e financeira, incluiu, em outros artigos, preceitos de cunho econômico, tais como nos arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, além de outros que a ela aderem de modo específico, entre os quais, *v. g.*, os do art. 5º, LXXI, do art. 24, I, do art. 7º, XIX e XX, do § 2º do art. 103, do art. 149 e do art. 225.

Ademais, o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal determinou ao Estado a promoção da defesa do consumidor, no sentido de adotar um modelo jurídico e uma política de consumo que efetivamente protegessem o consumidor, o que se deu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990.

Por força dos dois dispositivos citados e, ainda, do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Carta Magna, podemos afirmar que a defesa do consumidor busca a proteção da *pessoa* humana e das vulnerabilidades no mercado de consumo.

1.2.1. A vulnerabilidade do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor diferencia-se das demais legislações de direito privado, tendo em vista que, nas relações de consumo, partimos da premissa de que as partes estão em patamares assimétricos, ou seja, consideramos que todos os consumidores são vulneráveis.

Sem dúvida, há flagrante distanciamento entre consumidor e fornecedor no mercado de consumo, levando o legislador a criar um sistema de soluções específicas que atendam às necessidades dos consumidores.

Conforme o *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o termo *vulnerabilidade* é definido como a “qualidade ou estado de vulnerável”, e *vulnerável* “diz-se do lado fraco de um assunto ou de uma questão, ou do ponto pelo qual pode ser atacado ou ferido”.

Esse estado de vulnerabilidade justifica a presença do Estado para que as relações fiquem menos desiguais, para que haja uma relação mais justa entre as partes. Evidente que em outras relações privadas (relações civis ou empresariais) pode existir vulnerabilidade ou

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 21, n. 81, p. 40, jan.-mar. 2012.

assimetria, mas essa não é a principal característica desses sistemas⁸⁶.

No entanto, nas relações de consumo, a **vulnerabilidade** é qualidade presumida e distintiva do consumidor. **Só existe o Código de Defesa do Consumidor porque existe a vulnerabilidade do consumidor**⁸⁷.

A doutrina aponta quatro tipos de vulnerabilidade do consumidor⁸⁸, quais sejam:

- *técnica*: o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, no que diz respeito tanto às características do produto quanto à utilidade do produto ou serviço;
- *informacional*: considera o consumidor pessoa carente de informações sobre os diferentes tipos de produtos e serviços inseridos no mercado de consumo, razão pela qual ficará mais exposto, portanto, vulnerável, em face do fornecedor. É certo que, quanto mais informado e educado estiver o consumidor, melhor será sua condição para exercer suas escolhas, e que estará menos vulnerável na relação de consumo⁸⁹;
- *jurídica*: reconhece o legislador que o consumidor não possui conhecimentos

⁸⁶ Nesse sentido: “Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para explicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação dessas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 117).

⁸⁷ “Outro papel que podemos atribuir à antropologia seria oferecer uma nova forma de interpretar as decisões e os fatos jurídicos. Uma renovada análise à luz da antropologia seria extremamente útil para propiciar uma compreensão diferente dos fatos, conferindo ao direito outras perspectivas. Se olharmos mais de perto o comportamento do consumidor, utilizando a lente antropológica, compreenderemos melhor o próprio direito do consumidor. Como exemplo, observemos a vulnerabilidade do consumidor. Ela é o principal elemento que justifica tanto a existência do marco regulatório consumerista quanto a diferença de tratamento jurídico entre consumidores e fornecedores. A vulnerabilidade é uma característica que denota fragilidade e que presume a desigualdade de condições entre as partes da relação de consumo. Com a evolução do direito e o seu uso, a jurisprudência e a doutrina observaram que havia diferentes elementos que justificavam qualificar o consumidor como vulnerável. Trata-se, assim, de um conceito que também foi definido pela observação. O que novamente remete à importância da análise do comportamento do consumidor para o estabelecimento e a constante atualização desse ramo do direito” (CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 84, p. 45, out. 2012).

⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 320.

⁸⁹ “Acerca da *vulnerabilidade informacional*, cumpre registrar que a sociedade atual denota com clareza que é na informação que se concentra o poder. Um intenso fator de desequilíbrio, nesse caso, atinge o consumidor, que tem o *minus* da informação, o que impõe ao fornecedor, o *expert* da cadeia de consumo, a adoção de aparatos que compensem esse novo fator de risco para a sociedade, em especial, aos consumidores. Assim, é dever do fornecedor compartilhar aquilo que somente ele sabe acerca do produto ou do serviço, desde os primórdios de um processo de elaboração de bens, até a definição de elementos negociais inseridos nos contratos entabulados com os consumidores” (SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207).

jurídicos, de contabilidade ou de economia para esclarecimento, por exemplo, do contrato que está assinando ou se os juros cobrados estão em consonância com o combinado;

- *fática* (ou *socioeconômica*): baseia-se no reconhecimento de que o consumidor é o elo fraco da corrente, e que o fornecedor encontra-se em posição de supremacia, sendo o detentor do poder econômico.

Não há necessidade de todas as espécies de vulnerabilidade estarem presentes na relação de consumo. Basta que esteja presente apenas uma delas para que se reconheça a vulnerabilidade do consumidor. A qualificação técnica ou jurídica do consumidor não retira a qualidade de *vulnerável* do consumidor, uma vez que fica mantida a vulnerabilidade fática (econômica). Conforme veremos, ainda, levar em consideração o comportamento do consumidor no mercado de consumo e a eventual formulação de políticas públicas no sentido de tornar mais adequada a escolha do consumidor⁹⁰.

A *hipossuficiência* é outra característica do consumidor, mas não se confunde com a *vulnerabilidade*. **Para o Código de Defesa do Consumidor, todos os consumidores são vulneráveis, mas nem todos são hipossuficientes.**

Vejamos, a respeito, a definição dada pelo *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*: “hipossuficiente (hipo + suficiente) diz-se de, ou pessoa que é pobre na acepção legal do termo e que faz jus ao benefício da assistência gratuita, ou daquele que, por razões econômicas ou técnicas, não tem como fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito”.

Sendo assim, a hipossuficiência deve ser analisada como um critério processual que demonstra a dificuldade do consumidor em fazer a prova em juízo. Essa condição deve ser verificada no caso concreto. Ademais, a expressão *hipossuficiente* é citada pelo legislador no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor justamente quando trata da facilitação da defesa do consumidor em juízo e da possibilidade de inversão do ônus da prova⁹¹.

⁹⁰ No mesmo sentido: “The situation affects the involvement of consumers, which defines the relationship between consumers and product or service. The level of involvement frames the decision process for consumers: the more involvement frames the decision process for consumers: the more information and use it in a critical and rational decision process and vice versa. Effective consumer protection has to differentiate between different consumer situations in order to find a balance between consumer protection and unnecessary costs for business. Behavioural studies can support the legal system in its task of establishing an effective consumer protection law, because asymmetries in contract relations and the consumer’s bounded and limited rationality both have to be considered” (SCHÜLLER, Bastian. The definition of consumers in EU consumer law. *In*: DEVENNY, James; KENNY, Mel. **European consumer protection: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 123).

⁹¹ No mesmo sentido: “Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: (a) da discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, tipicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade de suas alegações; (b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve ser segundo critérios objetivos

1.2.1.1. Assimetrias de mercado: vulnerabilidades

A Microeconomia é disciplina da ciência econômica que estuda a oferta e a demanda, ou seja, analisa como a empresa e o consumidor tomam decisões nos seus processos de trocas voluntárias. São estudadas as preferências dos consumidores, as suas escolhas e restrições quanto aos valores e à demanda de mercado. Ao mesmo tempo, são analisados a organização do capital e do trabalho de uma empresa e os processos de transformação de matéria-prima para atender às demandas dos consumidores.

Por muito tempo, a teoria econômica foi dominada pela ideia de “informação perfeita”, de Alfred Marshall, para quem haveria um perfeito equilíbrio entre oferta e a demanda. Os consumidores e os produtores se relacionam de modo tal a chegar ao **perfeito equilíbrio** (interseção marshalliana) em que **a oferta e a demanda sempre se igualam**, sem necessidade de qualquer intervenção por parte da Lei ou do Estado.

Em 1970, George Akerlof publicou um artigo na revista *The Quarterly Journal of Economics*⁹² que tratava justamente do tema oferta *versus* demanda, intitulado “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”⁹³. O “Mercado de Limões” corresponderia, em português, ao “Mercado de Abacaxis”.

O texto trata das denominadas “assimetrias de informação” e suas consequências para a formação do preço no mercado de consumo. Sustenta o ganhador do Prêmio Nobel de Economia que os indivíduos não têm “informação perfeita” para fazer com que os mercados funcionem de forma adequada e equilibrada, tal qual apresentada no modelo “marshalliano”.

Para explicar a sua tese econômica, o autor utiliza o exemplo dos carros usados nos Estados Unidos. Ao escolher entre um carro novo ou um usado, o consumidor prefere comprar o carro novo, mesmo que não seja o melhor produto (e preço) para atender às suas necessidades (podendo mesmo ser “abacaxi”), já que o consumidor não tem todas as informações sobre o veículo, fazendo com que o carro novo tenha um valor maior de mercado.

Por outro lado, o carro usado passa a ter uma desvalorização no mercado, mesmo que

porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e da sua subsunção à norma. De qualquer sorte, a impossibilidade de realizar a prova no processo, a nosso ver, não se restringe apenas a falta de meios econômicos para tanto, mas pode se caracterizar também pela ausência de meios para obtê-la (por exemplo, o fornecedor que se recusa a oferecer a cópia do contrato para o consumidor, ou simplesmente a realização do contrato meramente verbal, com ausência de um documento escrito)” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 161).

⁹² V. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

⁹³ Com o artigo científico, os autores conquistaram o Prêmio Nobel de Economia em 2001.

seja um ótimo produto, que não tenha apresentado qualquer vício ou defeito. Tendo em vista que o consumidor não tem todas as informações necessárias para fazer sua melhor escolha, ele prefere pagar mais por um carro novo. A consequência disso, explica o economista, é uma grande desvalorização de um possível bom produto e a possível valorização de novos veículos, e carros ruins podem ser vendidos pelo mesmo preço (ou maior) que os carros bons⁹⁴.

Demonstra o economista que só seria possível falar em **informações perfeitas** nas relações **absolutamente simétricas** nas hipóteses em que as partes contratantes sabem exatamente o que e de que forma estão contratando. Caso contrário, a formação do preço jamais poderia ser adequada e equilibrada. Em outras palavras, justa.

O autor oferece outro exemplo de assimetria de informação e formação de preço quando trata dos seguros de saúde nos Estados Unidos. É fato notório que pessoas que tenham mais de 65 (sessenta e cinco) anos têm dificuldade de fazer planos de saúde (isso acontece igualmente no Brasil). Para que a seguradora possa oferecer um seguro de saúde com preço justo e adequado, ela deve saber exatamente qual é o risco que o paciente oferece ao grupo⁹⁵.

Tendo em vista que alguns médicos cometem erros de diagnóstico e avaliação ao paciente ou deixam de mencionar uma doença de que ele seja portador só para “ajudar” a manter o preço menor, as seguradoras não levam em conta a avaliação e costumam elevar o preço do prêmio para que não corram riscos indesejados. A consequência disso é o aumento de preço para todos os segurados, tendo ou não maiores riscos envolvidos na contratação⁹⁶.

⁹⁴ “But the bad cars sells at the same price as good cars since it is impossible for a buyer to tell the difference between a good and a bad car; only the sellers knows. In Gresham’s law, however, presumably both buyer and seller can tell the difference between good and bad money” (AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 490, ago. 1970).

⁹⁵ “Deve-se a KNIGHT o conceito de ‘incerteza não probabilizável’, configurada quando nenhuma ação ou experiência passada do agente é suficiente para afetar as probabilidades dos eventos; coube a SIMON o desenvolvimento dessa abordagem, com a concepção de racionalidade limitada: a informação imperfeita, que impõe limites à capacidade de cálculo dos agentes, e as situações de interdependência estratégica (em que as ações de cada um têm repercussões sobre as ações dos outros), induzem comportamentos que levam a um resultado não maximizador, mas satisfatório, atingido ‘*assim que descoberta uma alternativa que atenda ao nível de aspiração*’ (SIMON, 1984:126). A ideia de ‘resultado satisfatório’ é a pedra fundamental da moderna teoria dos jogos, a base do célebre ‘equilíbrio de NASH’. Da hipótese de racionalidade limitada brotam novos conceitos que refinam a microeconomia: em cenário de incerteza e assimetria de informação, surge a possibilidade de comportamentos oportunistas (trazida por WILLIAMSON), semeando o terreno para contribuições seminais como as de GEORGE AKERLOF no campo da seleção adversa, de JOSEPH STIGLITZ no conceito de (*moral hazard*) e de MICHAEL SPENCE na questão da sinalização (os três últimos receberam o Prêmio Nobel de Economia de 2001 precisamente por tais informações)” (ZOTTO, Tânia Christina. Informação assimétrica na negociação coletiva: uma análise da greve como estratégia pela teoria dos jogos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, n. 55, p. 1-2, jul.-dez. 2005).

⁹⁶ O economista ainda chama a atenção para a questão da desonestidade e a formação dos preços, especialmente em países em desenvolvimento: “The lemons model can be used to make some comments on the costs of

Assim, a regra de demanda e procura não é perfeitamente harmônica. A questão da qualidade, certeza e formação de preço é fator fundamental em qualquer relação, especialmente nas relações de consumo.

As **assimetrias de informação** podem ser interpretadas no direito do consumidor como a **vulnerabilidade** do consumidor. O fornecedor, ao colocar o produto no mercado, fá-lo de forma consciente, sabendo todos os componentes que o formam, quais são os riscos a que o consumidor está exposto, qual a margem de lucro e os custos envolvidos.

Reconhecer as vulnerabilidades e corrigir as assimetrias é fundamental para que se possa garantir o **efetivo direito de liberdade de escolha do consumidor**, e em um Estado Liberal devem-se corrigir as assimetrias de mercado para garantir, justamente, a **liberdade de escolha**.

Usar um argumento do liberalismo clássico para dizer que o Estado não deve intervir no domínio econômico é, ao contrário do que se pensa, impedir que uma das partes exerça a sua liberdade de escolha. Esse argumento só garante a liberdade de uma das partes, deixando que a outra seja influenciada ou mesmo enganada pelo fornecedor.

Esse tema é de especial importância para as relações de consumo que envolvam crianças e adolescentes. Se falamos em assimetrias e vulnerabilidades entre os adultos, essa vulnerabilidade ou assimetria é ainda mais acentuada se tratarmos de pessoas menores de 18 (dezoito) anos.

1.2.1.2. A hipervulnerabilidade da criança no mercado de consumo

Em outra oportunidade, pudemos avaliar, junto com Adolfo Mamoru Nishiyama, a

dishonesty. Consider a market in which goods are sold honestly or dishonestly; quality may be represented, or it may be misrepresented. The purchaser's problem, of course, it's to identify quality. The presence of people in the market who are willing to offer inferior goods tends to drive the market out of existence – as in the case of our automobile 'lemons'. It is this possibility that represents the major cost of dishonesty – for dishonest dealing tend to drive honest dealings out of the market. There may be potential buyers of good quality products and there may be potential sellers of such products in the appropriate price range; however, the presence of people who wish to pawn bad wares as good wares tends to drive out the legitimate business. The cost of dishonesty, therefore, lies not only in the amount by which the purchaser is cheated; the cost also must include the loss incurred from driving legitimate out of existence. Dishonesty in business is a serious problem in underdeveloped countries. Our model gives a possible structure to this statement and delineates the nature of the 'external' economies involved. In particular, in the model economy described, dishonesty, or the misrepresentation of the quality of automobiles, cost $\frac{1}{2}$ unit of utility per automobile; furthermore, it reduces the size of the used car market from N to O . We can, consequently, directly evaluate the cost of dishonesty – at least in theory" (AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 496, ago. 1970).

hipervulnerabilidade de alguns consumidores⁹⁷. A proteção do vulnerável não ocorre somente no Código de Defesa do Consumidor; temos, por exemplo, na Constituição Federal, a proteção do trabalhador, do idoso, da criança, do adolescente e do jovem⁹⁸.

Nas relações de consumo, podemos considerar que todos os consumidores são vulneráveis, mas alguns são mais vulneráveis que outros, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. São eles as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes, que possuem proteção especial na Magna Carta.

O prefixo *hiper* (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou daquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra *vulnerável*, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais. Os hipervulneráveis possuem tratamento especial, tendo como fonte direta nosso ordenamento jurídico⁹⁹.

A criança é, portanto, hipervulnerável, apresentando especial vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional, sendo necessária uma proteção diferenciada no mercado de consumo.

1.3. Consumo e capacidade civil

A capacidade civil é a aptidão para o exercício da vida civil e é regulada pelo Código Civil. Todo ser humano é dotado de personalidade jurídica e tem aptidão genérica para contrair direitos e obrigações na ordem civil¹⁰⁰. A personalidade é o valor, e a capacidade é projeção do valor dado à personalidade.

A doutrina divide a capacidade civil em *capacidade de fato* e *capacidade de direito*¹⁰¹.

⁹⁷ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 13-45, out.-dez. 2010.

⁹⁸ A “hipervulnerabilidade” foi utilizada por Herman Benjamin: STJ, 2ª Turma, REsp 1.064.009/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 4/8/2009.

⁹⁹ DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 19, out.-dez. 2010.

¹⁰⁰ Nesse passo, vale lembrar que personalidade e capacidade não se confundem. “A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina nacional. Por existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam” (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 271).

¹⁰¹ “A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e *exercê-los por si mesmos*. A distinção é certa, mas as designações não são totalmente felizes, porque toda capacidade é uma emanção do direito. Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada de capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos confere, diversamente do que ocorria na Antiguidade. E se aqueles que preenchem condições materiais de idade, de saúde, etc. se dizem portadores de capacidade de fato, é também porque o ordenamento jurídico

A *capacidade de direito* é atribuída ao sujeito que nasce com vida: “toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (art. 1º do CC), sendo, portanto, a aptidão geral para ser titular de direitos.

A *capacidade de fato*, por sua vez, é a aptidão de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Pessoas naturais podem ser *absolutamente incapazes e relativamente incapazes* conforme condição pessoal de expressar sua vontade livre e consciente¹⁰².

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos, razão pela qual deverão ser representados pelos pais ou representantes legais, sob pena de nulidade dos atos processuais¹⁰³. As pessoas que tenham entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos (incompletos) são consideradas relativamente incapazes, devendo ser assistidas pelos pais ou responsáveis, sob pena de anulabilidade do ato jurídico¹⁰⁴.

A divisão se faz justamente por entender que a pessoa pois consta apenas o título do livro.

reconhece a aptidão para o exercício pessoal dos direitos. Na doutrina francesa vigora uma nomenclatura diferente: diz-se que todo indivíduo tem a *capacidade de gozo*, porque tem aptidão para tornar-se titular de direitos civis; em contraposição denomina-se *capacidade de exercício* o poder de usá-los e transmiti-los a outrem. A *capacidade de direito* corresponde a *capacidade de gozo*; a *capacidade de fato* pressupõe a *capacidade de exercício*. Podemos dar à primeira uma designação mais precisa, dizendo-a *capacidade de aquisição*, e à segunda *capacidade de ação*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 264).

¹⁰² “A capacidade de fato ainda se desdobra em *capacidade para atos jurídicos*, consistentes na possibilidade de prática, atos ou negócios jurídicos, em *capacidade processual*, que é a de atuar em juízo, na defesa dos seus interesses, e em *capacidade penal*, possibilidade de ser responsável pela prática de *ilícito penal*. A capacidade para a prática de atos jurídicos ainda se pode considerar subdividida em capacidade negocial, para a prática de negócios jurídicos, e extranegocial, para a prática de atos jurídicos em sentido estrito (V. Capítulo XI, item 1). No âmbito do direito privado, ainda se distingue a capacidade para atos de conservação ou administração, e a capacidade para atos de disposição ou de alienação de direitos” (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 282).

¹⁰³ “O legislador desconsidera a vontade do menor de dezesseis anos, por considerá-lo imaturo, com desenvolvimento mental insuficiente para reger seus próprios interesses devido à pouca experiência de vida, podendo, por isso, sofrer prejuízos, quanto ao ato praticado. Como não tem vivência e, provavelmente, nem discernimento para dirigir os seus negócios, deve ser representado pelos pais ou tutores” (LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 226).

¹⁰⁴ Ao explicar as teorias das capacidades em Direito, Marcos Bernardes de Mello afirma que a **capacidade negocial** não pode ser confundida com a **capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu***: “ambas podem ser consideradas como espécies de uma capacidade genérica de praticar ato jurídico (*lato sensu*), mas têm conteúdos próprios, em face de se referirem a categorias distintas de atos jurídicos. Em regra, porém, as normas sobre a capacidade negocial, especialmente sobre incapacidade e suas consequências (validade e invalidade), são aplicáveis à capacidade de atos jurídicos *stricto sensu*, porque em ambas as espécies se leva em conta a vontade relevante como elemento nuclear do suporte fático. Note-se, inclusive, que se defere, em certos casos, plena capacidade negocial ao menor de 21 anos e maior de 16 anos, de modo que, independentemente do assentimento dos titulares do pátrio poder ou do tutor, pode realizar negócio jurídico, como, por exemplo, fazer testamento e aceitar ou renunciar mandato. Da mesma maneira se lhe defere capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu*, em determinadas hipóteses, como para interpelar, para ser testemunha em testamento; no processo penal, se maior de 18 anos, poderá oferecer queixa e conceder perdão *e.g.* As capacidades negocial e de ato jurídico *stricto sensu* são as mais importantes, considerando-se a amplitude da área de sua influência. Os atos jurídicos lícitos são as mais significativas espécies de fato jurídico, tanto qualitativa como quantitativamente. A ausência de capacidade (= incapacidade) acarreta, como consequência, a invalidade do negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*” (Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, v. 3, p. 9, jul. 2000).

a menor de 18 (dezoito) anos não tem condição de exprimir a sua *vontade* de forma livre e consciente. A restrição do exercício da capacidade civil se justifica na medida em que o menor ainda não tem consciência de sua condição de vida, de suas escolhas e das consequências destas.

A criança e o adolescente não têm, portanto, *autonomia* para tomada de decisões. O termo *autonomia* tem origem grega. Deriva do vocábulo *nomós*, que traduz a ideia de norma, regra, e de *autos*, que corresponde à ideia de “a si próprio”. Assim, autonomia indica a possibilidade de se estabelecer normas para si mesmo¹⁰⁵.

Um dos princípios básicos e ordenadores do direito civil é o da autonomia privada. Esse princípio constitui um dos veículos do livre desenvolvimento da personalidade humana, bem como confere aos particulares a legitimidade para regulamentação dos seus interesses e ordenação das suas relações jurídicas.

Nesse passo, cumpre notar que o Código Civil brasileiro consagra o princípio da autonomia privada, acentuando o *predomínio da declaração* sobre a *vontade*, em um misto entre a teoria da vontade e a da declaração¹⁰⁶.

Nos negócios jurídicos, a autonomia privada garante às partes a possibilidade de livre manifestação de vontade a fim de que possam criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações.

Em outras palavras, podem os sujeitos decidir se efetuam a compra e venda do veículo, se firmam o contrato de prestação de serviço de ensino ou, ainda, se assumem a obrigação de venda por consignação.

Outro aspecto está ligado à escolha da pessoa com quem se pretende contratar e o tipo de negócio que pretendem as partes concretizar. Pode o sujeito decidir adquirir o veículo por compra e venda ou firmar contrato de arrendamento mercantil, com opção de compra somente ao final do contrato, sempre de acordo com a vontade das partes.

Outro aspecto da autonomia privada está relacionado ao conteúdo das cláusulas contratuais. Em respeito à autonomia privada, as partes deveriam ter total liberdade e condições técnicas, econômicas e jurídicas para debater o conteúdo das cláusulas contratuais¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sobre a autonomia: “compreender o outro como um igual, ainda que com concepções e comportamentos diferentes, é um dos primeiros passos para admitir a autonomia alheia. Ser autônomo é ter a possibilidade de escolher opções de vida, boas ou ruins, e traçar caminhos para alcançá-las. Compreender e assumir as consequências de suas escolhas significa ter o discernimento necessário para o agir” (FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 2, p. 23, jul. 2013).

¹⁰⁶ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que no sentido literal da linguagem.”

¹⁰⁷ “O princípio da liberdade de contratar ostenta-se, não obstante, na faculdade de não adotar aquelas normas padrão ou aquele modelo pré-moldado. O Código admite expressamente às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas. No Direito Romano os contratos eram conhecidos por um nome (ex.

O exercício pessoal das liberdades só é reconhecido pelo Direito por quem tem discernimento, por quem tem autonomia. No entanto, conforme a psicologia genética de Piaget, a autonomia é conquistada e desenvolvida pelos indivíduos ao longo do tempo¹⁰⁸. Durante a primeira infância, os pais devem guiar a vida dos filhos.

Com o passar do tempo, as crianças vão desenvolvendo sua própria personalidade, vão fazendo as coisas do seu próprio jeito. Com isso, o “domínio” exercido pelos pais é gradualmente desestabilizado, permitindo aos filhos a autodeterminação; eles começam a enxergar o mundo à sua maneira, a ter desejos diferentes dos desejos dos pais e necessidade de agir conforme pensam. À medida que avança a idade de crianças e adolescentes, portanto, diminui a esfera de controle que tanto os pais quanto o Estado têm sobre eles, abrindo-se o campo a decisões livres¹⁰⁹.

O Direito brasileiro reconhece, de certo modo, essa autonomia progressiva. O Código Civil, por exemplo, permite a emancipação de maiores de 16 (dezesesseis) anos, já o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece o direito de crianças e adolescentes serem ouvidos em caso de colocação em família substituta e o direito de o adolescente consentir com a medida¹¹⁰.

Evidentemente, a autonomia progressiva exige limites em relação à vontade dos infantes, justamente pela falta de discernimento, tudo com vistas à preservação dos direitos fundamentais (especialmente o direito à vida e à liberdade).

Por outro lado, o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante ao infante o direito “à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. Inserem-se aqui os direitos à liberdade, o direito de opinião e expressão

compra e venda, *emptio-venditio*; mútuo, *mutuum*; sociedade, *societas*). Somente os assim identificados eram dotados de ação (*actio*) que permitia perseguir seu objeto em juízo. Mais tarde outros negócios contratuais foram reconhecidos, donde a classificação que atravessou os séculos, distinguindo os contratos nominados dos contratos inominados. Chamam-se típicos aqueles contratos cujas regras disciplinares são expostas e desenvolvidas nos Códigos e nas leis. São atípicos aqueles que envolvem novas relações jurídicas não especificadas no corpo dos provimentos legislativos, porém nascem criados pela imaginação ou gerados pelas necessidades econômicas” (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23).

¹⁰⁸ O assunto será estudado nas próximas etapas deste estudo.

¹⁰⁹ FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 2, p. 233, jul. 2013.

¹¹⁰ “A aquisição de autonomia é um processo gradual no qual todos vão adquirindo-a até que passam a ser os únicos responsáveis pelos seus próprios atos, na vida adulta. O ordenamento jurídico reconhece esse processo ao não conferir, desde o nascimento, autonomia plena a todas as pessoas. Para Miguel Cillero Bruñol o art. 5º da CIDC é uma ‘disposição relativa à autonomia progressiva das crianças no exercício dos direitos’ (Bruñol, 2011, tradução nossa). Sob esse aspecto, o exercício direto e efetivo de direitos das crianças e adolescentes aumenta na exata medida da diminuição do poder e controle de seus pais” (FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 2, p. 233, jul. 2013).

e o direito de brincar, praticar esporte e divertir-se.

O direito ao respeito, na forma do art. 17 da lei menorista, consiste na inviolabilidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação dos valores, das ideias, das crenças e dos espaços pessoais.

É por essa razão, entre outras, que o Código Civil confere aos pais o exercício do poder familiar. Não se trata de um diploma de propriedade em que os pais podem exercê-lo como bem entendem, sem considerar a pessoa (menor em tamanho, mas pessoa). Trata-se, sem dúvidas, de um poder-dever dos pais de cuidado com os filhos¹¹¹.

1.3.1. Consumo, autonomia e capacidade civil

A validade do negócio jurídico depende, portanto, de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC). Caso o absolutamente incapaz celebre negócio jurídico, será considerado nulo na forma do art. 166, I, do Código Civil. Para os negócios jurídicos celebrados com os relativamente incapazes sem a assistência paterna, poderá ser requerida a anulação do negócio, nos termos do art. 171 do mesmo diploma legal.

As regras sobre capacidade civil, nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico têm por finalidade garantir a **liberdade consciente de escolha** das partes, tendo em vista que o incapaz ou relativamente incapaz não manifesta vontade de forma livre e consciente. Nas relações de consumo, da mesma forma, a criança ou adolescente não tem capacidade civil para contratar produtos e serviços no mercado de consumo, mas os pais poderão adquirir produtos e serviços *destinados* a eles.

É certo que, justamente em razão da sua autonomia progressiva, podemos perceber que crianças e adolescentes estão, a todo tempo, realizando pequenos negócios, desde a compra de doce até o uso de cartões de crédito e débito, que são emitidos a pedido dos pais para quitação das despesas correntes¹¹².

¹¹¹ “Ao cuidarem da saúde dos filhos, os pais não os convertem em produtos da sua vontade ou instrumentos da sua ambição, nem se lançam ao papel de projetistas. [...] Os pais que desejam melhorar os filhos têm mais probabilidade de exagerar, de expressar e defender atitudes que vão contra o princípio do amor incondicional” (SANDEL, Michel. **Contra a perfeição**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 62).

¹¹² “Por fim, apesar da vontade do absolutamente incapaz ser desprezada, a lei admite que determinados atos lícitos praticados por ele produzam efeitos. É o que a doutrina costuma classificar de ato-fato jurídico. Isso porque o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não vontade de praticá-lo. Ressalte-se, na verdade, a consequência do ato, ou seja, o fato resultante, sem dar maior significância à vontade de praticá-lo. Portanto, mesmo em se desconsiderando a vontade (totalmente irrelevante em se tratando de ato-fato jurídico), o menor com dez anos pode, validamente, adquirir um lanche na cantina da escola pagando o respectivo preço. Da mesma forma, um garoto com 14 anos de idade pode ser

Nesse aspecto, Francisco Amaral ressalta que o Direito afasta da atividade jurídica os incapazes por falta da idade necessária, enfermidade mental ou outra causa que os impeça de manifestar vontade. No entanto, para o autor, “é válida a prática de atos usuais, os ‘atos da vida corrente’, tais como, compra de gêneros alimentícios, publicações como jornais, revistas etc.”¹¹³.

De outra banda, também considerando a autonomia progressiva do menor, o art. 180 do Código Civil impede que o relativamente incapaz evoque sua idade para anulabilidade do ato se dolosamente a ocultou, nos seguintes termos: “o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

Presume, aqui, o legislador que o adolescente já entendeu o caráter ilícito da conduta de ocultar a idade, fazendo com que a outra parte, de boa-fé, acreditasse na maioridade declarada. Álvaro Villaça Azevedo afirma que a malícia não ratifica, não confirma o negócio jurídico, mas confere ao infante a capacidade em face do negócio dolosamente praticado: “pune-se o dolo do menor, sua malícia, pois quem tem capacidade para atuar ilicitamente, tem, do mesmo modo, capacidade para entender o negócio que está praticando”¹¹⁴. Quer parecer que, nesse caso, é possível evocar a teoria da aparência, fazendo com que o contratante de boa-fé não seja lesado em razão do ato doloso do menor púbere¹¹⁵.

Há, ainda, a regra do art. 181 do Código Civil, segundo a qual “ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”.

A exigência, nesse caso, é que a parte faça prova de que o incapaz tenha sido beneficiado com o pagamento para que reclame a nulidade ou anulabilidade do ato. Trata-se de uma exceção ao art. 182 do Código Civil (que prevê o retorno das partes ao *status quo ante*) e o objetivo é impedir o enriquecimento ilícito do menor. Ensina Villaça:

No caso de o incapaz conseguir anulação do contrato, o outro contratante, desde que se prove que o incapaz tirou proveito do ato anulado, tem direito a exigir a restituição por meio da ação acima referida. Se tal restituição não puder ser feita, o incapaz,

transportado por ônibus pagando o preço da passagem, sem que se avenge nulidade absoluta do transporte realizado. São as chamadas relações contratuais de fato. Frise-se que todos os atos em questão são válidos e lícitos” (SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29).

¹¹³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 284.

¹¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332.

¹¹⁵ “Por outro lado, deve imperar, sempre, o princípio da boa-fé, por parte de quem negocia com o menor, pois este, no mais das vezes, não aparenta ter mais do que 18 anos de idade, ou comporta-se como criança, ou é imberbe, ou inexperiente etc. Diante de qualquer desses aspectos que coloquem em dúvida o outro contratante, deve ele valer-se da documentação necessária, sob pena de ser considerado negligente” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332).

restabelecendo-se com a anulação do negócio, estaria, ainda, a beneficiar-se do que recebeu¹¹⁶.

Exemplo de possibilidade de aplicação do dispositivo está na situação em que o menor, púbere ou impúbere, vende a sua bicicleta pelo preço de mercado a um vizinho, recebe o dinheiro, compra outra bicicleta e depois reclama a nulidade do ato. Estaríamos, sem dúvida, diante de um enriquecimento sem causa. Vale lembrar que o dispositivo afeta os atos anuláveis e nulos, sendo possível a aplicação aos atos praticados por incapacidade absoluta e relativa¹¹⁷.

Por fim, o art. 666 da Lei Civil prevê a possibilidade de o relativamente incapaz ser mandatário, impedindo o mandante de ingressar com “ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores”.

Nesse caso, o adolescente é considerado mero intermediário do mandante, que o elegeu como mandatário. Sustenta Caio Mário da Silva Pereira que a incapacidade relativa do mandatário é indiferente, visto que somente representa a vontade do mandante¹¹⁸.

Independentemente das teorias da capacidade e da consciência exigida pelo Código Civil para o negócio jurídico, podemos considerar a criança consumidora por equiparação, caso ela tenha comprado produtos ou serviços sem a assistência ou representação dos pais, aplicando integralmente a proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Não podemos olvidar que o negócio jurídico, nesse caso, também pode ser considerado nulo ou anulável, na forma da lei civil.

2. A legislação brasileira sobre publicidade no Brasil

2.1. Da oferta e da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

¹¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado**: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 335.

¹¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**: parte geral e obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 331.

¹¹⁸ “A regra em referência, no sentido de proteger os interesses do menor, oferece solução híbrida. Ao mesmo passo que permite ao menor relativamente incapaz ser mandatário, limita suas responsabilidades às regras gerais aplicáveis às obrigações contraídas por menores. No mais, transfere para o mandante a responsabilidade sobre outros prejuízos que se apresentem. Afinal, deve o mandante assumir o resultado da escolha do menor para atuar como seu mandatário. Enumeram-se, em doutrina, algumas hipóteses de responsabilidade: i) obriga-se o menor a restituir a coisa no estado em que se encontra, sem responder por eventuais deteriorizações, ainda que ocorridas por culpa, salvo dolo, pelo qual responderá sempre; ii) pode o mandante ajuizar ação *in rem verso*, na medida do proveito que o menor tenha tirado da execução do mandato; iii) finalmente, poderá o mandante ajuizar ação por perdas e danos para pedir a devolução de valores que tenham sido dolosamente desviados pelo menor. Tais hipóteses baseiam-se no fundamento de que a lei não tolera o enriquecimento à custa alheia, ainda que o responsável pelo fato delituoso seja um incapaz” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**: direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 443).

A **oferta** é conceituada pelo Código de Defesa do Consumidor: “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30).

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a oferta é declaração unilateral de vontade e caracteriza obrigação pré-contratual, gerando vínculo com o fornecedor e automaticamente proporcionando ao consumidor a possibilidade de exigência daquilo que foi ofertado.

Da leitura do dispositivo legal, verificamos a necessidade de dois requisitos básicos que devem estar presentes para que a oferta vincule o fornecedor: a *veiculação* e a *precisão da informação*.

Exige o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor que a oferta contenha informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que os produtos e serviços apresentem à saúde e à segurança dos consumidores.

Verifica-se aqui o princípio que rege a oferta, que é o da *veracidade*. As informações devem ser verdadeiras, corretas e claras para o consumidor. Os anúncios, no rádio, na televisão, nos *outdoors*, nas revistas, nos jornais e em outros meios de comunicação, têm por objeto alcançar o público-alvo e estimulá-lo ao consumo de produtos e serviços, que devem corresponder às legítimas e normais expectativas dos consumidores, tal como veiculados. Fica reconhecida, mais uma vez, a situação de vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, III) e respeito ao princípio da boa-fé.

Em caso de recusa do fornecedor em cumprir a oferta, o consumidor pode, alternativamente e à sua livre escolha:

- reivindicar o cumprimento forçado da obrigação;
- optar pela substituição por outro produto ou pela prestação de serviço equivalente; ou
- rescindir o contrato com a restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, além de perdas e danos.

Essas regras inseridas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor têm o condão de garantir o princípio da vinculação, assegurando o cumprimento da oferta pelo proponente.

A **publicidade**, por sua vez, é mais ampla que a oferta e é o principal meio pelo qual os

fornecedores seduzem os consumidores e alcançam o lucro esperado com a venda de produtos e serviços colocados no mercado de consumo. Conseqüentemente, preocupou-se o legislador com a regulamentação da publicidade com o fito de evitar e reprimir abusos frequentemente ocorridos nesse tipo de atividade.

Inicialmente, cabe fazer rápida distinção entre *publicidade* e *propaganda*. O termo *publicidade* expressa o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma ideia, sempre com intuito comercial, de gerar lucro. A *propaganda* pode ser definida como a propagação de princípios e teorias, visando a um fim ideológico.

Então,

a publicidade seria o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo clientes. Já a propaganda é definida como o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social e econômico)¹¹⁹.

A intenção da obtenção do lucro é o fator mais importante que diferencia a publicidade da propaganda, razão pela qual não podem os dois conceitos ser utilizados como sinônimos. Assim, por exemplo, a expressão *propaganda eleitoral* é corretamente utilizada para denotar o espaço utilizado pelos partidos políticos para a divulgação de suas ideologias¹²⁰.

2.1.1. Princípios aplicáveis à publicidade no Código de Defesa do Consumidor

Os princípios da vinculação e da veracidade norteadores da oferta são plenamente aplicáveis à publicidade. Acrescente-se que o princípio da veracidade na publicidade está igualmente disposto no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da publicidade enganosa e abusiva. Há outros dois princípios que se aplicam à publicidade: o princípio da identificação da publicidade e o princípio da inversão do ônus da prova.

¹¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 308.

¹²⁰ Nesse sentido, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias acrescenta: “Se, originalmente, a publicidade poderia se apresentar com uma função eminentemente informativa, isto é, sua característica era dar conhecimento aos interessados da existência de certo produto ou serviço e do local onde poderia ser adquirido –, com a evolução da sociedade de consumo e o aumento da competição entre as empresas fabricantes, a publicidade passou a representar um importante instrumento concorrencial. Tornou-se, assim, ferramenta fundamental na busca de novos clientes, o que criou uma mescla entre o caráter essencialmente informativo e os mecanismos para persuasão. Dia a dia, a publicidade passou a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais, com o objetivo de convencer o consumidor a adquirir determinados produtos” (**Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 232).

- ***Princípio da identificação da publicidade.*** Com efeito, determina o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. O princípio da identificação aqui presente visa impelir o anunciante a fazer anúncios publicitários de modo que o consumidor identifique, de plano, que aquilo que está vendo ou ouvindo tem como objetivo convencê-lo a adquirir produto ou serviço disponível no mercado de consumo. Insere-se aqui a publicidade simulada, cujo caráter publicitário do anúncio é disfarçado para que o seu destinatário não perceba a intenção promocional da mensagem veiculada. É a hipótese de publicidade com roupagem de reportagem, infelizmente ainda muito comum na nossa sociedade de consumo, mas proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

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 sobre a veracidade e transparência da publicidade, podendo o consumidor lesado requerer indenização perante o anunciante, sendo essa a finalidade prática de tal dispositivo. O ônus de comprovar a veracidade da campanha publicitária é sempre do fornecedor.

Estudaremos nas seções seguintes a classificação da propaganda enganosa ou abusiva. Por ora, cumpre esclarecer que a responsabilidade do anunciante é sempre objetiva, ainda que ele alegue não ter intenção de enganar, podendo o consumidor lesado requerer indenização por perdas e danos por prejuízos experimentados em razão de anúncio falso ou abusivo. Ademais, o caráter enganoso da publicidade compreende a potencialidade lesiva e a capacidade de induzir ao erro em razão do poder de sugestão publicitária.

- ***Princípio da inversão do ônus da prova.*** O ônus da prova da veracidade da informação ou comunicação publicitária cabe sempre a quem a patrocina (art. 38 do CDC). O princípio da inversão do ônus da prova é consagrado como direito básico do consumidor (art. 6º, VIII), sendo declarada a inversão do ônus da prova pelo juiz sempre que for constatada a verossimilhança das alegações, ou quando for o consumidor hipossuficiente. No que diz respeito à veracidade da mensagem publicitária, o ônus da prova é sempre do patrocinador, sem necessidade da declaração de inversão do ônus da prova pelo juiz.

Portanto, além de a responsabilidade do anunciante ser **objetiva**, este sempre terá o ônus de provar que o anúncio é verídico, facilitando a defesa do consumidor em juízo. Outrossim, a publicidade enganosa ou abusiva deve ser colacionada aos autos pelo consumidor, para que se faça a prova do **conteúdo** da publicidade, não bastando simples alegações do consumidor sobre a existência da publicidade.

- **Princípio da veracidade.** O art. 37 do Código de Defesa do Consumidor proíbe qualquer tipo de publicidade enganosa ou abusiva, o que reforça o princípio da veracidade, expresso no art. 31 do mesmo diploma legal. Assim, o fornecedor deve fazer publicidade com informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre o produto ou serviço anunciado, abstendo-se de utilizar da publicidade enganosa ou abusiva.

O § 1º do art. 37 define propaganda enganosa como “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 abusiva é toda “publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º).

2.1.2. Publicidade enganosa

A publicidade é enganosa quando a informação nela contida leva o consumidor a erro, seja por informação falsa ou por omissão de informação essencial. Assim, a lei prevê dois tipos de publicidade enganosa: a por comissão (ou ação) e a por omissão. A publicidade enganosa por comissão ocorre por uma afirmação do anunciante inteira ou parcialmente falsa sobre produto ou serviço. As informações inverídicas levam o consumidor a erro e, conseqüentemente, a adquirir produtos e serviços fundamentado em informação equivocada sobre características, preço, quantidade, qualidade e outros dados sobre o bem de consumo¹²¹.

¹²¹ Ensina Bruno Miragem: “A publicidade é considerada enganosa quando há divulgação total ou parcialmente falsa, ou ainda quando há omissão de informações relevantes à compreensão pelo consumidor, das características, qualidades e utilidades do produto ou do serviço objeto do anúncio publicitário (‘Artigo 37, § 3º. Para os efeitos deste Código a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço’). Todavia, há de se considerar que, em termos de linguagem, e das técnicas adotadas pela publicidade,

As expectativas geradas no consumidor são inverídicas, razão pela qual é possível que ele não adquiriria o produto ou o serviço se tivesse informações claras e precisas a seu respeito, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor. Conseqüentemente, a manifestação de vontade do consumidor é viciada.

Destarte, por exemplo, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, é enganosa a publicidade de água mineral que utiliza no rótulo o *slogan* “*diet* por natureza”. Para ser considerado dietético, o alimento deve ter sido modificado em relação ao produto natural; a qualificação *diet* significa que o produto é destinado não apenas à dieta para emagrecimento, mas também a dietas determinadas por prescrição médica. Se a água mineral é comercializada naturalmente, sem alterações em sua substância, não pode ser assim qualificada, sob pena de induzir a erro o consumidor (Veja: STJ, 1ª Turma, REsp 447.303/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 28/10/2003).

A publicidade enganosa por omissão (art. 37, § 3º) 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 sonogados, levaria o consumidor a não celebrar o contrato com o fornecedor.

Bom exemplo foi trazido pela jurisprudência no REsp 1.540.566/SC em ação civil pública, que tratou de publicidade abusiva por omissão. A hipótese dizia respeito à velocidade informada como referência da banda larga, não equivalente àquela garantida e efetivamente usufruída pelos consumidores ao utilizarem o serviço de acesso à internet.

Nesse caso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, embora a publicidade tenha omitido informação essencial sobre o conteúdo do serviço que oferta ao mercado, quais sejam os requisitos mínimos de velocidade que efetivamente devem ser garantidos aos consumidores, não gera no consumidor médio expectativa legítima de que a velocidade será sempre aquela denominada “velocidade nominal máxima”, pois há a advertência de que a velocidade está

a determinação do que seja verdadeiro ou falso é de difícil verificação, uma vez que, em termos linguísticos, certa mensagem poderá ser considerada verdadeira, mas ao se ter em conta também o modo como a informação é divulgada no anúncio publicitário, poderá ser apreendido de modo diverso pelo público consumidor. Segundo ensina a doutrina, ‘entende-se por dano essencial aquele que influi ou pode influir na escolha do consumidor; que se estivesse previsto na publicidade o levaria a adotar um comportamento econômico diverso’. Daí porque o legislador tenha feito referência à finalidade de induzir em erro, como elemento determinante para definição da publicidade enganosa. Ou seja, o decisivo não é a identificação de um equívoco na mensagem, senão sua tomada em conjunto, na percepção do consumidor leigo e vulnerável, como apta a promover o resultado concreto da indução em erro. Trata-se de assegurar, nesta disposição, a proteção da confiança do consumidor frente à promoção da atividade publicitária pelo fornecedor” (**Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 279-280).

“sujeita a variações”¹²².

Em outro exemplo, o mesmo Tribunal considerou enganosa por omissão a publicidade realizada por instituição de ensino que ofertou curso de Comércio Exterior em desacordo com as regras do Ministério da Educação e Cultura, tendo sido o aluno transferido para o curso de administração compulsoriamente. A ausência de informação a respeito da possibilidade de extinção de curso foi considerada, nesse caso, omissão essencial, gerando indenização por danos materiais e morais (REsp 1.342.571/MG).

¹²² “AÇÃO COLETIVA. DIREITO DO CONSUMIDOR. INTERNET. BANDA LARGA. VELOCIDADE. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS. EFEITOS DA OMISSÃO. BOA-FÉ OBJETIVA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ARTS. 4º, III, E 35 DO CDC. REEXAME NECESSÁRIO. ART. 19 DA LEI 4.717/65. SUCUMBÊNCIA. OCORRÊNCIA. EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXTENSÃO. *ERGA OMNES*. 1. Cuida-se de ação coletiva de consumo, ajuizada pelo recorrente em face da agravante, na qual sustenta que a agravante pratica publicidade enganosa, pois noticia apenas a velocidade informada como referência da banda larga, que não é equivalente àquela garantida e efetivamente usufruída pelos consumidores ao utilizarem o serviço de acesso à internet. 2. O propósito recursal é determinar se: a) a publicidade que não contém informações sobre o mínimo garantido da velocidade de internet que será efetivamente usufruída pelo consumidor configura publicidade enganosa por omissão; b) houve sucumbência do autor da ação coletiva, apta a ensejar o duplo grau de jurisdição obrigatório previsto no art. 19 da Lei 4.717/65; c) os efeitos da sentença proferida em ação coletiva de consumo deve ser restringidos à competência do órgão jurisdicional prolator; d) a omissão de informação essencial, eventualmente verificada na hipótese concreta, tem o condão de vincular o fornecedor a alguma prestação contratual; e) era indispensável, na hipótese concreta, a fixação da responsabilidade genérica da ré pelos danos causados; e f) é correta a suspensão da exigibilidade da obrigação de fazer imposta à ré ao trânsito em julgado da condenação. 3. [...] 4. [...]. 5. O princípio da transparência (art. 6º, III, do CDC) somente será efetivamente cumprido pelo fornecedor quando a informação publicitária for prestada ao consumidor de forma adequada, clara e especificada, a fim de garantir-lhe o exercício do consentimento informado ou vontade qualificada. 6. No que diz respeito à publicidade enganosa por omissão, a indução a engano decorre da circunstância de o fornecedor negligenciar algum dado essencial sobre o produto ou serviço por ele comercializado, induzindo o consumidor à contratação por meio de erro, por não ter consciência sobre elemento que, se conhecido, prejudicaria sua vontade em concretizar a transação. 7. Na hipótese em exame, verifica-se a ocorrência da publicidade enganosa por omissão, haja vista a ausência de informação clara sobre qual a qualidade do serviço que está sendo contratado e que será prestado ao consumidor, prejudicando seu conhecimento sobre as características do serviço (informação-conteúdo) e sobre a utilidade do serviço, o que pode dele esperar (informação-utilização). 8. Na inicial da presente ação civil pública, o MP/SC requereu, expressamente, ‘para a presente ação abranger todos os consumidores que foram ou serão atingidos pelos efeitos da publicidade enganosa’, o que não foi acolhido pela sentença, ensejando o reexame necessário pelo Tribunal. 9. [...]. 10. [...]. 11. A publicidade, da forma como divulgada – sobretudo quando contenha elementos capazes de iludir o consumidor –, tem os mesmos efeitos de uma oferta ao público, prevista no art. 429 do CC/02, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada. Precedentes. 12. A definição dos efeitos da publicidade enganosa sobre o contrato de consumo tem como norte os princípios da boa-fé objetiva e o da proteção da confiança e da expectativa legítima, sendo averiguados de forma proporcional e razoável, com a harmonização e compatibilização, vislumbrada no art. 4º, III, do CDC, da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. 13. Na hipótese dos autos, embora a publicidade tenha omitido informação essencial sobre o conteúdo do serviço que oferta ao mercado, qual seja, os requisitos mínimos de velocidade que efetivamente devem ser garantidos ao consumidor não geram no consumidor médio expectativa legítima de que a velocidade será sempre a aquela denominada de ‘velocidade nominal máxima’, pois há a advertência de que a velocidade está ‘sujeita a variações’. 14. A proteção à boa-fé e à confiança do consumidor está satisfeita, portanto, no reconhecimento do direito de rescindir o contrato sem encargos por não desejar receber o serviço em que a velocidade mínima que lhe é garantida – e não informada na publicidade – é inferior às suas expectativas, nos termos do art. 35, III, do CDC. 15. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. 16. [...]” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.540.566/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 18/9/2018).

2.1.3. Publicidade abusiva

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, sendo que 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, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita 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 o termo *dentre outras* invoca a natureza exemplificativa do dispositivo, que enumerou diversos tipos de publicidade enganosa, sem, no entanto, conceituá-la de forma precisa.

Nessa perspectiva, diante da falta de definição exata para o termo, já afirmou Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias:

O parágrafo 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, com base nas situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV e 5º, *caput*, da CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227 da CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária¹²³.

Assim, o juiz pode, no caso concreto, identificar outras hipóteses de publicidade abusiva, levando em consideração a autorregulação, a doutrina e a jurisprudência. Pode, ainda, utilizar-se dos conceitos de abuso de direito do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aplicar o dispositivo em comento de forma adequada.

Em relação à publicidade infantil, a dificuldade da doutrina e da jurisprudência está em entender o significado e a extensão da expressão *se aproveite da deficiência de julgamento da criança*.

De fato, a norma não proíbe expressamente a publicidade voltada para crianças e adolescentes. No entanto, não há clareza na dicção legal e, por essa razão, é necessário estabelecer critérios de interpretação que estejam de acordo com o ordenamento jurídico e com

¹²³ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 208.

a Constituição Federal.

2.1.4. Contrapropaganda

A imposição de contrapropaganda é penalidade administrativa estabelecida pelo art. 56, XII, do Código de Defesa do Consumidor, sempre que o anunciante infringir os preceitos determinados nos arts. 36 e 37.

A penalidade administrativa de contrapropaganda é imposta ao fornecedor pela autoridade competente da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, após processo administrativo com observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, quando o anunciante incorre em publicidade enganosa ou abusiva.

A contrapropaganda tem como objetivo desfazer os efeitos perniciosos causados por publicidade abusiva ou enganosa e consiste no esclarecimento do engano ou do abuso cometido pelo anunciante. Esclareça-se que os custos advindos da contrapropaganda são de responsabilidade do infrator e esta pode ser feita em jornais, revistas, mídia eletrônica ou televisiva, sempre objetivando o esclarecimento dos consumidores.

2.1.5. Publicidade de bens e serviços por telefone

A Lei nº 11.800/2008 alterou o art. 33 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo o parágrafo único ao referido artigo, e proíbe, expressamente, “a publicidade de bens e serviços quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina”.

Assim, os fornecedores somente poderão fazer publicidade de seus produtos quando a ligação for gratuita para o consumidor. A regra é bem simples, e extremamente útil aos consumidores. Não é justo que o consumidor pague a conta da publicidade do fornecedor.

É certo, ainda, que o Decreto nº 6.523/2008, que regulamentou o serviço de atendimento ao consumidor, estabeleceu, em seu art. 14, a proibição da veiculação de mensagem publicitária durante o tempo de espera para o atendimento, salvo se houver prévio consentimento do consumidor.

Assim, para os serviços regulamentados pelo mencionado decreto, os fornecedores não poderão veicular mensagem publicitária, ainda que a ligação seja gratuita para o consumidor.

2.2. Regulamentação da publicidade de produtos fumígenos e bebidas alcoólicas

2.2.1. Da publicidade de bebidas alcoólicas

Além das regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a publicidade de bebidas alcoólicas e produtos fumígenos está devidamente regulamentada pela Lei nº 9.294/1996, dando cumprimento ao § 4º do art. 220 da Constituição Federal, que determina: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Entre as principais restrições impostas pela lei, ressaltamos as que têm por objetivo a proteção da criança e do adolescente, quais sejam:

- a publicidade de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão somente poderá ocorrer entre as **21 (vinte e uma) horas** e as **6 (seis) horas** (art. 4º);
- a publicidade não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou ideias de maior êxito ou sexualidade das pessoas (art. 4º, § 1º);
- os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas conterão advertência nos seguintes termos: “Evite o Consumo Excessivo de Álcool” (art. 4º, § 1º);
- é vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos (art. 6º).

Veja que a restrição quanto ao horário de veiculação da publicidade estabelecido no mencionado diploma legal guarda correlação com o horário de veiculação de programas e sua classificação indicativa conforme a Portaria nº 1.189/2018. O legislador entendeu que crianças e adolescentes não podem ser os destinatários da publicidade e restringiu o horário de sua veiculação ao horário noturno.

As demais restrições são igualmente pertinentes para crianças, adolescentes e, também, adultos. A publicidade contendo associação de bebidas alcoólicas a qualquer atividade esportiva deve ser considerada abusiva, pois, subliminarmente, quer que o consumidor acredite que o uso do álcool é saudável assim como a atividade esportiva.

A proibição do uso de “imagens ou ideias de maior êxito ou sexualidade das pessoas” na publicidade é de suma importância, especialmente para os adolescentes, que estão descobrindo sua sexualidade. Ora, a publicidade não pode fazer crer que uma dose de álcool o fará mais “desejado” e com melhora em desempenho sexual, visto que essa informação é absolutamente inverídica (e, por que não dizer, enganosa).

É preciso esclarecer que, para os fins dessa lei, devemos considerar bebidas alcoólicas

somente aquelas que contêm teor alcoólico superior a **treze graus Gay Lussac**. O teor alcoólico de uma bebida é calculado com base na porcentagem de álcool puro presente nela. Uma bebida que possui teor alcoólico 12% vol., por exemplo, tem 12% de álcool em seu volume. Essa mesma medida pode ser expressa em °GL, com a mesma significação (12° GL).

A sigla é a abreviação de *Gay Lussac*, o nome de um químico francês responsável por diversas constatações relativas ao comportamento dos líquidos. Em geral, as cervejas se enquadram entre as bebidas de baixo teor alcoólico (menor ou igual a 6° GL), os vinhos e licores são de médio teor (não ultrapassando os 20° GL) e os uísques, as vodcas e aguardentes têm alto teor alcoólico (chegando, às vezes, aos 40 ou até 50° GL).

Por essa razão, a publicidade de cerveja e outras bebidas consideradas de baixo teor alcoólico não está sujeita às restrições da lei. Essa regra traz inúmeras discussões quanto à proteção de crianças e, principalmente, adolescentes que estão expostos a publicidades de cerveja e outras bebidas durante toda a exibição de programas de televisão.

Embora a referida lei não traga proibição com relação à publicidade dessas bebidas com menor teor alcoólico, é evidente que o fabricante não poderá veicular anúncio que apele para o consumo entre crianças e adolescentes. Veremos logo mais que o Conar, por meio do seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, trouxe uma série de restrições a todo tipo de bebida alcoólica, com ênfase para as proibições relacionadas às crianças e aos adolescentes.

Por outro lado, o art. 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece que as revistas e publicações destinadas ao público infantojuvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncio de bebidas alcoólicas. É evidente que a proibição aqui atinge toda e qualquer bebida alcoólica, independentemente da dosagem de álcool presente em sua composição.

Devemos lembrar que a venda de bebidas alcoólicas ou de qualquer outro produto que possa causar dependência física ou psíquica é expressamente proibida pelo art. 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013) proíbe, expressamente, que pessoas menores de 18 (dezoito) anos participem de publicidade de bebidas alcoólicas.

2.2.2. Da publicidade de produtos fumígenos

A mencionada lei, que regulamentou a publicidade de bebidas alcoólicas, impôs restrições, também, à publicidade de produtos fumígenos (cigarros, cigarrilhas, charutos).

Entre as principais proibições estabelecidas pela lei, temos:

- a propaganda comercial dos produtos só poderá ser efetuada por meio de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (art. 3º);
- a propaganda não pode induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar (art. 3º, II);
- a propaganda não pode associar ideias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes (art. 3º, III);
- não pode associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais (art. 3º, IV);
- não pode incluir a participação de crianças ou adolescentes.

O tratamento dado aos produtos fumígenos é bem mais severo: não é permitida a publicidade em programação audiovisual, além de serem expressamente proibidas a participação de crianças e adolescentes e a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising*, nos programas (art. 3º-A, VII).

Outra regra de proteção aos infantes é trazida pelo § 2º do art. 3º, que determina aos fabricantes a inclusão nas embalagens da frase “fumar na gravidez prejudica o bebê” e “crianças começam a fumar ao verem os adultos fumando”.

Alguns doutrinadores criticavam a regra do art. 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente por não conter proibição expressa de venda de cigarros a menores. A Lei nº 9.294/1996 incluiu o art. 3º-A proibindo a venda de cigarros aos menores de 18 anos, sanando qualquer dúvida a respeito do assunto.

2.2.3. Publicidade para lactentes e produtos alimentícios para a primeira infância

A Lei nº 11.265/2006 regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e produtos de puericultura correlatos. O objetivo da lei é, conforme expressamente consignado em seu art. 1º, contribuir para a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância, regulamentando a publicidade dos alimentos nela descritos, bem como do uso de mamadeiras, bicos e chupetas, além de estabelecer política pública no sentido de incentivar o aleitamento materno.

Em relação ao conteúdo publicitário, a lei regulamenta o uso dos seguintes produtos: i)

fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de seguimento para lactentes; ii) fórmulas infantis de seguimento para crianças de primeira infância; iii) leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; iv) alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para a alimentação de lactentes e crianças de primeira infância; v) fórmula de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco; vi) mamadeiras, bicos e chupetas.

O art. 4º veda expressamente a publicidade das fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de seguimento para lactentes¹²⁴, fórmula de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco¹²⁵, bicos¹²⁶ e chupetas.

Por outro lado, o art. 5º da norma em comento regulamenta a publicidade das fórmulas infantis de seguimento para crianças de primeira infância¹²⁷, os leites fluidos, leites em pó, leites modificados¹²⁸ e similares de origem vegetal. Nesses casos, os produtos devem conter a seguinte advertência: “O Ministério da Saúde informa: o aleitamento materno evita infecções e alergias e é recomendado até os 2 (dois) anos de idade ou mais”.

Já para os alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para a alimentação de lactentes e crianças de primeira infância, deverá conter os seguintes dizeres: “O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos”.

¹²⁴ Conforme art. 3º, XVIII, da Lei nº 11.265/2006, considera-se **fórmula infantil para lactentes** o produto em forma líquida ou em pó destinado à alimentação de lactentes até o 6º (sexto) mês, sob prescrição, em substituição total ou parcial do leite materno ou humano, para satisfação das necessidades nutricionais desse grupo etário, e conforme art. 3º, XX, **fórmula infantil de seguimento para lactentes** o produto em forma líquida ou em pó utilizado, por indicação de profissional qualificado, como substituto do leite materno ou humano, a partir do 6º (sexto) mês.

¹²⁵ Por **fórmula de nutrientes para recém-nascidos de alto risco**, considera-se composto de nutrientes apresentado ou indicado para suplementar a alimentação de recém-nascidos prematuros ou de alto risco (art. 3º, XXX, da Lei nº 11.265/2006).

¹²⁶ Para os efeitos da Lei, considera-se **bico** o objeto apresentado ou indicado para o processo de sucção nutritiva da criança com a finalidade de administrar ou veicular alimentos ou líquidos (art. 3º, VI).

¹²⁷ Conforme art. 3º, XXI, da Lei nº 11.265/2006, considera-se **fórmula infantil de seguimento para crianças de primeira infância** o produto em forma líquida ou em pó utilizado como substituto do leite materno ou humano para crianças de primeira infância. Importante notar que a mesma lei considera primeira infância a fase dos 0 (zero) aos 3 (três) anos de idade.

¹²⁸ Por **leite modificado** deve-se entender aquele que como tal for classificado pelo órgão competente do poder público (art. 3º, XXIII).

2.2.3.1. Divulgação e práticas comerciais

Em relação às práticas comerciais, a lei proíbe a atuação de representantes comerciais para fazer divulgação dos produtos em unidades de saúde, sendo permitida apenas para a comunicação dos aspectos técnico-científicos aos pediatras e nutricionistas (art. 6º). Ademais, o mesmo dispositivo legal determina que é dever do fabricante, distribuidor ou importador notificar seus representantes comerciais ou divulgadores acerca da obrigação contida na norma.

As amostras de produtos poderão ser entregues aos pediatras e nutricionistas por ocasião do lançamento, devendo ser observadas as regras sobre embalagem, conforme veremos a seguir. Cumpre observar que as entregas das amostras podem ocorrer até 18 (dezoito) meses do lançamento do produto, sendo vedada a distribuição caso haja relançamento sem alterações significativas na composição nutricional, e devem vir acompanhadas de protocolo de entrega da empresa.

Vale ressaltar que ficam proibidas as entregas de amostras de fórmula de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco, de mamadeiras, bicos e chupetas.

Por outro lado, ficam permitidos os patrocínios financeiros ou materiais, por parte dos fabricantes, distribuidores ou importadores, apenas às entidades científicas de ensino e pesquisa ou entidades associativas de pediatras e de nutricionistas.

Nessas hipóteses, impõem-se restrições aos beneficiados, como, por exemplo, para que não realizem promoção comercial de seus produtos nos eventos por eles patrocinados, além de limitação à distribuição de material técnico-científico. Além disso, todos os eventos patrocinados deverão incluir nos materiais de divulgação o destaque “Este evento recebeu patrocínio de empresas privadas, em conformidade com a Lei nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006”.

Na mesma toada, ficam proibidas as doações ou vendas a preços reduzidos dos produtos às maternidades ou instituições que prestem assistência a crianças, excetuando-se apenas nas hipóteses de necessidade individual ou coletiva, a critério da autoridade fiscalizadora competente.

Por outro lado, a doação para fins de pesquisa é permitida mediante a apresentação de protocolo aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da instituição a que o profissional estiver vinculado, observados os regulamentos editados pelos órgãos competentes. Ademais, o produto objeto de doação para pesquisa deve conter os dizeres: “Doação para pesquisa, de acordo com a legislação em vigor”.

2.2.3.2. Rotulagem

Ponto bastante relevante diz respeito à rotulagem ou às embalagens dos produtos regulados pela Lei nº 11.265/2006. Esse tema vem regulado pelo art. 10, que prevê a proibição, no rótulo de **fórmula infantil para lactentes e fórmula infantil de seguimento para lactentes**, de se utilizar fotos, desenhos ou outras representações gráficas que não sejam aquelas necessárias para ilustrar métodos de preparação ou uso do produto.

Essa proibição se deve ao fato de que, no passado, os fornecedores ilustravam as embalagens com fotografia de mulher alimentando o seu filho, o que poderia levar o público a crer que as propriedades nutricionais dos produtos eram equivalentes às do leite materno. Sendo assim, fica permitido apenas o uso de marca ou logomarca desde que esta não utilize imagem de lactente, criança pequena ou outras figuras humanizadas.

Pelas mesmas razões, além da proibição de promover os produtos da empresa fabricante ou de outros estabelecimentos, fica proibido utilizar no rótulo desses produtos:

- denominações ou frases com o intuito de sugerir forte semelhança do produto com o leite materno;
- frases ou expressões que induzam dúvida quanto à capacidade das mães de amamentarem seus filhos;
- expressões ou denominações que identifiquem o produto como mais adequado à alimentação infantil, conforme disposto em regulamento;
- informações que possam induzir o uso dos produtos em virtude de falso conceito de vantagem ou segurança;
- frases ou expressões que indiquem as condições de saúde para as quais o produto seja adequado.

Por outro lado, a rotulagem do produto deve conter a seguinte frase: AVISO IMPORTANTE: “Este produto somente deve ser usado na alimentação de crianças menores de 1 (um) ano de idade com indicação expressa de médico ou nutricionista. O aleitamento materno evita infecções e alergias e fortalece o vínculo mãe-filho”.

O rótulo deve, ainda, exibir, com destaque, os riscos do preparo inadequado e as instruções corretas a respeito da preparação do produto, inclusive quanto às medidas de higiene, e dosagem para diluição.

Na mesma linha, há regulamentação em relação à **fórmula infantil de seguimento para crianças de primeira infância**, um pouco menos restritiva. Dessa forma, a rotulagem, além da

proibição de promover os produtos da empresa fabricante ou de outros estabelecimentos, não pode utilizar:

- fotos, desenhos ou outras representações gráficas que não sejam aquelas necessárias para ilustrar métodos de preparação ou uso do produto, exceto o uso de marca ou logomarca desde que esta não utilize imagem de lactente, criança pequena ou outras figuras humanizadas;
- denominações ou frases com o intuito de sugerir forte semelhança do produto com o leite materno;
- frases ou expressões que induzam dúvida quanto à capacidade das mães de amamentarem seus filhos;
- expressões ou denominações que identifiquem o produto como mais adequado à alimentação infantil, conforme disposto em regulamento;
- informações que possam induzir o uso dos produtos em virtude de falso conceito de vantagem ou segurança;
- marcas sequenciais presentes nas fórmulas infantis de seguimento para lactentes.

2.3. Resolução Conanda nº 163/2014

Em iniciativa inédita e de constitucionalidade duvidosa, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança, Conanda, emitiu resolução sobre o direcionamento da publicidade e comunicação mercadológica para crianças e adolescentes. Abaixo trataremos do Conanda e de sua estrutura; por ora, apenas analisaremos as restrições impostas pela resolução.

As bases explícitas da resolução estão nos “considerandos” iniciais, que revelam fundamento no art. 227 da Constituição Federal, nos arts. 2º, 3º, 4º e 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, especialmente no objetivo estratégico 3.8 – “Aperfeiçoar instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação”.

A resolução, em seu art. 1º, § 1º, define comunicação mercadológica como “toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado”.

Assim, nos termos da resolução, estão abarcadas as publicidades, a rotulagem de produtos, a utilização de logomarcas de produtos destinados a crianças, bem como as práticas comerciais, incluindo o meio digital como forma de divulgação dos produtos.

Mais ainda, em seu art. 1º, § 2º, a resolução também abrange, no conceito de comunicação mercadológica, “dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio, *banners* e páginas na internet, embalagens, promoções, *merchandising*, ações por meio de *shows* e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas”.

Na sequência, o art. 2º da resolução define como **abusiva**

[...] a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III – representação de criança;

IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V – personagens ou apresentadores infantis;

V – desenho animado ou de animação;

VII – bonecos ou similares;

VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil¹²⁹.

Da leitura do dispositivo, fica fácil perceber que as restrições são absolutamente severas, visto que nenhum tipo de informação que contenha elementos infantis pode ser utilizado para promover produtos e serviços. Na prática, a resolução proíbe, inclusive, a embalagem de frutas com uso de personagens (como, por exemplo, a maçã da turma da Mônica).

Ademais, o § 2º do art. 2º também considera abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e escolas de educação infantil e fundamental, proibindo, igualmente, a publicidade em uniformes escolares ou materiais didáticos.

A única ressalva feita ao *caput* do art. 2º está no seu § 3º, que permite a comunicação mercadológica em relação às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.

Ou seja, caso haja ações sociais patrocinadas por fornecedores de produtos infantis, fica permitida a utilização de divulgação dos produtos.

¹²⁹ O disposto aplica-se à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

De outra banda, o art. 3º da resolução estabelece princípios a serem observados, além dos já presentes no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente:

- respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e os símbolos nacionais;
- ter atenção e cuidado especial com as características psicológicas do adolescente e com a sua condição de pessoa em desenvolvimento;
- não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;
- não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;
- não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais;
- não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
- não induzir a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e
- primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina.

3. O Conar e a autorregulação publicitária

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, Conar, é uma entidade privada, composta por empresas publicitárias, com o objetivo de autorregulamentar o trabalho publicitário. Esse conselho elaborou, em 1978, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que inclui os seus conselhos de ética e autorregulamentação para a publicidade (doc. 06).

Assim, todo consumidor que se sentir lesado em razão de publicidade abusiva ou enganosa tem a faculdade de apresentar reclamação ao conselho, podendo o fornecedor responsável pela publicidade ser punido com advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio ou recomendação de sustação da veiculação. Evidentemente, o Conar não tem o poder coativo do Poder Público, e o cumprimento de suas decisões e recomendações tem

caráter espontâneo.

Importante notar que as regras do Conar, muitas vezes, servem de parâmetro ao Poder Judiciário para a decisão de casos concretos. Podemos aqui exemplificar com recente caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a Apelação Cível nº 1014920-25.2018.8.26.0068, voto nº 39.511, em que o relator faz uso das regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para decisão sobre publicidade comparativa, que não é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor e que tem sido bastante discutida:

Neste sentido, é bastante elucidativo o conteúdo disciplinado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), destacado nos trechos em que importam à solução da controvérsia em análise: Artigo 32 – Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio. (TJSP, Apelação Cível nº 1014920-25.2018.8.26.0068, Rel. Ricardo Negrão, 2ª Câmara de Direito Empresarial, DJ 1º/6/2020)

Portanto, ainda que o conteúdo do do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não provenha de um comando normativo, pode ser utilizado pelo Poder Judiciário como parâmetro para interpretação das leis, quando estas clamam por maior esforço hermenêutico.

3.1. do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a publicidade de produtos infantis

A publicidade de produtos infantis está regulamentada no art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O *caput* do referido dispositivo traz importante alerta aos fornecedores para observar que “os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes”.

Fácil perceber, do exposto no artigo, que o fornecedor/publicitário passa a ser um

importante coadjuvante no fortalecimento dos laços familiares, o que está em plena consonância com a regra insculpida no art. 227 da Constituição Federal e nos princípios basilares do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para atingir o objetivo proposto, o de colocar o fornecedor/publicitário entre os responsáveis pela criança e pelo adolescente, estabelece o art. 37 proibições expressas. A proibição mais importante é aquela que prevê que **nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.**

Sem dúvida, conforme veremos adiante, essa parte do dispositivo faz respeitar as regras insculpidas no art. 1.634 do Código Civil quanto ao exercício do poder familiar¹³⁰. De fato, cabe aos pais gerir a educação dos filhos, sendo inconcebível que o anunciante desrespeite esse fundamento legal (art. 1.634, I).

Ademais, na forma do art. 37, I, os anúncios deverão refletir “cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras” e, ainda, abster-se de:

- a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b) provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d) impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g) utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h) apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i) utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

Na sequência, o inciso II do art. 37 ordena que, “quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

¹³⁰ Reza o art. 1.634 do Código Civil: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

- a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- 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.

Da mesma forma, o mencionado dispositivo cumpre a reserva garantida pela lei civil de que cabe aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, em especial em relação aos aspectos relacionados à moralidade e ao nível de consumo. Impede-se, com isso, que terceiros invadam a intimidade familiar e tomem as rédeas das decisões que devem ser, exclusivamente, dos pais.

Em complemento, o § 2º do art. 37 ordena que o planejamento de mídia dos anúncios ora mencionados leve em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação mais restritiva para todas as normas nele dispostas.

Além disso, 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”.

Por publicidade indireta devemos compreender a publicidade subliminar, que é proibida até mesmo entre adultos, conforme vimos anteriormente, pois implica a consequente restrição da liberdade de escolha do indivíduo, que passa a ser manipulado 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*”¹³¹, 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.

Para que seja avaliada a existência de *merchandising* ou de publicidade indireta, o inciso V do art. 37 a inclui nas diretrizes que devem ser seguidas para averiguar a conformidade das ações, e leva em consideração os seguintes aspectos: i) o público-alvo da ação publicitária seja adulto; ii) o produto ou o serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças; e

¹³¹ “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.”

iii) a linguagem, as imagens, os sons ou outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou atenção das crianças.

Em relação aos produtos e serviços proibidos para crianças e adolescentes, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com a mencionada Lei nº 9.294/1996, reza o § 1º do art. 37 que crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncios de bens e serviços incompatíveis com a sua condição de pessoa em desenvolvimento, em especial armas de fogo, cigarros, bebidas alcoólicas, fogos de artifício e outros produtos que não podem ser adquiridos por crianças e adolescentes (art. 81 do ECA).

3.2. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a publicidade de produtos fumígenos e bebidas alcoólicas

O Anexo “J” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária estabelece regras para publicidade de produtos fumígenos, e, conforme já desenhamos, o tema também é tratado pela Lei nº 9.294/1996.

Em consonância com a lei federal, o Anexo “J” proíbe qualquer apelo dirigido especificamente a menores de 18 (dezoito) anos, e qualquer pessoa que, fumando ou não, apareça em anúncio regido, deverá ser e parecer maior de 25 (vinte e cinco) anos.

Já em relação às bebidas alcoólicas, diferentemente da lei federal, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária traz diferentes e complementares regras. Considera-se bebida alcoólica, para os fins de ética publicitária, “aquela que como tal for classificada perante as normas e regulamentos oficiais a que se subordina o seu licenciamento”. Diferentemente da lei federal, as restrições valem para todo tipo de produto, independentemente do seu teor alcoólico.

Classifica, no entanto, as bebidas alcoólicas em três categorias: as normalmente consumidas durante as refeições, por isso ditas de mesa (cervejas e vinhos); demais bebidas alcoólicas, sejam elas fermentadas, destiladas, retificadas ou obtidas por mistura (normalmente servidas em doses); e a categoria dos “ices”, “coolers”, “álcool pop”, “ready to drink”, “malternatives” e produtos a eles assemelhados, em que a bebida alcoólica é apresentada em mistura com água, suco ou refrigerante.

Estabelece uma série de regras e princípios, deixando bem esclarecido que, por se tratar de produto de consumo restrito e impróprio para determinados públicos e situações, a publicidade deverá ser estruturada de maneira socialmente responsável, sem se afastar da finalidade precípua de difundir marca e características, vedados, por texto ou imagem, direta ou indiretamente, inclusive *slogan*, o apelo imperativo de consumo e a oferta exagerada de

unidades do produto em qualquer peça de comunicação.

Entre os princípios trazidos pela autorregulação, o que mais nos importa é aquele que se refere à proteção de crianças e adolescentes. Nesse sentido, as restrições são bem claras e importantes.

De fato, a publicidade não poderá ter crianças e adolescentes como público-alvo e, diante deste princípio, os anunciantes e suas agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias, observando as seguintes regras:

- i) “crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade;
- ii) as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infantojuvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade;
- iii) o planejamento de mídia levará em consideração este princípio, devendo, portanto, refletir as restrições e os cuidados técnica e eticamente adequados. Assim, o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou *website* dirigidos predominantemente a maiores de idade. Diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes;
- iv) os *websites* pertencentes a marcas de produtos que se enquadrem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores”.

Há, ainda, outros princípios e regras que devem ser observados, pois, de alguma forma, também tocam a defesa e a proteção da criança e do adolescente.

1) Princípio do consumo com responsabilidade social: a publicidade não deverá induzir, de qualquer forma, ao consumo exagerado ou irresponsável.

2) Cláusula de advertência: todo anúncio, qualquer que seja o meio empregado para sua veiculação, conterá “cláusula de advertência”, incluindo, nas embalagens e nos rótulos, a

reiteração de que a venda e o consumo do produto são indicados apenas para maiores de 18 (dezoito) anos. Atualmente, o Conselho Superior do Conar¹³² obriga a constarem as seguintes advertências: – **“BEBA COM MODERAÇÃO”** – **“CERVEJA É BEBIDA ALCOÓLICA. VENDA E CONSUMO PROIBIDOS PARA MENORES”** – **“ESTE PRODUTO É DESTINADO A ADULTOS”** – **“EVITE O CONSUMO EXCESSIVO DE ÁLCOOL”** – **“NÃO EXAGERE NO CONSUMO”** – **“QUEM BEBE MENOS, SE DIVERTE MAIS”** – **“SE FOR DIRIGIR NÃO BEBA”** – **“SERVIR CERVEJA A MENOR DE 18 É CRIME”**¹³³.

3) Mídia exterior e congêneres: por alcançarem todas as faixas etárias, sem possibilidade técnica de segmentação, as mensagens veiculadas em mídia exterior e congêneres, sejam *“outdoors”*, *“indoors”* em locais de grande circulação, telas e painéis eletrônicos, *“back and front lights”*, painéis em empenas de edificações, *“busdoors”*, envelopamentos de veículos de transporte coletivo, peças publicitárias de qualquer natureza no interior de veículos de transporte, veículos empregados na distribuição do produto, peças de mobiliário urbano e assemelhados etc., quaisquer que sejam os meios de comunicação e o suporte empregados, limitar-se-ão à exibição do produto, sua marca e/ou *slogan*, sem apelo de consumo, mantida a necessidade de inclusão da “cláusula de advertência”¹³⁴.

¹³² Conselho Superior do Conar. Resolução nº 02./08 REF. Anexo “P” Complementa o Anexo “P” – Cervejas e Vinhos –, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 18/2/2008.

¹³³ “PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. PUBLICIDADE. DEVER POSITIVO DE INFORMAR. CIGARRO. INFORMAÇÕES EM TAMANHO MENOR QUE O REGULARMENTE ESTABELECIDO. DEFEITO ÍNFIMO NÃO CAPAZ DE VIOLAR A OSTENSIVIDADE DETERMINADA PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. 1. A *vexata quaestio* diz respeito à avaliação do dever de informar, decorrente das normas do Código de Defesa do Consumidor, em especial daquilo que consta nos arts. 9º e 31 do referido diploma legal. 2. *In casu*, o Sodalício *a quo* confirmou que as imagens e avisos presentes nos cartões reproduzem de forma graficamente idêntica os avisos impressos nas embalagens dos produtos e que a única diferença verificável se refere ao tamanho, a qual, conforme destacado na sentença, é ínfima, inapta a violar a ostensividade determinada pela norma consumerista. 3. O CDC traz, entre os direitos básicos do consumidor, a ‘informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam’ (art. 6º, inciso III). A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (art. 31 do CDC). A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 4. Ocorre que, na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente para avaliar se o defeito na apresentação do produto é capaz de violar a ostensividade determinada pelo *codex* consumerista, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não conhecido” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.758.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/3/2019).

¹³⁴ **Exceções:** estarão desobrigados da inserção de “cláusula de advertência” os formatos a seguir especificados que não contiverem apelo de consumo do produto: a) publicidade estática em estádios, sambódromos, ginásios e outras arenas desportivas, desde que apenas identifique o produto, sua marca ou *slogan*; b) a simples expressão da marca, seu *slogan* ou a exposição do produto que se utiliza de veículos de competição como suporte; c) as “chamadas” para programação patrocinada em rádio e TV, inclusive por assinatura, bem como as caracterizações de patrocínio desses programas; d) os textos-foguete, vinhetas de passagem e assemelhados.

Por fim, o Conar também determina horários de veiculação em Rádio e TV das bebidas alcoólicas, inclusive por assinatura, da seguinte forma:

- a. quanto à programação regular ou de linha: comerciais, *spots*, *inserts* de vídeo, textos-foguete, caracterizações de patrocínio, vinhetas de passagem e mensagens de outra natureza, inclusive o *merchandising* ou publicidade indireta, publicidade virtual e as chamadas para os respectivos programas só serão veiculados no período compreendido entre 21h30 (vinte e uma horas e trinta minutos) e 6h (seis horas) (horário local);
- b. quanto à transmissão patrocinada de eventos alheios à programação normal ou rotineira: as respectivas chamadas e caracterizações de patrocínio limitar-se-ão à identificação da marca e/ou fabricante, *slogan* ou frase promocional, sem recomendação de consumo do produto. As chamadas assim configuradas serão admitidas em qualquer horário.

Verifica-se paridade quanto ao definido na Lei nº 9.294/1996 em relação aos horários de exibição, incluindo-se, aqui, as regras para os canais fechados (ou contratados de televisão).

3.3. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a publicidade de alimentos

O Anexo “H” define as regras sobre publicidade de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas-carbonatadas e as isentas de álcool.

Segundo o Conar, a publicidade deve seguir diversos parâmetros. Entre eles, ressalta-se a necessidade de valorizar e encorajar, sempre que possível, a prática de exercícios físicos e atividades afins; abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado ou conflitem com essa recomendação e abster-se de menosprezar a importância da alimentação saudável, variada e balanceada.

Em relação à publicidade de produtos dirigidos às crianças, deve o anunciante:

- j. abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde;
- 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;

1. 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.

Mais ainda, quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá **abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo**, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

4. Compromisso público dos fornecedores

Além das restrições legais já mencionadas, os fornecedores de produtos alimentícios firmaram compromisso público pela publicidade responsável em dezembro de 2016 e passou a vigorar a partir de janeiro de 2017 (docs. 06, 07 e 08). Foram signatários do documento as principais empresas do setor alimentício atuantes no mercado de consumo brasileiro.

Conforme documento disponível no *site* <http://www.publicidaderesponsavel.com.br/>, os fornecedores comprometeram-se a:

- apenas anunciar seus produtos para crianças menores de 12 anos de idade que atendam aos critérios nutricionais comuns, definidos de acordo com orientações nutricionais internacionais com embasamento científico aceito; ou
- não anunciar seus produtos para crianças menores de 12 anos de idade.

O compromisso inclui as comunicações de marketing de produtos alimentícios e bebidas não alcólicas destinados principalmente a crianças menores de 12 (doze) anos de idade em todas as mídias, incluindo as mídias digitais.

Além disso, todos os fornecedores acordaram em não realizar comunicações de marketing de produtos alimentícios ou de bebidas não alcólicas em ambiente escolar, em que prevaleçam crianças menores de 12 (doze) anos de idade.

Vale notar que os critérios relativos aos aspectos nutricionais também estão desenhados pelos fornecedores e estabelecem, *grosso modo*, que os produtos com alto teor de sódio, gordura e açúcar sofrem maiores restrições em ações de publicidade.

5. Competência para legislar em direito do consumidor e em publicidade

5.1. Competência para legislar em direito do consumidor

A discussão sobre competência para legislar em matéria de publicidade é de extrema relevância para as questões ora discutidas e tem sido constantemente analisada pelo Poder Judiciário. Veremos que a Constituição Federal tratou expressamente da competência para legislar em matéria da defesa do Consumidor e de publicidade.

As competências podem ser definidas como parcelas de poder atribuídas aos entes políticos pela Constituição Federal, em função da soberania do Estado, permitindo-lhes tomar decisões, no exercício regular de suas atividades.

Fernanda Dias Menezes de Almeida entende que a competência equivale à capacidade

no direito privado, que é o poder de praticar atos jurídicos¹³⁵. Ou seja, o ente tem o poder de praticar determinado ato assim como tem a pessoa natural ou jurídica na esfera civil.

As competências são divididas em competência administrativa e legislativa. A administrativa (ou material) é aquela conferida ao ente para realizar determinada atividade. Subdivide-se em exclusiva e comum. É exclusiva quando somente aquele ente federativo pode executar aquela atividade; é comum quando todos os entes estão autorizados a exercê-la.

A competência suplementar ocorre com Estados e Municípios. Os primeiros suplementam a legislação federal sobre normas gerais (art. 24, § 2º, da CF). Os segundos suplementam a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II, da CF). Na ausência de normas gerais editadas pela União, os Estados exercem competência legislativa plena para atender a suas particularidades; mas, na superveniência de lei federal sobre normas gerais, a eficácia da lei estadual é suspensa, no que lhe for contrário (art. 24, §§ 3º e 4º, da CF). A competência suplementar de Estados e Municípios ocorre no âmbito da competência legislativa concorrente.

A competência legislativa concorrente está insculpida no art. 24 da Constituição Federal. Nela, é permitido que União, Estados e Distrito Federal legislem concorrentemente sobre determinados assuntos.

Fica destinada à União a edição de normas gerais, deixando os Estados e o Distrito Federal incumbidos de suplementarem a legislação federal, dentro de seus interesses regionais. Quando a União não edita normas gerais, os Estados possuem competência legislativa plena sempre em consonância com a Constituição Federal; mas, com a superveniência de lei federal sobre normas gerais, a eficácia da lei estadual é suspensa, no que lhe for contrário, conforme já mencionado.

Conforme de José Afonso da Silva¹³⁶, podemos classificar a competência de acordo com a forma: competência enumerada (também chamada de expressa), reservada (também chamada de remanescente) e residual e, por último, implícita (também chamada de resultante, inerente ou decorrente).

A Constituição Federal, em seu art. 24, determina a **competência concorrente** da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo (inciso V) e sobre responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII).

¹³⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 20.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 480.

Assim, cabe à União estabelecer normas gerais sobre a relação de consumo e a responsabilidade civil por danos ao consumidor, podendo o Estado legislar sobre assuntos específicos, de maneira complementar. Caso não haja lei editada pela União, de caráter geral, poderão os Estados exercer a competência legislativa plena, para que possam atender às necessidades próprias¹³⁷.

Muitos foram os casos em que os Estados regulamentaram as relações de consumo. Há, por exemplo, em São Paulo, Lei Estadual que obriga as redes de *fast food* a informar aos consumidores as tabelas nutricionais e calóricas das refeições (Lei nº 14.677/2011), reforçando um Termo de Ajustamento de Conduta firmado anteriormente entre a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o Ministério Público Federal e a Associação Nacional de Restaurantes e Associação Brasileira de Franchising.

Outro exemplo do Estado de São Paulo é a chamada Lei da Entrega (Lei nº 13.747/2009, posteriormente alterada pela Lei nº 14.951/2013), que obriga os fornecedores a fixar data e turno para a realização dos serviços ou entrega dos produtos, sem qualquer ônus aos consumidores.

Há, no entanto, algumas discussões a respeito do tema. Com a finalidade de respeitar a constitucionalidade formal da lei, sempre devemos analisar se a Lei Estadual respeita a Constituição Federal ou se há usurpação de competência.

Veja, por exemplo, a Lei nº 3.706/2006 do Distrito Federal. Referida lei dispunha sobre “a afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito”. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.668) declarou a inconstitucionalidade da lei, por entender que houve usurpação da competência privativa da União para fixar normas gerais relativas às relações de consumo.

Da mesma forma e fundamentos, também em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.731/MC), o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Resolução nº 12.000-001, do Secretário de Segurança do Estado do Piauí, que disciplinava o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos.

Por outro lado, foi declarada a constitucionalidade de lei do Estado do Espírito Santo, Lei nº 5.652, que trata da comercialização de produtos com embalagens recicláveis. Vejamos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 5.652 do Estado do Espírito Santo. Comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Gás liquefeito de petróleo engarrafado (GLP). Diretrizes relativas à requalificação dos botijões. [...] O texto normativo questionado contém diretrizes

¹³⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143.

relativamente ao consumo de produtos acondicionados em recipientes reutilizáveis – matéria em relação à qual o Estado-membro detém competência legislativa (art. 24, V, da CB). Quanto ao GLP, a lei impugnada determina que o titular da marca estampada em vasilhame, embalagem ou recipiente reutilizável não obstrua a livre circulação do continente (art. 1º, *caput*). Estabelece que a empresa que reutilizar o vasilhame efetue sua devida identificação através de marca, logotipo, caractere ou símbolo, de forma a esclarecer o consumidor (art. 2º). A compra de gás da distribuidora ou de seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. Dinamismo do mercado do abastecimento de gás liquefeito de petróleo. A lei hostilizada limita-se a promover a defesa do consumidor, dando concreção ao disposto no art. 170, V, da CB. O texto normativo estadual dispõe sobre matéria da competência concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (ADI 2.359, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-9-2006, Plenário, DJ 7-12-2006.) **No mesmo sentido:** ADI 2.818, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 9-5-2013, Plenário, DJe 1º-8-2013.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, externou entendimento, por meio da Súmula 19, de que “a fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União”.

Cabe notar, ainda, que o Município, na forma do art. 30 da Constituição Federal, tem competência para legislar em matéria de direito do consumidor quando houver interesse local.

É preciso esclarecer, também, que o Executivo, na forma do art. 84 da Constituição Federal, pode expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento do Código de Defesa do Consumidor. Podemos citar como exemplo desse poder normativo o Decreto nº 2.181/1997, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ademais, o Ministério da Justiça, em razão do disposto no art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal combinado com o art. 106 do Código de Defesa do Consumidor, regulamenta e complementa a lei consumerista por meio de portarias, sempre com vistas ao efetivo cumprimento da lei.

Assim, as portarias expedidas pelo Ministério da Justiça complementam o Código de Defesa do Consumidor, objetivando clareza e oferecendo direcionamento, como, por exemplo, a Portaria nº 618/2019, que regulamenta o *recall* de veículos.

3.2. Competência para legislar em relação à publicidade

Em relação à publicidade (ou propaganda comercial), a Constituição Federal, em seu art. 22, XXIX, traz a competência **exclusiva** da União para legislar. Sendo assim, em relação ao tema da publicidade, os **Estados** e **Municípios** não podem legislar regulando a publicidade.

De outra banda, o legislador constituinte também determinou a regulação, por meio de lei, da publicidade de bebidas alcoólicas, produtos fumígenos, medicamentos, terapias e

agrotóxicos (arts. 220 e 211). Em cumprimento ao comando constitucional, foi publicada a Lei nº 9.294/1996, que restringiu sobremaneira a publicidade dos produtos ora mencionados. Além da restrição calcada na proteção geral de saúde pública, o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal, proíbe, *grosso modo*, a publicidade abusiva e enganosa nos arts. 36 a 38.

Vale lembrar que a Lei nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e estabelece limites de atuação do Estado no domínio econômico, no seu art. 1º, § 2º, traz regra clara de interpretação em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Na mesma linha, o art. 4º da referida Lei assim dispõe:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I – criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II – redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III – exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV – redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V – aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI – criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII – introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII – restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX – exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei (grifo nosso).

O assunto será aprofundado na Parte 4 da pesquisa, mas, de plano, percebe-se que a Lei Federal pode estabelecer restrições a respeito da publicidade (como é o caso da publicidade dirigida à criança) e o órgão público competente poderá regulamentar a publicidade. Esclareça-se de plano que também nessa seara o órgão público regulamentador da publicidade deve seguir a orientação legal.

Nesse caso, veremos a seguir que a regulamentação pode ser feita pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, órgão responsável pela análise e aplicação de sanções administrativas relativas à publicidade.

Ressaltamos duas tentativas de regulamentação da publicidade voltada para crianças e adolescentes, uma no Estado de São Paulo e outra no Município de São Paulo. A primeira delas pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 2008, o Deputado Estadual Rui Falcão

(PT) apresentou projeto de lei que restringia a publicidade de bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gordura saturada ou sódio, voltada para crianças e adolescentes (doc. 06).

O projeto tramitou na casa legislativa até 2013, quando então foi aprovado e enviado para sanção do então Governador Geraldo Alckmin (PSDB), tendo sido vetado em razão da incompetência do Estado para regulamentar a propaganda comercial (doc. 07).

Em paralelo, correu o Projeto de Lei nº 99/2009 perante a Câmara Municipal de São Paulo (doc. 08), de autoria do Vereador Arselino Tatto (PT). Em resumo, o projeto proibia a venda de alimentos ou bebidas acompanhados de brinquedos. Enviado para sanção do então prefeito Fernando Haddad (PT), vetou o projeto (doc. 09) por entender ser de competência da União a matéria proposta. Destacamos aqui parte das razões do veto:

Da mesma maneira, os Projetos de Lei nº 193/2008 (proibição da publicidade destinada a estimular o consumo de alimentos não saudáveis pelo público infantil) e nº 1096/11 (vedação da comercialização de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos de qualquer tipo), aprovados pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, foram vetados pelo Governador sob o fundamento de que, por configurar, em última análise, meio de apresentação, divulgação (marketing) e promoção de produtos alimentícios destinados ao consumo humano, a prática comercial que se almeja coibir insere-se no campo da competência legislativa constitucionalmente atribuída em caráter privativo à União para disciplinar a propaganda comercial (Constituição Federal, artigo 22, inciso XXIX), à vista inclusive de precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (ADI 2.815-4 – Santa Catarina, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

É, portanto, privativa da União a tarefa de legislar sobre publicidade. O sentido da norma refere-se ao critério de competências definidas pela Constituição, especialmente pelo fato de que a publicidade de produtos e serviços dentro do território nacional abrange, em regra, produtos destinados a todos os cidadãos brasileiros, já que a sua comercialização pode se dar em todo o território nacional.

Nesse passo, vale mencionar recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a competência do Estado em legislar sobre publicidade infantil. O caso versou sobre lei baiana¹³⁸

¹³⁸ Eis o inteiro teor da Lei 13.582/2016:

“Regulamenta a publicidade infantil de alimentos no Estado da Bahia.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de atribuição prevista no art. 80, § 7º da Constituição do Estado da Bahia, combinando com o art. 41, XXII, da Resolução nº 1193/85 (Regimento Interno), faço saber que o Plenário da Assembleia aprovou e eu promulgo a seguinte Lei: Art. 1º Fica proibida no Estado da Bahia a publicidade, dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio.

§ 1º A vedação se estenderá no período compreendido entre 06 (seis) e 21 (vinte e uma) horas, no rádio e televisão, e em qualquer horário nas escolas públicas e privadas.

que proibia a publicidade **em ambiente escolar de produtos com alto teor de sódio, açúcar e gordura**. Neste caso, decidiu o STF pela constitucionalidade da norma, em especial pelo fato de que tal restrição apenas é aplicável ao ambiente escolar, não interferindo na competência da União para regular o tema.

DIREITO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DA INFÂNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.582/2016 POSTERIORMENTE MODIFICADA PELA LEI 14.045/2018 AMBAS DO ESTADO DA BAHIA. RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE INFANTIL DE PRODUTOS DE BAIXO VALOR NUTRICIONAL NAS ESCOLAS. AUSÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. FEDERALISMO COOPERATIVO. PROPORCIONALIDADE. RESTRIÇÃO MÓDICA NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Não há prejuízo da ação direta quando nova norma altera a que é impugnada mantém, em tese, o vício de inconstitucionalidade formal. 2. Como recomenda a Organização Mundial da Saúde, as escolas e os demais locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio, porque essas instituições agem como *in loco parentis*, ou seja, no lugar dos pais. 3. A Constituição não admite que a inação da União em regular a publicidade infantil nesses lugares possa ser invocada para impedir a adoção de medidas por parte de Estados para cumprirem as obrigações que decorrem diretamente dos instrumentos internacionais de proteção à saúde e à infância. Precedentes. 4. **Atende à proporcionalidade a restrição à liberdade de expressão comercial que visa a promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes e que implica restrição muito leve à veiculação de propaganda, porquanto limitada ao local para o qual é destinada, delimitada apenas a alguns produtos e a um público ainda mais reduzido.** 5. Ação direta julgada improcedente. (STF, ADI 5.631, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 25/03/2021, publicação 27/05/2021) (grifo nosso)

§ 2º Fica impedida a utilização de celebridades ou personagens infantis na comercialização, bem como a inclusão de brindes promocionais, brinquedos ou itens colecionáveis associados à compra do produto. Art. 2º A publicidade durante o horário permitido deverá vir seguida de advertência pública sobre os males causados pela obesidade.

Art. 3º Em caso de descumprimento das restrições apresentadas nos artigos antecedentes, o infrator estará sujeito às penas de:

I - multa;

II - suspensão da veiculação da publicidade;

III - imposição de contrapropaganda.

§ 1º O Estado providenciará, na forma do regulamento, a graduação da pena de multa de acordo com a gravidade.

§ 2º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício e informar as crianças sobre o mal ocasionado pelo consumo dos alimentos indicados no artigo 1º.

§ 3º A pena de multa, suspensão da veiculação da publicidade e imposição de contrapropaganda será aplicada pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurados o contraditório e ampla defesa.

§ 4º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Art. 4º Entende-se por publicidade qualquer forma de veiculação do produto ou marca, seja de forma ostensiva ou implícita em programas dirigidos ao público infantil.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Em voto vogal, o Min. Nunes Marques asseverou:

"Assim, considerando a alteração legislativa superveniente e as bem lançadas razões dos votos do Relator e dos que me sucederam, adiro ao posicionamento majoritário do Plenário desta Corte, para refluir do meu entendimento original — que era pela inconstitucionalidade formal da norma —, admitindo a validade do texto impugnado, desde que a sua eficácia fique **adstrita ao espaço físico do estabelecimento educacional estadual de ensino básico**.

É preciso deixar claro que a lei estadual, portanto, alcança especificamente **publicidades presenciais ou de restrito alcance territorial**, tais como os já referidos outdoors, circuitos internos de rádio e TV, panfletagens, cartazes, anúncios em megafones, prospectos e toda sorte de reclamos de reduzido alcance espacial.

Também quero deixar expresso que não se pode, com base em referida lei, impor às empresas que tomem qualquer medida para que seus sinais de rádio, de TV ou de internet não cheguem até as escolas. Eventuais medidas para deixar os prédios escolares livres de toda a publicidade advinda desses meios amplos de difusão devem ser tomadas pelo próprio Estado, com o uso de bloqueadores, se for o caso. Isso porque à União, e apenas a ela, cabe dispor sobre restrições aplicáveis à propaganda e à publicidade em meios de comunicação social".

O princípio geral que rege a distribuição de competências entre os entes que compõem o Estado federal é o princípio da predominância do interesse. À União devem ser atribuídas as competências que se refiram a interesses nacionais; aos Estados-membros, as competências devem ter pertinência com interesses regionais; aos Municípios, as referentes ao interesse local¹³⁹. De fato, a distribuição de competências entre os entes federados é de suma relevância para o federalismo, uma vez que essencial à configuração da autonomia de cada um.

De se imaginar, por exemplo, uma emissora de televisão que tem sua programação voltada para todo o território nacional, como adequar a publicidade para cada um dos Estados ou Municípios? Seria, de fato, impossível aos fornecedores fazer ajustes dessa natureza. Ademais, parece-nos que o interesse é nacional, visto que não parece haver diferenças entre os consumidores de Estados e Municípios. Em outras palavras: não há justificativa para diferenciar os consumidores de Estados, por não haver qualquer particularidade que fundamente tal desiderato.

5.3. Publicidade e comunicação social na Constituição Federal

O art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal dispõe que é livre a manifestação do pensamento e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu art. 220¹⁴⁰, proíbe a restrição à manifestação do pensamento, à liberdade de criação, expressão

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 454.

¹⁴⁰ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterà

e informação, bem como qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Esse dispositivo constitucional abrange, portanto, a **liberdade de expressão e pensamento**, a **liberdade de informação** e a **liberdade de comunicação social**.

Por esse motivo, analisando os artigos mencionados, entre outros, José Afonso da Silva define a liberdade de comunicação prevista na Constituição como um conjunto de direitos, de meios e de formas que viabilizam a promoção desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação¹⁴¹.

Vale lembrar que a comunicação social engloba, inclusive, a comunicação via internet. As consequências dessa intensa e célere transformação tecnológica não foram completamente abarcadas pelo direito, restando adequar o ordenamento jurídico atual ao fato, lembrando que o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados trouxeram alguma regulamentação específica para o setor.

São previstas na própria Constituição algumas intervenções estatais relativas à comunicação social. Com o objetivo de proteção da infância e da juventude, há reservas expressas nos §§ 3º e 4º, referentes às classificações indicativas.

De fato, a liberdade de comunicação social, garantida pelo art. 220, legitima a União a regular a publicidade das diversões e dos espetáculos públicos, devendo informar a natureza, as faixas etárias a que se recomendem, os locais e horários adequados. É, ainda, dever da União estabelecer meios para que os pais possam efetivamente exercer o poder familiar diante dos entretenimentos colocados à disposição no mercado de consumo.

Reza ainda o art. 222 da Carta Magna que a propriedade de empresa jornalística ou de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras.

Mais ainda, a titularidade para outorga, renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão é do Poder Executivo Federal, que pode explorá-lo diretamente ou por meio de delegação à iniciativa privada, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privados, tudo conforme o art. 223 da Constituição Federal.

dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de informação social, observado o art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios que garantam à pessoa da família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais nos termos do inciso II, do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243.

O art. 21, XVI, da Carta Magna reafirma a competência da União para exercer a classificação indicativa das diversões públicas e programas de rádio e televisão, o que é reforçado pelos arts. 74 e 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴².

No mesmo sentido, o ex-Ministro Celso de Mello, em julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 392/DF¹⁴³, muito bem asseverou:

A Constituição do Brasil, portanto, ao repudiar a solução autoritária da censura prévia, institucionalizou mecanismos de tutela destinados a tornar efetivos “o respeito aos valores éticos e sociais das pessoas e da família” (art. 221, IV), garantindo-lhes “a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão” eventualmente ofensivos daqueles padrões axiológicos (art. 220, § 3º, II). O ordenamento constitucional deixou, assim, positivada uma fórmula transacional, capaz de operar, num plano em que se projetam relações em situação de permanente tensão dialética – **de um lado, o Estado, pretendendo expandir o alcance de seu poder, e, de outro, o indivíduo, na permanente busca da liberdade** – a harmonia entre interesses e pretensões que, ordinariamente, se antagonizam. A solução preconizada pelo legislador constituinte, consistente no referido sistema classificatório por faixa de idade, não deve traduzir uma imposição coativa de critérios forjados pelo Estado, que paralise o processo de criação artística ou que inibam o exercício de sua livre expressão. A classificação indicativa representa, no plano das relações dialógicas entre o Poder Público e os *mass media*, um sistema de mera recomendação que tem, nos veículos de comunicação, o seu instrumento de realização. Desse sistema classificatório não podem derivar situações que, globalmente analisadas, tornem inacessíveis ao público os espetáculos públicos em geral. Se a liberdade de expressão do pensamento pode induzir, quando abusivamente exercida, a responsabilidade civil ou penal daquele que assim a pratica, não é menos certo que o Poder Público não dispõe de competência constitucional para estabelecer, exceto quando legalmente fixados, critérios de classificação temática e de seleção horária dos programas de rádio e/ou televisão. A imposição unilateral, por via administrativa, desses critérios, sobre tornar veemente os sinais de usurpação legislativa, descaracterizaria, por completo – é a consequência a que esse gesto parece conduzir – o livre exercício da manifestação do pensamento, além de representar uma inobservância explícita – por seus efeitos igualmente nocivos – da “fórmula proibitiva da censura” (grifo nosso).

Em relação à publicidade, o § 4º do art. 220 da Constituição Federal estabelece restrições expressas à publicidade de alguns produtos; vejamos:

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais nos termos do inciso II, do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A Lei nº 9.294/1996, conforme analisamos, regulamentou o dispositivo constitucional, restringindo fortemente a publicidade dos produtos nela mencionados. Tais restrições são

¹⁴² A venda e a locação de fitas de programação em vídeo também devem manter a informação quanto à classificação indicativa, por força do art. 77 do mesmo diploma legal.

¹⁴³ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REGULAMENTO – Possível extravasamento revelado quando da edição de regulamento resolve-se no campo da legalidade. Descabe, no caso, discuti-lo em demanda direta de inconstitucionalidade. A Portaria n. 773 do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstancia o regulamento de que cogita o artigo 74 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança), sendo impróprio o ajuizamento, contra ela, da citada demanda” (STF, ADI 392/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/6/1991).

fundamentadas na saúde pública dos cidadãos.

Por ora, de se concluir que a publicidade de produtos e serviços no mercado de consumo está relacionada ao direito de os fornecedores comunicarem a existência de produtos e serviços no mercado de consumo, e que as restrições relativas à publicidade estão vinculadas apenas ao tabaco, às bebidas alcoólicas, aos agrotóxicos, aos medicamentos e às terapias.

Por fim, é de se notar que a Constituição Federal não veta a publicidade de produtos voltados ao público infantil e não cria qualquer restrição específica para esse público, nem mesmo relativa aos casos de saúde pública, como os anúncios de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sódio.

6. A atuação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do Conanda na proteção da criança consumidora

Para a consolidação da proteção das vulnerabilidades do consumidor e para a efetivação da proteção integral da criança e do adolescente, foi criado um sistema de proteção, com a criação de órgãos com a função de fazer cumprir as regras do Código de Defesa do Consumidor, denominado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a formação de uma rede de proteção aos infantes, com participação da sociedade e do Estado, tudo com vistas a efetivar a proteção integral garantida na Constituição Federal.

Dito isso, importa agora diferenciar o papel de cada um desses órgãos na proteção da criança consumidora.

6.1. O Ministério da Justiça e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Na forma do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor, regulamentado pelo Decreto nº 2.181/1997, integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

A Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor é o órgão de coordenação da política nacional de defesa do consumidor, cabendo-lhe, entre outras funções, planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor. A Secretaria encontra-se na estrutura administrativa do Ministério da Justiça. Os Procons também fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e atuam no âmbito dos Estados e

Municípios¹⁴⁴. Vale notar, de plano, que o Ministério da Justiça, em razão do disposto no art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal combinado com o art. 106 do Código de Defesa do Consumidor, regulamenta e complementa a lei consumerista por meio de portarias, sempre com vistas ao efetivo cumprimento da lei.

Sendo assim, cabe ao Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, dar diretrizes de interpretação ao Código de Defesa do Consumidor pelas portarias, objetivando certa segurança jurídica aos envolvidos nas relações de consumo.

Por outro lado, o Ministério da Justiça terá papel essencial na proteção da criança consumidora de entretenimento, tendo em vista que, conforme o art. 73 do Estatuto da Criança e do Adolescente, será responsável pela classificação indicativa da programação infantil.

Outro sistema de vital importância para a proteção da criança consumidora é o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro), criado pela Lei nº 5.966/1973 e composto pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), que é o órgão normativo respectivo, pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro).

O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia regula, por exemplo, a certificação de brinquedos fabricados ou comercializados no Brasil e no Mercosul pela Portaria Inmetro nº 321/2009 e Portaria nº 108/2005¹⁴⁵, sempre com vistas à proteção da saúde e segurança dos infantes¹⁴⁶.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), por sua vez, é entidade privada sem fins lucrativos, que tem por finalidade a normalização, certificação de produtos, sistemas e rotulagem ambiental. A associação é também membro fundador da International Organization for Standardization (Organização Internacional de Normalização – ISO), da Comisión Panamericana de Normas Técnicas (Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas – Copant) e da Asociación Mercosur de Normalización (Associação Mercosul de Normalização – AMN). Desde a sua fundação, é também membro da International Electrotechnical Commission (Comissão Eletrotécnica Internacional – IEC).

¹⁴⁴ No âmbito estadual e municipal, o Decreto nº 2.181/1997, em seu art. 4º, estabeleceu que a tutela administrativa do consumidor será exercida pelos *Procons* e por outros órgãos públicos que, indiretamente, realizem atividades relacionadas aos direitos do consumidor, como, por exemplo, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde. Quanto às principais atividades dos Procons, temos as de *orientação, mediação, encaminhamento à fiscalização, fiscalização e estudos e pesquisas* (AZEVEDO, Fernando Costa. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 68, p. 38-90, out./dez. 2008, p. 70).

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/rtac/pdf/rtac000946.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

¹⁴⁶ No âmbito da União Europeia, a Diretiva 2009/48/CE do Parlamento Europeu trata da segurança dos brinquedos em toda a comunidade europeia.

A Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos, criada em 1985 com a finalidade de representar oficialmente a indústria de brinquedos no Brasil¹⁴⁷, oferece ao consumidor um selo, garantindo que o fabricante cumpre as normas de produção do brinquedo, especialmente no que diz respeito às normas de segurança. Essa certificação é feita pelo **Instituto Brasileiro de Qualificação e Certificação (IQB)**, que tem por meta promover um mercado mais qualitativo, permitindo ao setor a criação de medidas preventivas aplicadas com atenção redobrada na fabricação dos brinquedos.

Outra associação que trabalha para a promoção dos direitos da criança e do adolescente é o Instituto Alana. Conforme informações disponíveis no sítio, “o **Alana** trabalha para encontrar caminhos transformadores para as novas gerações, buscando um mundo sustentável e de excelentes relações humanas. Para tanto, estruturou-se em três frentes: o Instituto Alana, o Alanapar e a Alana Foundation”. Trata-se de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, que desenvolveu projetos para buscar a garantia de condições para vivência da plena infância, tendo por missão “honrar a criança”¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

4.2. O Conanda e a rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do art. 86, abre a denominada Parte Especial e, com o Título I, passa a tratar das políticas públicas voltadas para a efetivação das **políticas de atendimento**, que deverão ser efetivadas “através de um conjunto articulado de

¹⁴⁷ Conforme o Código de Ética e Conduta da Indústria de Brinquedos aprovada pela Abrinq, os fabricantes brasileiros se comprometem: “1 - Estamos firmemente comprometidos com a promoção de um ambiente lúdico e seguro para as crianças. 2 - Todos os fabricantes de brinquedos reconhecem e aderem às normas de segurança de fabricação e, adotarão providências imediatas, efetivas e apropriadas no caso de surgirem problemas de segurança com algum brinquedo, em qualquer parte do território nacional. 3 - Repudiamos a prática de falsificação de brinquedos, não somente por constituir prática comercial desleal, mas também por expor crianças a produtos que não cumprem com normas de segurança. 4 - Estamos comprometidos com o princípio de que todos os fabricantes de brinquedos devem observar boas normas e respeito à criança, em matéria de publicidade. 5 - Promover o livre e leal comércio de brinquedos. 6 - Procuramos incentivar o desenvolvimento de brinquedos para crianças com necessidades especiais. 7 - Apoiaremos com medidas efetivas a causa dos direitos das crianças brasileiras. 8 - Na defesa da livre e leal concorrência tudo faremos para sanar e intermediar conflitos e divergências entre membros do setor. 9 - Incentivamos, reconhecemos e apoiamos o licenciamento legal de brinquedos, tanto nacionais quanto estrangeiros. 10 - Repudiamos as cópias de brinquedos. 11 - **Repudiamos a prática de ações que afetem a imagem da classe ou do brinquedo como um todo.** 12 - Todos os brinquedos comercializados em território nacional devem ser certificados e ter impresso o selo de qualidade. 13 - A prática comercial desleal de ganhar mercado via sonegação fiscal não será aceita e, deve ser combatida. 14 - Apoiamos a criação de brinquedos que difundam a cultura nacional” (grifo nosso). Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12867324/codigo-de-etica-e-conduta-da-industria-de-brinquedos-a-abrinq->. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁴⁸ Disponível em: <http://alana.org.br/#sobre>. Acesso em 20 de junho de 2020:

¹⁴⁹ Certamente há outras tantas associações aqui não mencionadas com a mesma finalidade, entre as quais podemos citar a Associação das Empresas de Parques de Diversões no Brasil (Adibra). Disponível em: <http://www.adibra.com.br/index.html>. Acesso em 20 de junho de 2020:

ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (art. 86).

Na forma do art. 87 do Estatuto, as linhas de ação da política de atendimento são:

- I – políticas sociais básicas;
- II – serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;
- III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV – serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente;
- VI – políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;
- VII – campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

De fato, o art. 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a diretriz para a formulação de políticas públicas para atendimento de crianças e adolescentes, e os conselhos ali previstos têm por função a concretização dessa política. Nas palavras de Patrícia Silveira Tavares,

Compreende-se, hodiernamente, a política de atendimento, como o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infantojuvenil, permitindo, dessa forma, a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica¹⁵⁰.

Segundo a Resolução Conanda nº 113/2006, a política especializada de promoção da efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes desenvolve-se, estrategicamente, de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infraestrutura, institucionais, econômicas e sociais) e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes (art. 14, § 1º).

Para a efetivação das políticas públicas de atendimento traçadas pelo art. 86, a lei criou uma rede articulada de atendimento, descrita no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵¹. Trata-se, portanto, de um conjunto articulado de pessoas e instituições que atuam para efetivar os direitos garantidos por lei.

¹⁵⁰ TAVARES, Patrícia Silveira. In. MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386.

¹⁵¹ Conforme o art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são diretrizes da política de atendimento: “I – municipalização do atendimento; II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III – criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; IV –

Nessa toada, o art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente determinou, em seu inciso IV, a criação de conselhos estaduais e municipais e de um conselho nacional dos direitos da criança e do adolescente. Esses conselhos são formados com a finalidade de participação da sociedade na formulação de políticas públicas de atendimento¹⁵² aos infantes.

Importante notar que toda a política e rede de atendimento está destinada às hipóteses em que crianças e adolescentes estão em **situação de risco** e, por tal razão, precisa de uma política de atendimento com aplicação de medidas protetivas ou medidas socioeducativas.

A **situação de risco** fica configurada, nos termos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando os direitos da criança e do adolescente não estão sendo cumpridos em razão de ação ou omissão da família, do Estado e da sociedade ou em virtude da sua própria conduta. Sendo assim, para que haja a aplicação de medida protetiva ou socioeducativa, toda a rede de atendimento deve oferecer suporte e proteção aos infantes.

Em cumprimento ao comando normativo de criar os conselhos estaduais e municipais e um conselho nacional dos direitos da criança e do adolescente, a Lei nº 8.242/1991 regulamentou a criação, atuação e competência do Conanda.

Em sua formação, o conselho é integrado por representantes do Poder Executivo e por representantes de entidades não governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

A competência do Conanda é definida pelo art. 2º, da seguinte forma:

- elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente; V – integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; VI – integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; VII – mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade; VIII – especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil; IX – formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral; X – realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência”.

¹⁵² “Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.”

- zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
- dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos em lei;
- avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;
- acompanhar o reordenamento institucional propondo modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente;
- apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação deles;
- acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente.

Fica evidenciado, portanto, que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente é órgão de deliberação das políticas públicas de atendimento aos que estão em situação de risco, além de tratar das funções normativa, deliberativa, de avaliação e de fiscalização do Sinase (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo). Vale também ressaltar que a rede de proteção formada com a finalidade de aplicação integral do Estatuto da Criança e do Adolescente conta com a participação da Defensoria Pública, do Poder Judiciário e do Ministério Público, cada qual com funções bem definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ato jurídico apresenta-se em três planos distintos: existência, validade e eficácia. Podemos considerar a *existência* a dimensão do ser. Para que o ato jurídico possa existir, deve apresentar os seguintes elementos: manifestação de vontade, forma, objeto, tempo, lugar e agente.

Ao analisar a existência em relação à norma jurídica, podemos afirmar que a *existência* da norma dependerá de um agente, que é a pessoa ou o órgão estatal competente para a sua emissão, que emite uma manifestação de vontade, expressando o seu querer em determinado tempo e lugar.

Conforme o art. 67 da Constituição Federal, a *promulgação* constitui a certificação ou atestação da existência da norma legal. A *publicação* consiste na divulgação da lei, de modo

que todos passam a ter conhecimento do seu conteúdo.

Os arts. 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e as Leis Complementares nº 95/1998 e 107/2001 tratam do tema e afirmam que a existência da norma determina sua vigência.

A *validade* é a dimensão do valor: trata-se das exigências constitucionais ou legais que devem ser satisfeitas para que ele exista regularmente e possa cumprir sua finalidade. A *validade* da norma deve ser analisada de acordo com as suas qualidades, atributos ou adjetivos. A norma será nula se não apresentar os atributos determinados pela Constituição e pela Lei.

Assim, para que a norma seja válida, o agente que a emitiu deve ter competência na forma da lei. As normas de direito do consumidor podem ser emanadas pela União e pelo Estado, de forma concorrente, tudo conforme o comando do art. 24, V e VIII, da Constituição Federal. Cabe lembrar que o Município também poderá legislar sobre direito do consumidor de interesse local (art. 30, II, da CF). A manifestação de vontade do agente deverá observar também as regras constitucionais quanto ao quórum e a outros limites estabelecidos pela Constituição, especialmente as cláusulas pétreas.

O tempo, o lugar e a forma de emissão da norma jurídica também são elementos que devem ser analisados para afirmar a validade da norma jurídica. Assim, por exemplo, a Constituição determina, em seu art. 57, o local da reunião do Congresso Nacional (Capital Federal) e a data em que essa reunião deve ocorrer (2 de fevereiro até 22 de dezembro). O *objeto* diz respeito ao conteúdo do ato. O ato normativo deve estar em consonância com todo o conteúdo da Constituição Federal.

A *eficácia* analisa a produção de efeitos do ato jurídico (lei) no caso concreto. Os fatos de eficácia consubstanciam-se em contributos necessários para a ocorrência de determinado resultado. O fator não integra a estrutura do ato, tampouco é requisito ou pressuposto de sua ocorrência, mas concorre para que ele atinja o resultado a que se encontra preordenado¹⁵³. Podemos, assim, afirmar que perfeito e completo é o ato jurídico que, existindo no mundo jurídico, seja válido e plenamente eficaz.

A *vigência* expressa a qualidade da norma que, existindo, encontra-se apta a gerar todos os efeitos que lhe são próprios.

4.2.1. Da ilegalidade da resolução Conanda sobre publicidade

¹⁵³ GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 32.

Vimos, nos itens anteriores, que o Conanda, por meio da Resolução nº 163/2014, regulamentou a publicidade infantil, extrapolando suas competências. Em apertada síntese, é possível afirmar que há dois sistemas protetivos previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente: i) o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com a função de elaborar as políticas públicas afetas às relações de consumo; e ii) a rede de proteção a crianças e adolescentes, com a função de fazer cumprir as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além de o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor atuar diretamente nos produtos e serviços destinados ao consumo do público infantil, a rede de proteção criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente também deve atuar para a efetivação do ordenamento jurídico.

Evidentemente, as funções dos Conselhos, em especial do Conanda, são diferentes das funções estabelecidas pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo certo que ambos somente poderão atuar conforme as estritas funções definidas em lei.

Não caberá, por exemplo, ao Conanda, estabelecer classificação indicativa aos filmes e programas televisivos, tendo em vista que a sua função é, estritamente, de formulação de políticas públicas de atendimento às crianças em situação de risco.

Ademais, os Conselhos não têm personalidade jurídica, mas possuem independência financeira e autonomia em relação ao Executivo, e distinguem-se das demais formas de participação popular por terem a função específica de formular políticas públicas de atendimento ao menor.

Vale lembrar também que cabe ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a aplicação de sanções administrativas em razão da colocação de produtos e serviços colocados no mercado de consumo em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, cabe tão somente ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a análise e aplicação de sanções administrativas relativas à publicidade infantil, que jamais será apreciada pelo Conanda, demonstrando o equívoco da regulação.

PARTE 3

Diagnóstico dos contornos jurídicos e institucionais nos principais fóruns internacionais (notadamente UNCTAD e OCDE) e nos Estados Unidos, no Reino Unido e na União Europeia

O objetivo desta parte do trabalho é fazer uma análise da legislação relativa ao tema da publicidade voltada para o público infantil na União Europeia, em especial com a análise das Diretivas Europeias sobre o tema.

Aprofundaremos o estudo da publicidade infantil no Reino Unido, visto que, para a doutrina brasileira, a regulação é vista como um modelo a ser seguido. Na sequência, traremos a regulação da publicidade nos Estados Unidos da América.

Importante observar que não se trata de um trabalho de direito comparado, já que a ideia é apenas mostrar como cada um desses países e a comunidade europeia regulam o tema do ponto de vista legislativo, sem adentrar na análise doutrinária ou jurisprudencial.

Outro esclarecimento: toda pesquisa foi extraída diretamente dos sítios dos órgãos regulatórios e com tradução livre da pesquisadora. Utilizamos apenas fonte bibliográfica em situações que entendemos ser menos relevantes para a pesquisa (ou mesmo sem grandes novidades em relação às regras estabelecidas pelas Diretivas Europeias).

1. União Europeia e a regulação das práticas publicitárias

As diretivas da União Europeia tratam da publicidade de forma dispersa e em diferentes documentos, não havendo uma diretiva específica sobre publicidade dirigida à criança. No entanto, em diversos documentos, há regulação sobre a publicidade e comunicação social, conforme demonstrado a seguir:

- Diretiva 89/552/CEE (de 3 de outubro de 1989), relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros referentes ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva;
- Diretiva 97/36/CEE (de 30 de junho de 1997) altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros referentes ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva;
- Diretiva 2005/29/CEE (de 11 de maio de 2005), relativa às práticas comerciais desleais das empresas em face dos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva

84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CEE, 98/27/CEE e 2002/65/CE e o Regulamento (CEE) nº 2006/2004 (diretiva relativa às práticas comerciais desleais);

- Diretiva 2006/114/CEE (de 12 de dezembro de 2006), relativa à publicidade enganosa e comparativa;
- Diretiva 2007/65/CEE (de 11 de dezembro de 2007) altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros.

A **Diretiva 89/552/CEE**, alterada pela **Diretiva 97/36/CEE** e pela **Diretiva 2007/65/CEE**, expressa, *grosso modo*, a preocupação com a liberdade de emissões televisivas e, ao mesmo tempo, demonstra forte preocupação em regulamentar as classificações indicativas e publicidade em toda a comunidade europeia. De certo modo, corresponde ao regulamento brasileiro sobre classificação indicativa e veiculação de programação televisiva (Portaria MJ 1.189/2018).

A Diretiva conceitua publicidade televisiva como

qualquer forma de mensagem televisiva a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar por uma empresa pública ou privada no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou de profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento, a troco de pagamento, de bens ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

Proíbe a publicidade clandestina¹⁵⁴, a publicidade de cigarros e de outros produtos à base de tabaco e a publicidade de medicamentos e terapias.

Em relação às bebidas alcoólicas, a publicidade deve respeitar os seguintes critérios:

a) Não pode dirigir-se especificamente aos menores e, em particular, apresentar menores a consumir tais bebidas; b) Não deve associar o consumo de álcool a uma melhoria do rendimento físico ou à condução de veículos automóveis; c) Não deve criar a impressão de que o consumo de álcool favorece o sucesso social ou sexual; d) Não deve sugerir que as bebidas alcoólicas são dotadas de propriedades terapêuticas ou têm efeito estimulante, sedativo ou anticonflitual; e) Não deve encorajar o consumo imoderado de bebidas alcoólicas ou dar uma imagem negativa da abstinência ou da sobriedade; f) Não deve sublinhar como qualidade positiva de uma bebida o seu elevado teor de álcool”.

Em atenção específica às crianças e aos adolescentes, o art. 16 da Diretiva dispõe que a mensagem publicitária não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a proteção desses mesmos menores:

- i) Não deve incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, para a compra de um determinado produto ou serviço;
- ii) Não deve incitar diretamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão;

¹⁵⁴ Conforme a Diretiva 89/552/CEE, publicidade clandestina é definida como a “apresentação oral ou visual de produtos, de serviços do nome, da marca ou de atividades de um fabricante de mercadorias ou de um prestatário 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 internacional sempre que for feita a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar”.

- iii) Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas;
- iv) Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.

Por outro lado, o art. 22 é expresso em ajustar as classificações indicativas de modo a “assegurar que as emissões dos organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição não incluam programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita”. Regula, ainda, o horário de exibição da programação televisiva e de radiodifusão.

A **Diretiva 2005/29/CEE**, alteradora da **Diretiva 89/522/CEE**, regulou, entre outros assuntos, as práticas comerciais desleais em face dos consumidores. Expressamente, o art. 5º considera práticas comerciais desleais aquelas contrárias às exigências relativas às diligências profissionais ou que distorcem ou são suscetíveis de distorcer o comportamento económico 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 influenciar o comportamento de grupos particulares, em razão de doença mental ou física, idade ou credulidade, devendo os profissionais efetuarem avaliação e previsão dos seus comportamentos do ponto de vista dos membros médios desse grupo.

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

Já 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 proíbe a publicidade ou as práticas comerciais dirigidas ao público infantil. Lúcia Ancona Lopes, 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 enganabilidade 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 classe 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 desleais*, 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 publicidade¹⁵⁵.

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

A **Diretiva 2006/114/CE**, por sua vez, trata da publicidade enganosa e comparativa e preocupa-se, de maneira mais clara, com as questões relacionadas à concorrência entre os fornecedores e a forma pela qual os consumidores recebem as informações em anúncios. Define publicidade enganosa como a publicidade que, de diversas formas, **induz ou pode induzir a erro as pessoas a quem se dirige**, ou ainda que afeta o comportamento econômico diante do anúncio, em virtude do caráter enganoso, que pode prejudicar o concorrente.

A publicidade comparativa é definida como a publicidade 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 observado para que a publicidade não seja considerada enganosa, o que leva à compreensão de que os anúncios precisam observar a linguagem correta a se utilizar com o consumidor que desejam atingir. Nesse ponto, vale notar que não há proibição de publicidade comparativa de produtos destinados às crianças, que não é considerada enganosa *per se*, mas, a depender da forma e linguagem pela qual é veiculada, pode sim ser considerada enganosa.

Por fim, a **Diretiva 2007/65/CE**, que alterou a já mencionada Diretiva 89/552/CEE, insere, no item 37 das considerações preliminares, a necessidade de educar os consumidores para mídia, visando “as competências, os conhecimentos e a compreensão que permitem aos consumidores utilizarem os meios de comunicação social de forma eficaz e segura”. Nesse sentido, complementa afirmando que

¹⁵⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 26.

as pessoas educadas para a mídia são capazes de fazer escolhas informadas, compreender a natureza dos conteúdos e serviços e tirar partido de toda a gama de oportunidades oferecidas pelas novas tecnologias das comunicações. Estão mais aptas a protegerem-se e a protegerem as suas famílias contra material nocivo ou atentatório. A educação para a mídia deverá por conseguinte ser fomentada em todos os sectores da sociedade e os seus progressos deverão ser acompanhados de perto.

Já no item 44, demonstra preocupação com os conteúdos inadequados a crianças e adolescentes, determinando, no item 45, aos Estados-membros manter

o cuidado de estabelecer um equilíbrio entre as medidas tomadas para proteger o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana e o direito fundamental à liberdade de expressão consagrada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tais medidas, que poderão consistir no uso de números de identificação pessoal (códigos PIN), em sistemas de filtragem ou na identificação, deverão, pois, ter por objectivo garantir um nível adequado de protecção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e da dignidade humana, especialmente no que respeita aos serviços de comunicação social audiovisual a pedido.

A Recomendação relativa à protecção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta já reconhece a importância dos sistemas de filtragem e identificação e inclui uma série de medidas possíveis em prol dos menores, como a disponibilização sistemática junto dos utilizadores de um sistema de filtragem eficiente, susceptível de actualização e de fácil utilização quando da assinatura de um serviço fornecedor de acesso, ou a protecção do acesso a serviços especificamente destinados a crianças com sistemas de filtragem automática.

Já no item 46, determina-se aos fornecedores de serviços de comunicação social orientação quanto à proibição de difusão de pornografia infantil, e o item 47 dispõe que nenhuma das disposições introduzidas na Diretiva respeitantes à protecção dos menores “exige necessariamente que as medidas tomadas para proteger esses interesses devam ser aplicadas através do controlo prévio dos serviços de comunicação social audiovisual por entidades públicas”.

Verifica-se, portanto, que a Comunidade Europeia traz importantes nortes para a protecção da criança em relação aos aspectos da publicidade e das práticas comerciais abusivas.

Importante notar, no entanto, que cada país integrante da comunidade pode definir suas próprias regras relativas ao tema, e, de fato, cada um traz o seu sistema próprio de regulação. Faremos aqui breves notas sobre os sistemas alemão e francês, os quais buscamos diretamente na fonte. Antes, porém, faremos uso de pesquisa feita por Lúcia Souza d’Aquino referindo-se aos países da União Europeia¹⁵⁶.

Segundo a autora, na **Áustria**, a regulação é tratada em leis esparsas. A Lei Federal que regula a radiodifusão também regula a publicidade infantil em seu § 5º, que determina que “os anúncios não podem causar danos às crianças, incentivá-las a comprar ou utilizar-se de sua

¹⁵⁶ D’AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen juris 2017. p. 110.

credulidade ou confiança em pais, professores ou figuras que gozem de confiança dos jovens, sendo também proibida a incitação às crianças que peçam aos responsáveis que adquiram produto ou serviço”¹⁵⁷. Também fica proibida, segundo a autora, a inserção publicitária em programação infantil.

Ainda segundo Aquino, na **Bélgica**¹⁵⁸, há diferentes regulações para partes diferentes do país. Na região de Bruxelas, há a determinação de que a publicidade de bebidas alcoólicas não pode dirigir-se diretamente aos menores, nem os apresentar consumindo o produto. Além disso, nenhum anúncio pode causar dano moral ou físico a crianças e a publicidade não pode encorajar os infantes a adquiri-los por meio da exploração de sua inexperiência e credulidade. Também não pode o anunciante incitar crianças a persuadir seus pais a adquirirem determinado produto ou serviço nem explorar a confiança de crianças e adolescentes em seus pais, professores ou outras pessoas de confiança, ou, ainda, retratá-los em situação de perigo.

De outra banda, a venda fora do estabelecimento comercial deve seguir as mesmas regras mencionadas e não pode encorajar menores a realizarem contratos de compra e aluguel sem a supervisão de adulto. Além disso, na região francesa do país, a publicidade não pode ameaçar a saúde física, mental ou o desenvolvimento moral dos menores.

Na **Dinamarca**, a publicidade infantil é regulamentada pelo Danish Marketing Practices Act¹⁵⁹, que determina a obrigação de a publicidade dirigida ao público infantil ser elaborada com respeito à credulidade e à falta de experiência da criança, em razão de serem facilmente influenciáveis.

Dessa forma, a publicidade dirigida aos menores de 18 (dezoito) anos não deve, direta ou indiretamente, incitar a violência, o comportamento perigoso ou inconsequente, ou fazer uso injustificado de violência, medo ou superstição. A publicidade de bebidas alcoólicas, ou produto intoxicante, também não pode ser dirigida aos menores de 18 (dezoito) anos¹⁶⁰.

¹⁵⁷ D’AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen juris 2017. p. 110.

¹⁵⁸ D’AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen juris 2017. p. 111.

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.consumerombudsman.dk/marketing-practices-act/>. Acesso em 19 de abril de 2021:

¹⁶⁰ D’AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen juris 2017. p. 110-111.

Há também regulação da publicidade infantil na **Espanha**¹⁶¹, em **Portugal**¹⁶², na **Itália** e na **Holanda**, que regulam o tema de forma parecida. No entanto, é importante observar que a **Noruega** e a **Suécia** proíbem a publicidade dirigida ao público infantil.

1.1. A Alemanha e a regulação das práticas publicitárias

Na **Alemanha**¹⁶³, a publicidade é regulamentada pelo *Jugendschutzgesetz und JugendmedienschutzStaatsvertrag der Länder* (Proteção ao menor na mídia). Referido tratado foi alterado em 2009, na Seção I, art. 6. Para os fins da lei, considera-se criança (*kinder*) a pessoa até 14 (catorze) anos e adolescente (*jugendliche*) a pessoa entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos de idade.

A Seção I trata da proteção de menores nas propagandas (publicidade) e na televenda (*Jugendschutz in der Werbung und im Teleshopping*). São proibições expressas para a publicidade dirigida à criança ou ao adolescente que possam:

¹⁶¹ “Artículo 3. Publicidad ilícita. Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. b) **La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.** c) La publicidad subliminal. d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal” (grifo nosso) (Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>. Acesso em: 18 jun. 2020).

¹⁶² “Artigo 13.º Saúde e segurança do consumidor 1 - É proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria. 2 - A publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica. 3 - O disposto nos números anteriores deve ser particularmente acautelado no caso da publicidade especialmente dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes.” “Artigo 14. Menores 1 - A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstando-se, nomeadamente, de: a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores. 2 - Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado” (Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis&. Acesso em: 18 jun. 2020).

¹⁶³ O trecho correspondente ao alemão foi traduzido pelo assistente Guilherme Carvalho Andrade Da Silva.

- prejudicá-las física ou mentalmente (moralmente);
- fazer apelo direto para compra ou aluguel de produto ou prestação de serviços a menores, tirar proveito dos menores em razão da sua inexperiência ou ingenuidade;
- incitar crianças e adolescentes a solicitar/pedir de imediato aos pais ou terceiro a compra de produtos ou a prestação de serviços anunciados;
- tirar proveito da confiança especial que as crianças ou adolescentes têm em relação a seus pais, professores e outras pessoas de seu ciclo social próximo e íntimo;
- mostrar o menor em situações perigosas à sua integridade física ou mental, sem justa motivação;
- prejudicar o desenvolvimento das crianças ou adolescentes relativo à sua autodeterminação e capacidade de viver em sociedade. Nesse sentido, a publicidade somente será transmitida em programação apartada de conteúdo dirigido a crianças e adolescentes;
- publicidade que, orientadas às crianças ou adolescentes ou que envolverem crianças ou adolescentes como atores, não podem prejudicar o interesse das crianças ou adolescentes ou tirar proveito da sua inexperiência;
- a divulgação de produtos ou serviços que envolvam bebidas alcoólicas.

As proibições aqui estampadas valem para televentas e patrocínio correspondente. Ademais, a televenta não pode ser feita para crianças ou adolescentes, seja para a compra, aluguel de produtos ou prestação de serviços.

1.2. A França e a regulação das práticas publicitárias

O sistema francês de regulação publicitária conta com regulamentação legislativa e uma estrutura de autorregulação pelo órgão denominado Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP), que pode ser traduzido como “Autoridade de Regulação Profissional da Publicidade”.

A ARPP é órgão autorregulatório da publicidade na França, responsável pela criação das regras de ética a serem aplicadas nesse âmbito, bem como pelo controle de efetivação de tais preceitos às publicidades. Tem como missão uma publicidade responsável, real, saudável e respeitosa, conciliando a liberdade de expressão dos fornecedores com o respeito aos consumidores franceses.

É órgão autorregulatório, portanto independente de atuação do poder público, não recebendo doação nem subvenção para o seu funcionamento, sendo os profissionais envolvidos na área os únicos a financiar sua atividade. Sua administração é feita por agências, mídias e outros profissionais publicitários, com grande participação do meio, uma vez que, na França, 75% (setenta e cinco por cento) dos 100 (cem) principais anunciantes aderem às regras do órgão.

Desde 2008, o órgão conta com 3 (três) instâncias que possuem papéis diferentes na regulação publicitária:

- Conseil de l'Éthique Publicitaire (CEP), criado em 2005;
- Conseil Paritaire de la Publicité (CPP);
- Jury de Déontologie Publicitaire (JDP).

O código de regras éticas usado pelo órgão, chamado de *Le Code de L'ARP*, foi atualizado em 2016, consolidando as melhores práticas de publicidade e comunicação comercial, com temáticas diferentes. Foi elaborado e consolidado em consonância com o código da International Chamber of Commerce (ICC)¹⁶⁴, reforçando os princípios e pilares da autorregulação construídos no dispositivo internacional. Nesse sentido, a ARPP acompanha os profissionais na elaboração das recomendações contidas no Código, zelando pelo respeito da sua aplicação antes e depois da difusão das propagandas.

Ademais, todas as publicidades podem ser avaliadas pelo órgão antes de sua difusão. Dessa forma, é possível e comum que a classe procure o órgão para consulta antes da apresentação aos consumidores franceses, a fim de ter certeza de sua aceitação em sociedade.

O controle pós-difusão pode ser feito pelo próprio órgão, agindo de ofício, ou ainda ao receber denúncia, de pessoa física ou jurídica, analisada pelo JDP, instância responsável por analisar as denúncias.

1.2.1. Órgãos associados: instâncias da ARPP e suas atribuições

Conforme dissemos, a ARPP conta com 3 (três) instâncias de apoio e atribuições distintas, com a finalidade de tornar estruturado o trabalho feito pelo órgão. Seu papel é de apoio e organização de tais instâncias, que trabalham juntas em prol dos mesmos objetivos da ARPP.

¹⁶⁴ A Câmara Internacional do Comércio reúne 42 países pelo mundo. Os princípios e regras estabelecidos em seu código têm aplicação global e foram desenvolvidos por profissionais especialistas em diversos setores da indústria mundial, funcionando de pilar para vários órgãos autorreguladores do mundo.

- Conseil de l'Éthique Publicitaire (CEP): órgão responsável pela análise da publicidade. Esclarece a evolução dos valores e do conceito de vulnerabilidade dos consumidores na sociedade, levando a diferentes percepções de regras éticas no âmbito da publicidade. Estruturado como suporte de autorregulação, atento às mudanças da vida em sociedade, o órgão alerta a ARPP sobre questões de ética e responsabilidade que podem alterar as regras de publicidade em sua elaboração e difusão, levando em consideração sua aceitabilidade perante a sociedade. Seus membros debatem sobre os diversos desafios da atualidade e do futuro da publicidade, levando em conta a liberdade necessária ao trabalho da classe, observando os limites éticos e as regras dos órgãos regulatórios. Tem, portanto, papel de reflexão e crítica sobre a ética publicitária, publicando pareceres disponíveis em seu *site*. O CEP representa instrumento de inovação institucional sem precedentes na autorregulação da publicidade, em relação aos demais órgãos europeus.
- Conseil Paritaire de la Publicité (CPP): conhecido como órgão de consulta. É responsável pelo diálogo e trabalho comum entre as associações consumerista, ambiental e de causas sociais com os profissionais responsáveis pela publicidade (agências e mídias divulgadoras). Presidido por um membro de uma das associações, está ligado à ARPP, que lhe assiste em suas reuniões, oferecendo auxílio jurídico e técnico, sem, contudo, prejudicar sua autonomia. Seus objetivos incluem a publicação de orientações de regras éticas, que acontece por meio da colaboração de todos os membros do CPP, seguida de audiência com os interessados envolvidos e difusão do conteúdo publicado no *site*, contendo inclusive os assuntos divergentes, conferindo transparência ao trabalho do órgão. Pode ainda levar ao conselho de administração da ARPP as propostas que julga úteis para regulamentação da profissão envolvendo publicidade. Seu papel de controle sobre as tendências observadas na publicidade, com casos trazidos pelos membros do CPP, permite reflexão sobre suas potenciais implicações nas regras éticas na publicidade e no direito do consumidor.
- Jury de Déontologie Publicitaire (JDP): conhecido como órgão de controle. Tem por objetivo trazer posicionamentos em relação às denúncias emitidas sobre a publicidade francesa. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode apresentar denúncia de forma gratuita ao órgão, devendo esta ser ligada ao conteúdo da publicidade, seja pelas suas imagens, mensagens, sons ou ambiente. Nesse sentido, importante destacar que o órgão se pronuncia apenas e tão somente quanto ao conteúdo da publicidade, e não quanto o produto. Além disso, não fiscaliza o respeito às regras contidas no ordenamento jurídico francês relacionadas ao tema, já que tal atribuição é dada aos tribunais e administração.

Destaca-se que as denúncias são examinadas pelo Presidente e Vice-Presidente, que decidem seu encaminhamento, e apenas aquelas denúncias que apresentam divergência quanto aos seus requisitos são submetidas aos demais membros em sessão plenária. A ARPP assessora o JDP durante todo o processo de gestão das denúncias do público apresentadas.

1.2.2. O Código de Recomendações ICC em relação à publicidade infantil

O código ICC (Code de la Chambre de Commerce Internationale) prevê regras específicas em relação à publicidade de produtos destinados às crianças (consumidores de até 12 [doze] anos) e aos adolescentes (consumidores dos 13 [treze] aos 17 [dezesete] anos)¹⁶⁵. Muitas delas são similares aos princípios observados em nosso Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Vejamos a seguir alguns exemplos das principais diretrizes oferecidas pelo dispositivo.

O ICC prevê **proibição de comunicação comercial que explore a inexperiência e credulidade da criança**, além **da proibição do uso de linguagem ou imagem que possa vir a causar nos adolescentes e nas crianças dano de ordem mental, moral ou física**. Proíbe, ainda, a **violência**, determinando que a publicidade não poderá incitá-la ou banalizá-la, expondo a criança a riscos e comportamentos degradantes.

Além disso, a **publicidade deve ser facilmente distinguida como tal**, deixando claro o caráter publicitário da mensagem transmitida à criança, sem expor qualquer tipo de ação criminosa ou que contrarie os princípios éticos e morais da sociedade, incitando o infante a cometê-la. É preciso também que sejam respeitados a autoridade e o julgamento dos pais e educadores, não havendo choque com sua soberania.

O caráter enganoso de uma publicidade é conferido de acordo com o público a quem é dirigida. Dessa forma, deverá sempre considerar a maturidade e experiência do público infantojuvenil, o que leva ao entendimento de que a linguagem deve ser clara e simples, sem incorrer em interpretações dúbias. Não poderá induzir a criança a erro, apresentando todas as características do produto ou serviço ofertado, em relação a suas dimensões, valores, natureza e duração de vida, além dos resultados esperados de seu uso, alertando, inclusive, para a necessidade de outros produtos para sua funcionabilidade (como necessidade do uso de pilhas, por exemplo).

¹⁶⁵ Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/enfant/>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

Não poderá ainda fazer uso de termos como *apenas* para referir-se ao preço do produto, nem levar a criança a persuadir seus pais a comprar o produto oferecido.

A publicidade 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.

Prevê, por fim, a vinculação de classificação indicativa de idade em todas as publicidades que envolvam jogos de *videogame*, avisando quanto às suas restrições e ao seu conteúdo impróprio.

Nesse contexto, essas regras se aplicam a toda publicidade difundida na França, das diversas formas que pode ser vinculada, quando estiver ao alcance ou se dirigir à criança e ao adolescente, levando-se em consideração as regras morais e éticas concebidas pela sociedade quando ela for vinculada à mídia francesa.

1.2.3. Decreto nº 92-280, de 27 de março de 1992

O Decreto nº 92-280 traz regulamentação quanto à publicidade infantil em seus arts. 7, 15 e 26. Entre as regras previstas, o art. 7 proíbe a publicidade de incitar o menor à compra de produto ou serviço, explorando sua inexperiência e credulidade, e de estimulá-lo a persuadir seus pais ou tutores a comprar seus produtos ou serviços oferecidos, explorar ou alterar a confiança dos menores em relação a seus pais, tutores ou educadores e, por fim, apresentá-los, sem motivo aparente, em situação perigosa.

O art. 15 alerta para a necessidade de se observar os valores, mantendo a integridade das publicidades que são inseridas dentro dos programas de televisão, respeitando a natureza e o público do programa. Nesse sentido, determina o inciso I que deve haver um intervalo de no mínimo 20 (vinte) minutos da última interrupção antes de haver qualquer outro tipo de publicidade.

O inciso III proíbe, ainda, a interrupção de programas infantis, cuja transmissão é menor do que 30 (trinta) minutos, para difusão de mensagem publicitária. Caso tenha mais que 30 (trinta) minutos de duração, aplica-se a regra do inciso II acima mencionada.

Por fim, o art. 26 dispõe que os programas de telecompras não poderão se dirigir aos menores de 16 (dezesesseis) anos.

1.2.4. Lei nº 2016-1771, de 20 de dezembro de 2016

A Lei nº 2016-1771 regula a supressão da publicidade durante os programas destinados ao público infantojuvenil na televisão aberta francesa. Trata-se de lei alteradora da Lei nº 86-1067, de 30 de setembro de 1986, relacionada à liberdade de comunicação, acrescentando dois artigos à proteção ao público infantojuvenil.

O artigo primeiro da Lei nº 2016-1771 insere no art. 14 da Lei de Liberdade de Comunicação a previsão de que o Conselho Superior sobre a mídia audiovisual (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel) deve endereçar, todos os anos ao Parlamento Francês, um relatório (reporte) de análise das ações prestadas pelos serviços de comunicação.

O cumprimento das regras estabelecidas pelos órgãos autorregulatórios do setor também será analisado, com vistas a entender se tais diretrizes estão trazendo resultados positivos na melhoria da publicidade responsável.

Por fim, o artigo segundo da Lei nº 2016-1771 inseriu o inciso VI no artigo da Lei de Liberdade de Comunicação, que proíbe vinculação de mensagens publicitárias que não aquelas genéricas sobre saúde, desenvolvimento das crianças e campanhas de interesse nacional, nos programas nacionais de televisão e rádio.

De acordo com o artigo, tal proibição é válida tanto durante a transmissão do programa quanto 15 (quinze) minutos antes e depois dela, aplicando-se, inclusive, nos *websites* desses mesmos serviços de televisão nacional, que vinculam ao seu conteúdo programas prioritariamente destinados a crianças de menos de 12 (doze) anos.

2. O Reino Unido e a regulação das práticas publicitárias

No Reino Unido, o governo atua junto com o órgão de autorregulação da publicidade, em um esforço conjunto a fim de se alcançar regras sólidas de publicidade no território. A autorregulação é incentivada pelo país, de tal forma que “é praticamente impossível a separação dos papéis entre as entidades governamentais e não governamentais, na medida em que a parceria corregulatória opera de forma simultânea”¹⁶⁶.

O Ofcom é o órgão governamental que regula a publicidade, existindo ainda a Advertising Standards Authority (ASA), o Committees of Advertising Practice (CAP) e o

¹⁶⁶ HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet. **Autorregulação da publicidade infantil no Brasil e no mundo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017. p. 171.

Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP), organizações não governamentais que atuam junto a este na instituição e aplicação das regras sobre publicidade¹⁶⁷.

2.1. Ofcom: o órgão regulador do Estado

O Ofcom¹⁶⁸ é o órgão do governo responsável pela regulação dos serviços de comunicação como telefonia celular, banda larga, TV e rádio. É fiscalizado também o cumprimento do serviço postal universal e de *wi-fi*. Cuida, dessa forma, de maneira independente e por meio de taxas recebidas pelas empresas reguladas, do cumprimento de regras em relação a esses serviços, protegendo consumidores de fraude e más condutas, principalmente aqueles vulneráveis.

Órgão vinculado ao Parlamento, oferece informações e recomendações todos os dias em seu *site* e *call center*, registrando reclamações de pessoas jurídicas e físicas. Além disso, faz pesquisa ao redor de todo o Reino Unido, certificando-se de que o conteúdo publicitário fornecido aos seus consumidores está agradando a sociedade e de que os programas de rádio e TV refletem a audiência que recebem.

O Ofcom objetiva o uso dos serviços de comunicação e companhias de rádio e TV de qualidade, com audiência diversificada, transmitidas de forma segura e não ofensiva, protegendo os consumidores de tratamento injusto e desrespeitoso, bem como resguardando a sua privacidade.

Nessa toada, vale destacar que o órgão não resolve disputas individuais entre os consumidores e os servidores, devendo estes recorrer ao judiciário ou a alternativas de resolução consensual de disputa. Não cabem também denúncias contra serviço de telefonia de “taxa

¹⁶⁷ A título exemplificativo dos esforços em conjunto: “[...] Em novembro de 2006, considerando a publicação de um extenso relatório de pesquisa em 2004, o Ofcom decidiu que era necessária a regulação legal de produtos ultraprocessados com teor de sódio, gordura e açúcar durante a programação voltada para crianças. Posteriormente, o Ofcom celebrou parceria com as organizações não governamentais CAP (Comitê de Práticas de Publicidade) e ASA (Autoridade em Padrões de Publicidade) para implementar regulações de publicidade que pudessem ser facilmente absorvidas e cumpridas pela indústria”. Informações obtidas em <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/what-is-ofcom>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁶⁸ Informações obtidas em <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/what-is-ofcom>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

premium”¹⁶⁹, serviços de elaboração de padrão de publicidade em TV, rádio e internet¹⁷⁰, entre outros, que são serviços regulados por órgãos próprios.

2.2. A autorregulação no Reino Unido – Advertising Standards Authority (ASA), Committees of Advertising Practice (CAP) e Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP)

Como vimos, a atuação de regulação da publicidade no Reino Unido funciona de forma conjunta, de tal forma que ambos, governo e iniciativa privada, reúnem-se com a finalidade de dispor e fiscalizar sobre as regras de publicidade no território¹⁷¹. Nesse sentido, existem dois órgãos autorregulatórios, ASA e CAP, que desempenhem papel de correção com o governo do Reino Unido, além do Ofcom, que fiscaliza corriqueiramente as publicidades no rádio e na TV vinculadas na mídia, por força de contrato que firmaram com o governo.

A **ASA** e o **CAP** são independentes e criados pelas agências de publicidade. Dessa forma, são regulamentados, geridos e financiados pelas empresas do ramo, sendo dirigidos por senso corporativo de responsabilidade social em relação aos consumidores¹⁷².

Dessa forma, existe cooperação com os profissionais do setor de marketing, a fim de se evitar que mensagens ofensivas e desleais sejam propagadas, levando à desconfiança do consumidor em relação às publicidades vinculadas às mídias, além de resultar em competição mais justa no mundo corporativo, evitando, inclusive, os custos com ações judiciais.

Nessa toada, a **ASA** tem o papel de fiscalizar o cumprimento das regras, responder às denúncias de pessoas jurídicas e físicas e banir as publicidades que tenham causado ofensas e danos à sociedade. Por fim, conduz pesquisas endereçadas ao público do Reino Unido, identificando suas opiniões e divergências em relação às regras vigentes e protegendo os interesses dos consumidores de acordo com a dinâmica de ideais da sociedade.

¹⁶⁹ Os serviços de taxa premium (*premium rate services*) são serviços com forma de pagamento diferenciada para conteúdo, tais como os serviços de dados e serviços de valor agregado, que são cobrados através da conta telefônica. Nesse sentido, tendem a custar mais do que telefonemas e mensagens de texto comuns, e operam em números que começam com 09, 118, 087 ou códigos de acesso de texto e voz com cinco ou seis dígitos. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/phones-telecoms-and-internet/information-for-industry/policy/premium-rate-services>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁷⁰ Ainda de acordo com o *site* do Ofcom, a regulação dos serviços que tratam de elaboração de padrões de publicidade em TV, rádio e internet cabe à ASA. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/phones-telecoms-and-internet/information-for-industry/policy/premium-rate-services>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁷¹ Disponível em: <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/about-regulation/about-the-asa-and-cap.html>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁷² Disponível em: <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/about-regulation/self-regulation-and-co-regulation.html>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

O **CAP**, por sua vez, é a organização ligada à **ASA** responsável por redigir e publicar o Código de Publicidade. Também está comprometida com a regulação da publicidade, buscando transparência, proporcionalidade, objetividade, consistência e responsabilidade, refletindo a lei e os parâmetros legais. Nesse sentido, os órgãos trabalham juntos na adição de proteção à publicidade, não só com o objetivo de evitar a elaboração desnecessária de futuras leis, mas também como uma forma de demonstrar comprometimento perante os consumidores.

Por fim, há ainda o **BCAP**¹⁷³, que é o comitê de práticas publicitárias relacionadas aos anúncios em rádio e TV, unindo esforços aos demais agentes na autorregulação publicitária do país.

2.3. A regulamentação do CAP e do BCAP

A autorregulação no Reino Unido realizada pelos órgãos CAP e BCAP é efetivada por meio de dois Códigos Publicitários: *CAP code* e *BCAP code*¹⁷⁴. O primeiro é aplicado às publicidades, promoções e comunicações de marketing, incluindo: publicidade impressa em revistas e jornais, pôsteres em ambiente público, comerciais em cinema ou DVD, publicidades em mídia *on-line*, *e-mail*, SMS, MMS ou *bluetooth*, vendas promocionais, seja qual for o meio propagado, e publicidade em forma de editorial.

Já o BCAP é aplicado a toda publicidade e patrocínio propagado pelo rádio ou pela TV, licenciados pelo órgão regulador do governo Ofcom. São aqui incluídos: tele vendas, conteúdo de autopromoção dos canais de televisão, texto televisivo e propagandas interativas de televisão.

2.3.1. Principais disposições acerca do CAP

O Código de Publicidade do comitê CAP (denominado *CAP Code*) prevê a necessidade de se observar fatores como idade, experiência e contexto em cada mensagem publicitária enviada para crianças. Nesse sentido, mensagens publicitárias que podem ser direcionadas para adolescentes não são, em alguns casos, aceitáveis para crianças pequenas. Assim, a ASA leva

¹⁷³ Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/tv-radio-and-on-demand/broadcast-advertising#:~:text=The%20Broadcast%20Committee%20of%20Advertising,major%20changes%20to%20the%20Code.&text=In%202006%2C%20Ofcom%20conducted%20market%20research%20into%20the%20radio%20advertising%20industry>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁷⁴ Informação obtida em: <https://www.nibusinessinfo.co.uk/content/cap-and-bcap-advertising-codes>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

alguns fatores em consideração na análise do cumprimento das regras contidas no Código. Nesse sentido, frisamos que o Código de Publicidade (*CAP Code*) definiu como criança o indivíduo de até 16 (dezesesseis) anos de idade.

As principais disposições do *CAP Code* acerca da proteção da publicidade infantil observam os seguintes parâmetros:

- proteção da integridade física e mental;
- respeito à credulidade e inocência da criança;
- respeito à autoridade parental.

Quanto à **proteção de sua integridade física e mental**, as publicidades voltadas para crianças não podem ter conteúdo que resulte em danos físicos, mentais ou morais, razão pela qual as crianças não podem ser encorajadas a entrar em lugares ou conversar com pessoas a ela estranhas.

Além disso, não deverão ser mostradas em conteúdo publicitário que exponha situação ou comportamento perigoso, a não ser que seja para promover alerta sobre questões de segurança, nem poderão ser exibidas andando sozinhas pela rua, a menos que tenham idade suficiente para tanto.

Da mesma forma, não podem submeter-se ao uso ou estar próximas de equipamentos ou substâncias impróprias sem a supervisão de um adulto, não devendo, ainda, serem encorajadas a tomar atitudes que possam lhes trazer danos.

Há também previsão quando há venda a distância, que podemos interpretar como a que ocorre em meio eletrônico ou mídia a distância. Nesse sentido, a publicidade deverá atentar-se ao uso das mídias utilizadas por jovens e crianças ao ofertar produtos, para que não seja oferecido conteúdo inapropriado aos usuários daquele meio de comunicação.

Em relação ao **respeito à credulidade e inocência da criança**, a publicidade não poderá usar de sua falta de experiência para fazê-la sentir-se inferior por não adquirir o produto ofertado, ou, ainda, sentir-se desleal ou irresponsável por não encorajar outras pessoas a comprá-lo. Além disso, devem ser facilmente identificáveis as dimensões, a performance e as características do produto objeto da publicidade, distinguindo a fantasia da realidade.

No mesmo sentido, publicidades direcionadas ao público infantil não podem exagerar no resultado alcançado na utilização do produto nem explorar suscetibilidade da criança à apelação pela caridade, explicando a extensão e a parcela destinadas a tal fim.

A permissão de adultos deve ser obtida antes de a criança comprometer-se a uma compra complexa ou cara. Além disso, a **autoridade dos pais e tutores deverá ser respeitada em todas as situações**. Assim, a publicidade dirigida à criança não deverá encorajá-la a perturbar

os pais ou outros adultos ou, ainda, minar sua autoridade. Da mesma forma, não poderá incitar o público infantil a comprar um produto ou persuadi-lo a pedir aos pais ou a outros adultos que o comprem.

Já para publicidades sobre promoções incluindo prêmios, deverá deixar clara a necessidade da permissão dos pais para participação da criança, evitando o conflito com a autoridade dos pais. Nesse sentido, a publicidade deve, ainda, conter a data de encerramento da promoção, bem como não exagerar no valor do prêmio ou nas chances de ganhá-lo. Por fim, a promoção que inclui a compra antecipada de produto para sua efetividade não pode ser endereçada diretamente à criança.

2.3.2. *Publicidade de alimentos e bebidas*

Quanto às regras de promoção de dietas e produtos alimentícios, deve a publicidade incorporar todas as medidas impostas pelo manual de recomendações sobre prevenção, identificação, avaliação e gerência do sobrepeso e obesidade em crianças e adultos, publicado pelo “Health and Care Excellence”. Além disso, o *CAP Code* traz disposições específicas sobre o tema, especialmente em razão da problemática acerca da obesidade infantil em todo o Reino Unido (o assunto será mais bem tratado na próxima seção).

Entre as regras, está a proibição de publicidade para fórmulas infantis, exceto aquelas que tratem de pré-venda ou que sejam realizadas em prol de estudos científicos¹⁷⁵.

Já os produtos considerados de **alta caloria, gordura, açúcar** ou **sal** (chamados pelos britânicos pela sigla **HFSS**, ou *Hight in Fat, Salt or Sugar products*) são assim estudados e classificados pelo Departamento de Saúde sobre perfis nutricionais, que dispõe em sua página na internet as propriedades dos alimentos¹⁷⁶.

Algumas regras são impostas pelo *CAP Code* **em relação a dieta e estilo de vida**. Nesse sentido, a publicidade não pode incitar dietas de má qualidade nutricional ou desencorajar hábitos alimentares saudáveis, como a escolha diária por frutas e legumes variados, conforme o recomendado por médicos e especialistas.

¹⁷⁵ Item 15.10 do *CAP Code*: “15.10 Except for those in a scientific publication or, for the purposes of trade before the retail stage, a publication of which the intended readers are not the general public, marketing communications for infant formula are prohibited. Marketing communications must not confuse between infant formula and follow-on formula.”

¹⁷⁶ Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/the-nutrient-profiling-model>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

Em relação às **ofertas promocionais** (práticas comerciais, conforme linguagem utilizada no Brasil), tais como a inclusão de brindes, entrega de amostras grátis, entre outras, o *CAP Code* determina que as comunicações de marketing sempre observem o senso de responsabilidade maior que as questões de saúde e alimentação carregam.

Ademais, os produtos classificados como HFSS não podem incluir as mencionadas ofertas promocionais, **quando endereçadas para crianças da denominada *pre-school* ou *primary school***¹⁷⁷.

Adicionalmente, em relação ao marketing de produtos alimentícios e bebidas direcionado para os menores de 16 (dezesseis) anos, são regras a serem observadas:

- salvo para os produtos frescos (verduras, legumes e frutas), a comunicação de marketing não pode encorajar a comer ou beber o produto apenas em virtude de uma oferta promocional. Em geral, o alimento deve ser oferecido pelos próprios méritos, sendo a oferta apenas um incentivo, devendo a publicidade ser voltada aos benefícios nutricionais e méritos dele;
- deve, ainda, respeitar a criança, no sentido de não a persuadir a comprar o alimento ofertado de forma urgente, ou encorajá-la a adquiri-lo em quantidade exagerada, através dela mesma ou pelos pais, ou, ainda, a comê-lo de forma exagerada.

Além disso, o **uso de celebridades** e de **personagens licenciadas** populares entre as crianças deve respeitar algumas regras, entre elas: os chamados produtos HFSS divulgados para as crianças na faixa etária de *pre-school* ou *primary school* (ou seja, aos menores de 12 [doze] anos) não podem conter personagens licenciadas ou celebridades famosas entre as crianças. O código deixa claro que a proibição nesse sentido refere-se apenas a comidas e bebidas HFSS. É permitido, no entanto, o uso de personagens criadas pela própria indústria alimentícia, que podem ser exibidos pelos fabricantes para anunciar os seus produtos.

Muito importante notar que personagens licenciadas ou celebridades populares entre crianças podem apresentar declarações genéricas sobre educação, nutrição, educação, segurança, entre outros.

Ainda que as crianças tenham preferências alimentares, os anúncios devem ser feitos de modo a refletir o senso de responsabilidade que o setor demanda, que não deve aconselhar que crianças comprem ou apelem aos seus pais para comprar os produtos ofertados. No mesmo sentido, a publicidade não deve demonstrar inferioridade da criança em comparação com outras, falta de lealdade ou sentimento de decepção caso o produto não seja adquirido.

¹⁷⁷ Em todo o Reino Unido, a escola primária começa aos 05 (cinco) anos e continua até os 11 (onze) anos.

Os apelos da publicidade também não podem contar com elementos emocionais como medo, lealdade, autoconfiança, nem sugerir que o produto anunciado confere superioridade, tornando a criança mais confiante, inteligente, popular ou bem-sucedida.

Na mesma toada, os anúncios dirigidos às crianças não devem incentivá-las a comprar ou convencer outras pessoas a comprar os produtos ou serviços ofertados, sempre evitando técnicas de pressão ou intimidação a adquiri-los. Assim, em relação aos produtos alimentícios, as comunicações de marketing não podem incitar nas crianças a “pressão para comprar”. Ademais, os produtos e/ou seus preços não devem ser apresentados de modo a parecer às crianças ou suas famílias que podem ser adquiridos pelo infante ou por seus responsáveis com extrema facilidade.

Por fim, os anúncios de produtos HFSS não podem utilizar meio de divulgação se mais de 25% (vinte e cinco por cento) do público-alvo for destinado a menores de 16 (dezesseis) anos.

2.3.3. Apostas e jogos de azar

O *CAP Code* também contém regras destinadas ao controle da publicidade de apostas e jogos de azar. De forma geral, a publicidade deve ser socialmente responsável, ética, com particular preocupação de proteção de crianças, jovens menores de 18 (dezoito) anos e outras pessoas vulneráveis.

A comunicação de marketing não deve explorar a suscetibilidade, as aspirações, a credulidade e a inexperiência das crianças, devendo sempre ser direcionada a pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, ficando proibida a utilização de modelos ou pessoas menores de 25 (vinte e cinco anos) nas peças publicitárias.

2.3.4. Loteria

O *CAP Code* tem previsões genéricas em relação à comunicação de marketing sobre loteria, com a finalidade específica de garantir que haja responsabilidade social dos anunciantes, protegendo crianças, jovens menores de 18 (dezoito) anos e pessoas vulneráveis.

A comunicação de marketing não deve explorar a suscetibilidade, as aspirações, a credulidade e a inexperiência de crianças, jovens e pessoas vulneráveis, e não deve ser particularmente atraente para esse público, sendo proibida de associar-se ou refletir a cultura dos jovens.

Os anúncios não podem ser direcionados aos menores de 16 (dezesesseis) anos, mas podem incluir crianças e jovens na comunicação de marketing de algum produto. Fica proibida a utilização de modelos que tenham ou pareçam ter menos de 25 (vinte e cinco) anos de idade.

2.3.5. *Proteção de dados*

Sobre o **uso e processamento de dados de crianças**, deve o fornecedor obedecer às regras contidas nos itens 10.15, 10.6 e 10.17 do *CAP Code*. Assim, tratando-se de publicidade infantil de oferecimento de serviço *on-line* para crianças menores de 13 (treze) anos, a autorização verificável deve partir dos pais ou tutores. Quando a publicidade tiver outro propósito que não a divulgação de serviço *on-line*, a autorização dos pais é dispensada apenas quando demonstrados motivos razoáveis para confiar no consentimento da criança, sempre respeitando sua privacidade.

Ainda nesse sentido, ao coletar os dados de uma criança, deve o publicitário assegurar-se de que a linguagem utilizada seja de fácil compreensão, tanto nos casos em que a coleta for feita diretamente da criança quanto quando forem recebidas as informações por intermédio de seus pais ou tutores.

2.4. Principais disposições acerca do BCAP

De acordo com o *BCAP Code*, a publicidade dirigida à criança tem como **princípio** o dever de considerar a forma como ela percebe e reage ao marketing, levando em consideração a idade, a experiência e o contexto em que a mensagem é enviada. Esse princípio deve sempre ser ponderado pela ASA ao analisar a conformidade da publicidade. Para os fins do *BCAP Code*, a criança é a pessoa com idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, assim como no *CAP Code*.

Desde a introdução, o *BCAP Code* já indica a proteção dos jovens expectadores como prioridade, exortando a necessidade de consideração e proteção da criança quando a publicidade: i) for direcionada a ou interessar crianças; ii) apresentar crianças como profissionais ou amadoras; ou iii) influenciar negativamente as crianças, mesmo que a publicidade não seja de interesse delas.

Observa-se que as regras previstas no dispositivo são, no geral, bem parecidas com aquelas que encontramos no referido *CAP Code*. Lembramos, contudo, que a aplicação de um ou outro dependerá do tipo de veículo utilizado pela publicidade para levar sua mensagem, conforme esclarecido anteriormente.

Nesse sentido, os critérios do *BCAP Code* em relação à publicidade infantil seguem os mesmos critérios do *CAP Code*:

- proteção da integridade física e mental;
- respeito à credulidade e inocência da criança;
- respeito à autoridade parental.

Quanto ao critério de **proteção da integridade física e mental das crianças**, o *BCAP Code* proíbe que elas sejam encorajadas a reproduzir práticas que lhes possam ser perigosas. A publicidade, nesse sentido, não pode ter conteúdo que possa levar a danos físicos e mentais, nem ser motivada a entrar em lugares estranhos ou a conversar com pessoas a ela estranhas, ou, ainda, ser mostrada em cenas que sugerem crianças sozinhas na rua, a não ser que tenha idade suficiente para tanto.

Da mesma forma, não será permitida a aparição de crianças em publicidade que se apresentem usando equipamentos ou substâncias impróprios para sua idade, ou, ainda, sem a supervisão de um adulto.

Ademais, é preciso levar em conta a **credulidade, lealdade, vulnerabilidade ou falta de experiência da criança**, não podendo ser explorados tais aspectos na tentativa de incitá-la a comprar um produto ou serviço. Há proibição, ainda, no sentido de usar da publicidade para sentirem-se desconfortáveis, culpadas, desleais, covardes ou impopulares por não comprarem os produtos demonstrados. Além disso, a publicidade não deve retratar a criança de forma sensualizada nem encorajar o assédio moral (*bullying*).

Os atores mirins podem participar de anúncios dirigidos às crianças, mas é necessário observar que esses anúncios não explorem a credulidade das crianças, nem sua inexperiência e lealdade.

A propaganda deve, ainda, deixar claros às crianças o valor, o tamanho, a performance e as características do produto ou serviço, distinguindo de forma clara a realidade da fantasia, sem exagerar na performance alcançada pelo produto. Nesse sentido, devem os pais permitir a compra do produto antes de adquiri-lo, quando se tratar de produto caro ou complexo.

Da mesma forma, não deverá a publicidade explorar a suscetibilidade da criança ao apelo à caridade, explicando, inclusive, a extensão de sua participação na promoção daquela caridade.

Quanto ao tratamento **em relação aos pais e tutores**, deverá ser respeitada sua autoridade, sendo vedada a influência da publicidade infantil no desrespeito à soberania dos pais e tutores. Dessa forma, a publicidade não poderá induzir a criança a comprar ou persuadir seus pais ou outros adultos a comprarem o produto ofertado. Por fim, prevê que a publicidade

não deverá sugerir que o preço daquela oferta é completamente acessível, e que a criança e sua família podem adquiri-lo facilmente.

Prevê, ainda, que a comunicação publicitária que estimula a compra de produto por meio de mecanismo de resposta direta não poderá ser endereçada diretamente à criança¹⁷⁸.

Caso a publicidade inclua o preço dos produtos ou serviços anunciados, fica proibido utilizar as expressões *apenas* ou *somente* para indicar que o preço está mais vantajoso, com desconto ou diferente do usual.

Para os anúncios veiculados em televisão que envolvam brinquedos, jogos ou produtos similares destinados à criança, é necessário incluir indicação de preço. Caso não seja possível a definição de valor exato, deve ser indicado preço aproximado caso o produto custe acima de 30 (trinta) libras.

Nos casos de publicidade ou promoção publicitária diretamente dirigida à criança, deve-se incluir todas as condições qualitativas e significativas sobre o produto e serviço, além de se esclarecer sobre a necessidade de permissão de um adulto para participar da promoção.

Anúncios de competições endereçados diretamente às crianças são admissíveis apenas se o público-alvo tiver habilidade para participação e se os valores dos prêmios e as chances de vitória não forem exagerados. Além disso, as promoções que exigem compra de produtos e serviços para participação não podem ser direcionadas diretamente às crianças.

Anúncios de promoções direcionadas diretamente às crianças devem ser conduzidos de maneira justa, e os prêmios devem ser descritos com precisão, com divulgação expressa e clara das regras sobre participação.

2.4.1. Regras sobre publicidade de alimentos

A publicidade de alimentos segue regras similares em relação ao *CAP Code*. Tendo em vista tratar-se de publicidade em rádio e televisão, a primeira distinção que se faz diz respeito ao horário de transmissão: as publicidades direcionadas ao público que tenha menos de 12 (doze) anos (*pre-school* e *primary school*) devem observar o horário de transmissão estabelecido no código (trataremos do tema a seguir).

2.4.1.1. Anúncios em televisão

¹⁷⁸ Entende-se por mecanismos de resposta direta aqueles que permitem aos consumidores fazer contato direto com o fornecedor.

Em relação aos anúncios de televisão, tal qual as regras do *CAP Code*, não pode o anunciante fazer publicidade dos produtos com alto teor de açúcar, sódio, sal e gordura (HFSS) direcionada aos menores de 12 (doze) anos.

As comunicações de marketing devem sempre observar o senso de responsabilidade, ficando impedidas de clamar pelo consumo excessivo de alimentos ou criar senso de urgência para a aquisição do produto.

Os anúncios de promoções de coleções ou objetos colecionáveis não devem instar as crianças a pedirem **quantidades excessivas de alimentos**, não devem incentivá-las a apenas colecionar os itens promocionais e devem enfatizar o número de itens colecionáveis. Ao mesmo tempo, obriga-se o anunciante a informar a data de encerramento das promoções, oferecendo prazo suficiente para a aquisição da coleção, sem necessidade de compras excessivas ou irresponsáveis do produto.

O uso de **personagens licenciadas e celebridades** em anúncios na televisão segue regras parecidas com as regras do *CAP Code*: devem ser empregadas de forma responsável e não podem constar nos anúncios de produtos HFSS direcionados aos menores de 12 (doze) anos, sendo permitida a utilização de personagens da marca do fornecedor.

Há, ainda, proibição expressa em relação a tratar os produtos HFSS como de alto valor nutricional ou saudável, nos casos de anúncios direcionados aos menores de 12 (doze) anos, sendo permitidos apenas para os produtos que não estejam classificados como HFSS e se tais alegações foram autorizadas pela Comissão Europeia.

Ainda que as crianças tenham preferências alimentares, os anúncios devem ser feitos de modo a refletir o senso de responsabilidade necessário à categoria de alimentos, e não devem aconselhar ou pedir que crianças comprem ou apelem aos seus pais para a compra. No mesmo sentido, as publicidades não devem demonstrar inferioridade da criança em relação às outras, falta de lealdade ou sentimento de decepção caso o produto não seja adquirido.

Os apelos da publicidade também não podem contar com o sentimento de medo, lealdade, autoconfiança, nem sugerir que o produto anunciado confere superioridade, tornando a criança mais confiante, inteligente, popular ou bem-sucedida.

Na mesma toada, os anúncios dirigidos às crianças não devem incentivá-las a comprar ou convencer outras pessoas a comprar os produtos e serviços anunciados, evitando técnicas de pressão ou intimidação a adquirir o produto.

Por fim, caso o anúncio tenha preço, este não poderá ter apelo por meio da utilização de palavras como *somente* ou *apenas*, dando a sensação de ser fácil a aquisição pela criança, sua família ou responsáveis.

Ressaltamos que as regras aqui mencionadas para os anúncios em televisão são aplicáveis também aos anúncios em rádio.

2.4.2. Publicidade de bebidas alcoólicas

A publicidade de bebidas alcoólicas deve seguir o princípio da responsabilidade social do anunciante, e não deve ser direcionada a pessoas com menos de 18 (dezoito) anos. Também não deve implicar, tolerar ou incentivar o consumo desmedido, irresponsável ou antissocial dos consumidores.

Para os fins do *BCAP Code*, considera-se bebida alcoólica aquela que contém pelo menos 0,5% de álcool na sua composição. Bebidas com baixo teor de álcool são definidas como as que contêm entre 0,5% e 1,2% de álcool na sua composição.

Na televisão e no rádio, os anúncios de bebidas alcoólicas não devem apelar aos menores de 18 (dezoito) anos, principalmente refletindo ou sendo associados à cultura jovem ou ao comportamento juvenil. Também fica proibida a inclusão de pessoa ou personagem cujo exemplo será seguido pelos menores de 18 (dezoito) anos ou tenha um forte apelo para essa faixa etária.

As publicidades de bebidas alcoólicas não devem ter como protagonistas pessoas com menos de 25 (vinte e cinco) anos. Permitem-se anúncios que apresentem famílias socializando de forma responsável. Nesse caso, crianças podem ser incluídas, mas devem ter papel acidental, situação em que qualquer pessoa que tenha (ou pareça ter) menos de 25 (vinte e cinco) anos não deve estar ingerindo álcool.

2.4.3. Horário de veiculação de publicidade

Em todo o Reino Unido, há previsão específica em relação aos horários de programação apropriados para crianças, sendo necessário que as mídias publicitárias sempre levem em consideração o conteúdo, o horário e a pertinência do assunto em relação ao público infantil. Nesse sentido, foram criados princípios, definições e faixas etárias a serem observadas pelas mídias publicitárias na vinculação de suas mensagens.

- **Princípios**

O *BCAP Code* traz previsão clara sobre princípios básicos a serem considerados quanto à observância dos requisitos de classificação etária. Dessa forma, responsabiliza a mídia

publicitária pelo cuidado com horário, conteúdo e pertinência do produto ofertado com a idade do público daquele programa.

Traz também observação quanto à necessidade de atenção às publicidades inseridas entre notícias e programas de impacto na atualidade, especialmente aquelas que tratam de tragédias naturais, que podem gerar uma percepção diferente sobre o produto ofertado.

- **Definições**

- A palavra *adjacente* refere-se à publicidade transmitida imediatamente antes ou depois do programa em questão.
- **Atual** é aquele programa que ainda está sendo transmitido, ou será retomado em breve.
- **Programa infantil** é aquele destinado a pessoas abaixo de 16 (dezesesseis) anos.
- As regras do código também são aplicadas às marcas patrocinadoras dos programas.

2.4.3.1. Análise de divulgação de conteúdo para crianças e jovens

Os requisitos usados pelos órgãos BCAP e ASA para identificação são estabelecidos pelo próprio código. Dessa forma, a análise é feita de acordo com a observação dos fatores anteriormente mencionados, designados para os meios de comunicação de rádio e TV.

- **Televisão:** o BCAP e a ASA definem como programa de conteúdo infantil aquele que é atrativo para o referido público, considerando diferentes faixas etárias. São levados em consideração fatores como a natureza e os sujeitos do programa ou do conteúdo editorial, que as induzem as crianças rapidamente a assistir a determinado programa ou acessar determinada página. Nesse sentido, é realizada uma listagem de público pelos órgãos BCAP e ASA, com identificação de programas de atração infantojuvenil.
- **Rádio:** ao decidir que uma estação de rádio e sua programação tem ou tende a ter conteúdo atrativo ao público infantojuvenil, os órgãos consideram fatores como a grade programática, a natureza da estação de rádio e o horário de transmissão do programa. Nesse caso, é levado em conta o tempo em que geralmente as crianças estão na escola, bem como seu tempo livre.

2.4.3.2. Disposições gerais e específicas

Quanto às **disposições gerais**, a publicidade não poderá assustar ou estressar a criança, ou, ainda, ter conteúdo inapropriado para sua idade (como as publicidades de cunho sexual, por exemplo). Dessa forma, é necessária a restrição de horário de transmissão, para que tais conteúdos não sejam divulgados ao público infantil.

O código observa, ainda, que alguns fatores devem ser atendidos, por exemplo, o período de férias escolares e os feriados, datas em que a rotina das crianças é diferente, podendo torná-las mais vulneráveis a conteúdos inapropriados.

Em relação às **regras específicas**, o código começa com a previsão de produtos e serviços que não podem ser promovidos nos programas comissionados que são ou podem ser atrativos ao público menor de 18 (dezoito) anos. São eles:

- publicidade de bebidas com 1,2% ou mais de álcool;
- jogos de azar (com exceção de apostas lotéricas), jogos envolvendo prêmios, apostas e loterias desportivas;
- produtos emagrecedores, tratamentos ou estabelecimentos voltados ao emagrecimento (exceto alimentos com teor de calorias reduzido, que não sejam apresentados como parte de regime de emagrecimento, nem que usem termos como *reductor de peso* ou *emagrecedor*);
- serviços ou produtos que envolvam questões religiosas, ligadas à fé ou a sistemas de crenças equivalentes;
- serviços ao vivo com tarifa majorada (chamados de *live premium-rate service*), com exceção daqueles que receberam permissão especial da Autoridade Inglesa de Serviços Celulares Pagos para dirigirem-se às crianças;
- cigarros eletrônicos.

Nessa toada, é preciso ainda observar maiores restrições de horário para publicidades que possam levar jovens e crianças de algumas idades (não especificadas pelo código) a situações de estresse ou dano físico e moral.

Em seguida, o código lista produtos e serviços que não podem ser ofertados por publicidade, durante um programa comissionado ou adjacente a ele, que são ou tendem a ser atrativos a jovens abaixo de 16 (dezesseis) anos:

- loterias desportivas;
- jogos de loteria;
- alguns jogos envolvendo premiações e máquinas de jogos;
- remédios, vitaminas e suplementos alimentares;

- bebidas com menos de 1,2% de álcool que se apresentem como uma versão de baixo teor alcoólico de bebidas alcólicas originais;
- jogos de computador ou console de jogos que tenham classificação indicativa para maiores de 18 (dezoito), 16 (dezesesseis) ou 15 (quinze) anos, ou aqueles que ainda não tenham tal classificação, mas que tenham grandes probabilidades de serem indicados apenas para jovens das mesmas idades.

O código ainda traz proibição de vincular em programas comissionados que são atrativos ou podem ser atrativos para jovens de menos de 16 (dezesesseis) anos todos os produtos e serviços anteriormente citados, além dos seguintes:

- alimentos com alto teor de gordura, sal ou açúcar (os anteriormente mencionados HFSS), de acordo com os perfis traçados sobre nutrientes dos alimentos, publicados pela Agência de Parâmetros Alimentares (Food Standards Agency – FSA), de dezembro de 2005;
- serviços de encontros;
- *trailers* de filmes classificados para maiores de 18 (dezoito) ou 15 (quinze) anos, ainda que a publicidade contenha apenas trechos com intenção promocional sobre outros produtos derivados de tais filmes.

Em relação às crianças menores de 10 (dez) anos de idade, são proibidas as publicidades de artigos de higiene e preservativos, principalmente que tendam a atrair a atenção do público em questão.

Há, ainda, regras específicas em relação à administração de remédios, vitaminas ou suplementos alimentares para crianças. Nesse sentido, a publicidade dos itens em questão não pode ser promovida antes das 21 (vinte e uma) horas.

Sobre publicidade envolvendo a presença e aprovação de crianças ao produto ou serviço, dispõe sobre publicidade em programas infantis e a reserva quanto à transmissão e programação destes:

- publicidades relacionadas a programas infantis não podem ser exibidas no intervalo de 2 (duas) horas antes e depois da edição daquele programa. A ASA e o BCAP demonstram intenção de separar a publicidade de alguns programas, para não confundir o público infantil, incluindo proibição de vinculação de qualquer publicidade durante a transmissão de série programática;
- publicidade em que se explore a presença de pessoas ou bonecos (personagens) que participem constantemente de programas infantis em qualquer rede televisiva do

Reino Unido ou que recomendem produtos infantis com frequência não pode ser transmitida antes das 21 (vinte e uma) horas;

- para tornar claro e distante o programa infantil da publicidade, anúncios que contenham personagens ou pessoas conhecidas¹⁷⁹ pelo público infantil de determinado programa não poderão ser vinculados ao seu conteúdo, ainda que em seus intervalos ou pouco antes ou depois da transmissão¹⁸⁰;
- publicidade envolvendo a participação de pessoas e personagens de programas infantis em sinopses não poderá ser transmitida antes das 2 (duas) horas que antecedem e depois das 2 (duas) horas que sucedem um episódio ou a edição desse programa;
- programação da publicidade transmitida em rádio.

O **programa de rádio** deve ter especial atenção às seguintes categorias de produtos e serviços: jornais, revistas ou *websites* sensacionalistas, material de conteúdo sexual, produtos de higiene pessoal, serviços ou produtos de adoração divina ou sobrenatural, produtos de planejamento familiar como anticoncepcionais e testes de gravidez, mensagens antidrogas, mensagens de prevenção contra doenças sexualmente transmissíveis.

Além disso, violência ou material de conteúdo explicitamente sexual não poderá ser promovido antes, durante ou logo após programas destinados aos jovens menores de 18 (dezoito) anos.

Quanto à disposição de **textos televisivos** (*teletext*¹⁸¹) e **publicidade interativa**, o BCAP espera bom desempenho dos publicitários em relação à responsabilidade que têm ao posicionar e divulgar os chamados *teletext* e as publicidades interativas na televisão, considerando a susceptibilidade dos diferentes expectadores de serem atraídos ou se comoverem pelo conteúdo.

Nesse sentido, publicidades não indicadas às crianças, diante de conteúdo sexual apelativo ou causador de estresse, por exemplo, devem ser submetidas às restrições de horário de transmissão, minimizando os riscos de que crianças tenham acesso a conteúdo inapropriado.

Já os chamados *teletext* e programas interativos não poderão ser acessados através de programas comissionados, antes, durante ou logo após sua exibição, principalmente em

¹⁷⁹ Para os termos dessa regra, pessoas e personagens compreendem personagens de desenhos e bonecos.

¹⁸⁰ A regra não se aplica à publicidade de serviços públicos ou personagens criadas especialmente para a publicidade do produto ou serviço ofertado.

¹⁸¹ Teletexto é um serviço informativo criado no Reino Unido na década de 1970. O serviço oferece informações no formato de texto, normalmente incluindo informações nacionais, internacionais e desportiva, previsão do tempo, programação dos canais e alguns jogos.

programas infantis. No mesmo sentido, o *teletext* não poderá ser acessado por meio de publicidade ou aparecer em páginas de conteúdo editorial (como aquelas contidas em revistas e jornais).

3. A regulação da publicidade nos Estados Unidos

A União de Revisão da Publicidade Infantil (conhecida como CARU – Children’s Advertising Review Unit) é órgão autorregulatório fundado em 1974 por membros das agências de publicidade infantil, por meio do Conselho Nacional de Revisão da Publicidade Infantil (conhecido como CBBB – Council of Better Business Bureaus).

O órgão é responsável por impor padrões em relação à publicidade infantil, impedindo que seja depressiva, inapropriada ou injusta para a audiência do público em questão. Levam-se em consideração, dessa forma, a **vulnerabilidade e a inexperiência da criança**, que pode ser facilmente influenciada, diante de sua falta de conhecimento e habilidades de cognição necessárias para um bom julgamento da publicidade.

Dessa maneira, o órgão monitora e revisa publicidades em diversos meios de comunicação para criança, além de receber e julgar denúncias sobre anúncios e práticas publicitárias vinculados às mídias do país. Do mesmo modo, oferece conselhos gerais às agências de publicidade, provendo informações importantes relativas a crianças, seus pais e educadores, encorajando que a publicidade se desenvolva no sentido de educar e informar esse público.

Os princípios e as determinações adotadas pelo CARU estão em constante mudança, variando de acordo com as transformações da sociedade e da tecnologia. Nessa toada, em 1996 foi criada uma seção no dispositivo do CARU sobre a publicidade infantil em meio *on-line*. Anos mais tarde, em 2014, referida seção foi atualizada, diante de todos os avanços da internet e da proporção que tomou no mercado da publicidade.

O CARU é coordenado por uma diretoria estabelecida por um conjunto de executivos importantes de entidades como a CBBB Council of Better Business Bureaus, a American Association of Advertising Agencies, a American Advertising Federation, a Association of National Advertisers, o Direct Marketing Association, a Electronic Retailing Association e o Interactive Advertising Bureau. Todas entidades importantes no cenário da regulação do mercado publicitário.

Nessa toada, o CARU também conta com uma diretoria acadêmica, que inclui conselheiros *experts* em educação, comunicação, desenvolvimento mental, saúde e marketing

infantil, que oferecem conselhos em relação ao comportamento e à psicologia das crianças, além de informações sobre pesquisas e vendas nesse mercado. Seu papel, além de conduzir informações ao órgão, inclui a revisão dos parâmetros e das diretrizes do programa autorregulatório.

Por fim, o CARU conta ainda com um conselho de apoio, composto por representantes das companhias que constituem o mercado da publicidade infantil, fornecendo informações em relação às tendências do mercado, além de auxiliar na revisão dos parâmetros e das diretrizes do programa autorregulatório.

Os procedimentos de revisão e resolução dos casos trazidos ao órgão, incluindo, ainda, a possibilidade de apelação, são revisados pelo National Advertising Review Board e encontrados em compilação em um *website*¹⁸².

Entre os procedimentos, pelo menos 10 (dez) vezes ao ano, a CBBB – Council of Better Business Bureaus publica o relatório de casos com as decisões finais tomadas pelo CARU, além de um relatório com outras atividades diárias que não aquelas de casos que resultaram em resoluções finais e um guia com as principais decisões publicadas. Os relatórios de casos ficam disponíveis em *site*, promovido pelo próprio CARU¹⁸³.

As diretrizes do programa CARU abrangem toda publicidade nacional direcionada para crianças menores de 12 (doze) anos. Nesse caso, serão analisados fatores como:

- o conteúdo e seu direcionamento para o público da referida idade, considerando o assunto, o formato e a audiência demográfica;
- o intervalo em que a publicidade é divulgada, levando-se em consideração se transmitido antes, durante ou depois de um programa de conteúdo infantil, além de exame dos períodos do dia e do meio de comunicação usado;
- a intenção de dirigir-se a criança com menos de 12 (doze) anos de idade, com a divulgação de informações tais como formato e conteúdo da publicidade, que permitam tal conclusão.

Vale ressaltar que o CARU também regulamenta dados *on-line* e políticas de privacidade de *websites* ou serviços *on-line* que têm como público-alvo as crianças de até 13 (treze) anos.

É preciso esclarecer que publicidade nacional é aquela:

¹⁸² Disponível em: <http://www.asrcreviews.org/asrc-procedures/>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

¹⁸³ Disponível em: <http://www.asrcreviews.org/category/caru/>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

- compreendida como qualquer mensagem comercial paga, em qualquer tipo de mídia, incluindo catálogos, que tem o propósito de divulgar venda ou qualquer transação comercial ou, ainda, de convencer uma audiência do valor de uma companhia, produto ou serviço;
- disseminada em todo ou em uma porção substancial do território americano, ou, ainda, ensaios publicitários de mercado para campanhas nacionais;
- em que o conteúdo é controlado pelo publicitário.

Nessa perspectiva, publicitário é aquela pessoa ou entidade que se dedica à publicidade nacional, incluindo aqueles que realizam tal serviço por meio de *websites* e serviços *on-line*.

3.1. Princípios fundamentais do CARU

Importante destacar que as regras e disposições do CARU são dispostas entre princípios fundamentais e recomendações gerais e específicas. Assim, quanto aos princípios fundamentais do dispositivo, prevê responsabilidades adicionais em relação a campanhas com público-alvo infantil e ao uso de dados pessoais com esse fim.

Devem-se levar em conta os limites de conhecimento, experiência e maturidade da audiência atingida, sendo reconhecido que o nível de discernimento e a capacidade de avaliar a credulidade das informações recebidas pelos meios de comunicação são menores. Nesse sentido, as crianças podem ter **dificuldade de entender a intenção de persuasão na campanha publicitária ou ainda não se dar conta de que são alvos dessa publicidade.**

A publicidade não pode ter caráter enganoso ou injusto às crianças para as quais é dirigida, levando-se em consideração a aplicação dos termos dispostos no Federal Trade Commission Act¹⁸⁴.

Além disso, deve ser fundamentada por objetivos razoáveis e que assim sejam interpretados pela sua audiência, além de se levar em conta a pertinência de seu conteúdo, sendo proibida a veiculação de publicidade de teor inapropriado.

Não poderá trazer expectativas exageradas sobre a qualidade do produto ou sobre sua performance, confundindo a criança.

¹⁸⁴ O **Federal Trade Commission Act** é uma lei federal adotada nos Estados Unidos em 1914, que deu origem à Comissão Federal do Comércio. O órgão é responsável por dar ao governo dos Estados Unidos ferramentas legais na investidura contra a competição desleal no mercado americano. O ato também é conhecido por ser um dos pioneiros em ter como um dos principais objetivos a proteção integral dos consumidores contra práticas fraudulentas de produtores e fornecedores.

A publicidade deve, ainda, evitar a caracterização de estereótipos ou conter assunto de cunho preconceituoso, encorajando a diversidade e a inclusão das minorias, apresentando modelos positivos variados de todos os grupos, além de **procurar desempenhar um papel de caráter educativo**, influenciando a visão positiva e o respeito aos outros, incitando a honestidade e a precaução de ações potencialmente perigosas.

O código ainda ressalta que, apesar da influência causada pela publicidade e da necessidade de regulação desta em relação ao público infantil, **permanece como papel principal dos pais e tutores** prover instrução e civilidade no **desenvolvimento pessoal e social de seus filhos, sendo os meios de comunicação um elo de contribuição na relação familiar.**

3.2. Disposições e regras específicas

3.2.1. Publicidade enganosa

A fim de garantir que a publicidade infantil direcionada a crianças não seja enganosa, deve-se analisar seu contexto, considerando, entre outros, as expressões e declarações usadas, o formato geral ou a omissão de informação ou produto, que não podem ser ilusórios à criança, levando-a a conclusões equivocadas diante da mensagem passada.

Nesse sentido, para determinar se um conteúdo destinado ao público infantil pode confundir-lo, é preciso refletir sobre a mensagem e como ela seria interpretada levando em consideração seus níveis de experiência e maturidade, além dos limites de suas habilidades cognitivas e de ponderação sobre anúncios publicitários.

3.2.2. Apresentação e informações sobre o produto

A fim de evitar publicidade inapropriada envolvendo a apresentação e as informações prestadas por ela, sua apresentação não pode enganar a criança com relação à velocidade, ao método de operação, à cor, ao som, à durabilidade, aos benefícios nutricionais, entre outros.

Da mesma forma, é proibida a publicidade que confunda a criança quanto aos benefícios do uso do produto, tais como a aquisição de força, *status*, popularidade, crescimento, capacidades e inteligência.

Nesse sentido, proíbe-se a veiculação de mensagem que explore sua imaginação de forma irreal, levando-a a acreditar em performances inatingíveis do produto ou aproveitando-se de sua dificuldade de vislumbrar a realidade da ficção.

Assim, deve a publicidade demonstrar a performance de um produto tal como a criança poderá utilizá-lo, além de apresentá-lo apenas com os itens incluídos no produto objeto da publicidade. Além disso, a publicidade que compara produtos deverá fazê-lo baseada em produtos reais, com suas verdadeiras atribuições, e de forma clara para a criança.

Nessa continuidade, a quantidade apresentada do produto não pode ser excessiva ou maior que aquela razoável. Como exemplo, usamos uma publicidade que demonstra um sujeito comendo uma grande quantidade de alguma comida, muito maior do que a recomendada pelo *Nutrition Facts Panel*.

Ainda sobre publicidade envolvendo alimentação, o encorajamento do uso responsável do produto ofertado é indispensável, sempre visando uma escolha de vida saudável, com frutas e legumes, de acordo com as regras previstas para crianças com menos de 12 (doze) anos no *USDA Dietary Guidelines for Americans e My Pyramid*.

Por fim, a publicidade de produto alimentício deve demonstrar a utilidade do produto, deixando claro que lanches não substituem uma refeição, e que componentes de refeições precisam ser compostos de forma equilibrada, de acordo com parâmetros nutricionais balanceados de outros grupos nutricionais recomendados pela *USDA Dietary Guidelines for Americans e My Pyramid*.

3.2.3. *Divulgação e disclaimer de materiais*

Todo anúncio voltado à criança deve levar em conta seus limites de vocabulário e de habilidade com a língua americana. Além disso, uma vez que o público infantil é mais suscetível a compreender melhor as informações contidas em imagens do que outros tipos de linguagem, é incentivada a publicidade que usa de tais artifícios para que tal público capte a mensagem.

Ainda nesse sentido, a divulgação da mensagem deve ser clara, tanto no que diz respeito ao formato quanto a mídia vinculada, com linguagem e formato próximas e no mesmo formato (como áudio ou gráfico, por exemplo). Na TV, deve ser divulgada publicidade com áudio, a não ser que haja outra forma de comunicação facilmente compreensível ao seu público-alvo¹⁸⁵.

Ainda nesse sentido, a publicidade de produtos que sejam oferecidos desmontados deve deixar clara a necessidade de montá-lo propriamente antes do uso. Caso algum produto seja

¹⁸⁵ Na redação original: “These disclosures should be conspicuous in the advertising format and media used, e.g., online, advertisers should make disclosures clear and proximate to, and in the same format (i.e., audio or graphic) as, the claims to which they are related; in television, advertisers should use audio disclosures, unless disclosures in other formats are likely to be seen and understood by the intended audience.”

essencial para seu uso (como, por exemplo, baterias ou pilhas) e não esteja incluso no objeto ofertado, deve a publicidade informá-lo. Além disso, toda publicidade que divulga produto que deva ser comprado à parte tem a responsabilidade de deixar bem clara tal informação no conteúdo da mensagem.

Nesta sequência, caso uma publicidade televisiva envolva o uso de ligação telefônica, ainda que gratuita, deve ser esclarecido, por meio de áudio e vídeo, a imposição da autorização dos pais para que seja realizada. Da mesma forma, na publicidade vinculada em mídia eletrônica, a necessidade de autorização dos responsáveis deve ser claramente divulgada.

Sobre publicidade que cria ou patrocina áreas no espaço cibernético, através de serviço *on-line* ou *website*, necessária a divulgação do nome da empresa ou marca patrocinadora. Tal pode ser feito por meio de expressões como *Patrocinado por*.

Finalmente, caso videoteipes, CD-ROMs, DVDs ou *softwares* feitos para criança contenham publicidade ou promoções (como *trailers*, por exemplo), tal fato deverá ser claramente divulgado na embalagem do produto.

3.3. Aprovação e apoio de celebridades e entidades públicas

É preciso que as agências e mídias publicitárias compreendam a influência que uma pessoa famosa ou de grande autoridade pode significar, na perspectiva que a criança tem em relação ao produto. Levando isso em conta, a publicidade deve tomar cuidado ao promover seus produtos com essas pessoas, podendo usá-las para tanto apenas e desde que evite criar falsas impressões de que o uso daquele produto pode ter valorizado ou aprimorado aquela figura de influência.

Além disso, todo apoio pessoal feito a um serviço ou produto deve refletir as verdadeiras experiências e crenças daqueles que promovem a publicidade, e, caso o apoiador seja apresentado como *expert* em relação àquele produto ou serviço, deve possuir qualificação verdadeira em relação ao assunto.

3.4. Identificação da publicidade

Na mesma linha, as agências e mídias publicitárias devem observar a dificuldade da criança em compreender a diferença entre publicidade e publicações como artigos ou editoriais, ou ainda programas de TV. Assim, quando existirem anúncios feitos dentro de programas e em

outros meios de comunicação, devem deixar clara a publicidade, por meio de apresentações precisas sobre a natureza da mensagem passada.

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

Sobre o uso de personagens de programas infantis, reais ou animadas, o CARU determina que estas não podem estar associadas a oferta de produtos, prêmios ou serviços por meio, 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, as personagens associadas 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, e de forma facilmente compreensível, que se trata de uma publicidade.

Ambas as disposições não são aplicadas para a mera presença do produto ou da personagem em programa de TV, rádio ou conteúdo editorial.

Já 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.

3.5. Prêmios, clubes infantis, concurso e sorteios

Levando em conta que a promoção de prêmios, clubes, concursos e sorteios pode levar a criança a desejar alguns produtos e serviços, agências e mídias devem ter especial atenção e cuidado na oferta desse tipo de publicidade.

Assim, caso exista prêmio envolvido em publicidade de produto, deve haver prioridade na apresentação do produto, com a menção ao prêmio apenas no final da mensagem. Importante ressaltar que a mensagem sobre as condições de oferecimento do prêmio deve ser colocada de forma clara.

Em relação aos clubes infantis (programas de fidelidade), é preciso atenção ao uso da palavra *clube*, esclarecendo alguns requisitos. Assim, necessária a interatividade, em alguma ação ou performance, que demonstre a intenção de entrar no clube, deixando claro que o simples

fato de comer em um restaurante ou assistir a um programa de TV não são suficientes para torná-lo membro daquele grupo.

Deve a criança demonstrar intenção na continuidade e exclusividade das atividades daquele clube. Assim, cabe a este confirmar relação constante com a criança, por meio de assinatura de revistas semanais ou outras atividades e de oferecimento de benefícios exclusivos aos membros, que não sejam resultado de mera compra de produto específico.

Quanto aos concursos e sorteios, deve-se levar em conta que a criança pode ter expectativas irreais quanto à possibilidade de ganhá-los. Assim, o prêmio deve ser descrito de forma clara e precisa, demonstrando os meios de inscrição gratuitos, caso existam, e as chances de ganhá-lo, sem iludir o público infantil com falsas expectativas.

Por fim, os prêmios devem ser apropriados para crianças, e o conteúdo *on-line* ou os sorteios não podem exigir informações além daquelas razoavelmente necessárias, sempre observando os requisitos sobre dados coletados no código e no Federal Children's Online Privacy Protection Act (COPPA).

3.6. Vendas *on-line*

Anunciantes que vendem produtos e serviços *on-line* devem demonstrar que se dirigem ao público infantil. Da mesma forma, caso a publicidade ofereça compra de produto ou serviço por meio de invocativos como “clique aqui”, deve o anúncio deixar clara a necessidade de permissão dos pais para a validação da aquisição.

Nesse sentido¹⁸⁶, deve haver meios de prover aos responsáveis pela compra o controle da aquisição do produto ou serviço; caso não sejam fornecidos, o publicitário deverá providenciar o cancelamento do pedido, devolvendo todo o crédito dispendido na ação, sem que haja qualquer cobrança de taxas adicionais. É preciso, dessa forma, que a publicidade demonstre preocupação em evitar que a criança faça compras *on-line* sem a autorização de seus responsáveis.

3.7. Pressão para comprar (*sales pressure*)

¹⁸⁶ Na redação original: “4. Requiring the use of a credit card in connection with a transaction is a reasonable effort to provide the person responsible for payment with control over the transaction. This is consistent with COPPA regulations. See 16 CFR § 312.5.”

É vedada a intervenção em publicidade infantil no sentido de convencer a criança a pedir aos pais que comprem o produto ou serviço ofertado. Do mesmo modo, não poderá a publicidade sugerir que os pais ou adultos que o compram são mais generosos ou mais inteligentes por fazê-lo.

Palavras como *apenas* ou *preço baixo* não podem ser usadas na publicidade infantil. Isso porque o marketing destinado a esse público não pode criar o conhecido *puffing*, minimizando o preço das coisas e a percepção e educação dos pais em relação ao tópico.

Nesse sentido, o uso de imperativos ou invocativos que criam o senso de urgência na compra de produto e serviço também deve ser evitado. Além disso, a publicidade não poderá usar de artifícios que levem ao convencimento da criança de que sua compra resultaria em uma maior aceitação por parte de seus colegas e rede de convívio.

Por fim, é preciso conter o uso de mensagens que possam levar a interpretações do público infantil de que o produto ou serviço oferecido pode aumentar o prestígio, as habilidades e outras qualidades da criança, como as características presentes na personagem que apresenta a mensagem publicitária.

3.8. Publicidade inapropriada ou perigosa direcionada ao público infantil

A segurança da criança é outro princípio observado pelo CARU. Dessa forma, publicidades precisam levar em consideração que crianças podem tentar reproduzir cenas da demonstração do produto, o que poderia trazer riscos com a vinculação da mensagem. Assim, a publicidade não poderá promover produtos diretamente a crianças que a exponham a algum risco.

Deve demonstrar crianças usando produtos condizentes com sua idade, usados de forma segura, com todos os equipamentos de segurança necessários, tomando as devidas precauções para evitar riscos e na supervisão de adultos.

Nesse sentido, álcool, drogas, suplementos alimentares e produtos rotulados com o anúncio de “mantenha fora do alcance das crianças” não podem ser ofertados diretamente para crianças ou em *links* para páginas de *websites* e serviços *on-line* para o público infantil.

Ainda nessa toada, a idade das crianças demonstradas em publicidade deve ser condizente com a idade apropriada para o uso do produto ou serviço. Por fim, é preciso levar em conta o fato de que muitos acidentes durante a infância ocorrem diante do mau uso de produtos comuns aos cuidados de uma casa; assim, a publicidade não poderá encorajar as crianças a usá-los.

3.9. Publicidade inapropriada

Agências e mídia de publicidade devem tomar precauções no sentido de que seu conteúdo seja sempre apropriado para o público infantil ao vinculá-lo a filmes, vídeos e *softwares* interativos, quando tratar-se de conteúdo artístico destinado a crianças. Além disso, se existe classificação indicativa do produto ou serviço ofertado, é exigida a rotulagem de classificação em destaque.

Parte 4

Levantamento da literatura nacional e comparada acerca dos impactos econômicos e comportamentais das alternativas institucionais possíveis

1. Os destinatários da proteção: crianças e a adolescentes

Antes de prosseguir com a pesquisa, é essencial identificar, conforme a lei brasileira, quem é a criança e o adolescente, já que é desse grupo de particular vulnerabilidade que estamos tratando.

Os destinatários da proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do seu art. 2º, *caput*, são as crianças e os adolescentes. Para os fins de aplicação da lei, criança é a pessoa que tenha de 0 (zero) até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente é a pessoa que tenha entre 12 (doze) anos completos até 18 (dezoito) anos incompletos.

Conforme o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990), entende-se por criança todo ser humano que tenha menos de 18 (dezoito) anos, salvo se, em conformidade com a lei aplicável, a maioridade seja alcançada antes.

O critério adotado pela lei é o cronológico, ou seja, tendo completado 12 (doze) anos, a criança passa a ser considerada adolescente; tendo completado 18 (dezoito) anos, a pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil, e imputável no direito penal.

Poder-se-ia ter adotado o critério psicológico, situação em que seria analisada a capacidade de entendimento e consciência da pessoa para dizer se deve ser considerada capaz de direitos e obrigações ou se se poderia imputar a ela uma conduta criminosa, mas essa não foi a opção do legislador.

A distinção feita entre crianças e adolescentes pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem especial importância para a aplicação de medidas de proteção ou medidas socioeducativas. As medidas protetivas são aplicáveis às crianças e aos adolescentes nas ocasiões em que estes estiverem em situação de risco (art. 98 e art. 101 do ECA). Já as medidas socioeducativas são aplicáveis aos adolescentes quando da prática de ato infracional (rol taxativo do art. 112 do ECA). Caso a criança pratique um ato infracional, somente poderá ser aplicada a ela uma

medida protetiva.

Outra distinção essencial diz respeito ao consentimento da criança ou do adolescente na hipótese de colocação em família substituta. Deve o juiz, nessas circunstâncias, ouvir a criança e o adolescente respeitando o seu grau de discernimento e compreensão da medida. No entanto, caso a medida recaia sobre o adolescente, este deverá, além de ouvido, consentir com a medida.

Para a finalidade do nosso trabalho, entendemos que a distinção entre faixa etária feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não é suficiente. A psicologia nos fornece melhor condição de análise das fases de desenvolvimento do infante para que se possa fazer a devida adequação da publicidade dos produtos no mercado de consumo.

1.1. O desenvolvimento infantil segundo a psicologia

A área da psicologia destinada ao estudo do desenvolvimento da criança relaciona três aspectos de desenvolvimento que devem ser analisados: o físico, o cognitivo e o psicossocial. Esses domínios são divididos em cinco períodos da infância: pré-natal, primeira infância, segunda infância, terceira infância e puberdade.

O desenvolvimento físico diz respeito ao crescimento do corpo e do cérebro, das habilidades motoras e da saúde. O cognitivo¹⁸⁷ trata das habilidades mentais (aprendizagem, atenção, memória, entre outras). Já o psicossocial¹⁸⁸ está relacionado aos padrões de mudança das emoções e da personalidade nas relações sociais. As sociedades já consideraram de diferentes formas os períodos de desenvolvimento da criança¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Sobre o desenvolvimento cognitivo, explica Papalia: “A mudança e a estabilidade nas habilidades mentais, como aprendizagem, atenção, memória, linguagem, pensamento, raciocínio moral e criatividade, constituem o desenvolvimento cognitivo. Os avanços cognitivos estão intimamente relacionados ao crescimento físico, social e emocional. A capacidade para falar depende do desenvolvimento físico da boca e do cérebro. Uma criança que tem dificuldade para se expressar verbalmente pode provocar reações negativas nas outras, afetando a própria popularidade e autoestima” (PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **O mundo da criança**. 11. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2009. p. 10).

¹⁸⁸ “A mudança e a estabilidade da personalidade, as emoções e as relações sociais constituem o desenvolvimento psicossocial e este pode afetar o funcionamento cognitivo e físico. A ansiedade relacionada a submeter-se a um teste pode piorar o desempenho. O apoio social pode ajudar as crianças a lidar com os efeitos do estresse na saúde física e mental. De modo contrário, as capacidades físicas e cognitivas afetam o desenvolvimento psicossocial, contribuindo para a autoestima e aceitação social” (PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **O mundo da criança**. 11. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2009. p. 10).

¹⁸⁹ “Por volta de 1600, a especialização das brincadeiras atingia apenas a primeira infância; depois dos três ou quatro anos, ela se atenuava e desaparecia. A partir dessa idade, a criança jogava os mesmos jogos e participava das mesmas brincadeiras dos adultos, quer entre crianças, quer misturada aos adultos. Sabemos disso graças principalmente ao testemunho de uma abundante iconografia, pois, da Idade Média até o século XVIII, tornou-se comum representar cenas de jogos: um índice do lugar ocupado pelo divertimento na vida social do Ancien Régime. Já vimos que Luís XIII, desde seus primeiros anos, ao mesmo tempo que brincava com bonecas, jogava péla e malha, jogos que hoje nos parecem ser muito mais jogos de adolescentes e de adultos. Numa gravura de Arnoult 5 do século XVII, vemos crianças jogando boliche. São crianças bem nascidas, a julgar pelas mangas falsas da menina. Não se sentia nenhuma repugnância em deixar as crianças jogar, assim que se tornavam capazes,

Conforme explica Papalia, nas sociedades ocidentais, a psicologia mapeia as principais evoluções comuns nos cinco períodos de desenvolvimento, divididos da seguinte forma¹⁹⁰:

No período **pré-natal**, que compreende o período da concepção ao nascimento, haverá, em relação ao desenvolvimento físico, formação das estruturas básicas do corpo e dos órgãos, começa o desenvolvimento cerebral, haverá crescimento mais rápido se comparado a outras fases. No aspecto cognitivo, a capacidade de aprender e lembrar, bem como de responder a estímulos, está se desenvolvendo. Quanto ao desenvolvimento psicossocial, o nascituro responde à voz da mãe e costuma desenvolver uma preferência por ela.

Durante o período da **primeira infância**, que corresponde ao nascimento da criança até os 3 (três) anos de idade, o crescimento físico e o desenvolvimento de habilidades motoras são rápidos, o cérebro cresce em complexidade e sofre influências ambientais. Quanto ao desenvolvimento cognitivo, as capacidades de aprender e lembrar já estão presentes desde as primeiras semanas de vida, o uso dos símbolos e a capacidade de resolver problemas se desenvolvem no fim do segundo ano e a compreensão e o uso da linguagem se desenvolvem rapidamente. No aspecto psicossocial, a criança passa a desenvolver laços afetivos com os pais e outras pessoas com quem convive, a autoconsciência se desenvolve e começa a ocorrer a passagem da extrema dependência a certa autonomia.

A **segunda infância** corresponde ao período dos 3 (três) aos 6 (seis) anos de idade. Nela, o crescimento físico mantém o ritmo da primeira infância, a aparência se torna mais esguia e as proporções passam a ser mais parecidas com as dos adultos. É nessa fase que se manifesta a preferência pelo uso de uma das mãos, as habilidades motoras grossas e finas melhoram e a força física aumenta. No aspecto cognitivo, a criança passa a apresentar pensamento egocêntrico, mas aumenta a compreensão do sentido do outro, além de apresentar algumas ideias ilógicas sobre o mundo; a memória e a linguagem melhoram.

No relacionamento social, a família ainda é o foco do relacionamento, mas o contato com outras crianças aumenta e o convívio social passa a se intensificar; o conceito e a

jogos de cartas e de azar, e a dinheiro. Uma das gravuras de Stella dedicada aos jogos dos putti descreve com simpatia a infelicidade de um deles, que havia perdido tudo. Os pintores caravagescos do século XVII muitas vezes retrataram grupos de soldados jogando excitadamente em tavernas mal-afamadas: ao lado de velhos soldados, veem-se meninos muito jovens, de 12 anos talvez, e que não parecem ser os menos animados. Uma tela de S. Bourdon representa um grupo de mendigos em torno de duas crianças, observando-as jogar dados. O tema das crianças jogando a dinheiro jogos de azar ainda não chocava a opinião pública, pois é encontrado também em cenas que mostram não mais velhos, soldados ou mendigos, mas personagens sérias como as de Le Nain” (ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1981. p. 50).

¹⁹⁰ PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **O mundo da criança**. 11. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2009. p. 11.

compreensão das emoções tornam-se mais complexos, e a criança começa a apresentar iniciativa, independência e autocontrole. É nessa etapa que começa a ser desenvolvida a identidade e que as brincadeiras tornam-se mais imaginativas, mais elaboradas e mais sociais. É comum nessa fase a criança apresentar sinais de agressividade, medo e altruísmo.

Na etapa da **terceira infância**, que equivale à fase dos 6 (seis) anos até os 11 (onze) anos de idade, o crescimento físico desacelera, as habilidades atléticas melhoram e a saúde costuma estar mais fortalecida, se comparada com as etapas anteriores. O desenvolvimento cognitivo apresenta melhora na habilidade da memória e linguagem, permitindo que as crianças participem e se beneficiem da educação formal. É nessa fase que as crianças passam a demonstrar suas naturais dificuldades ou habilidades de aprendizagem formal e a pensar de forma mais lógica e concreta, e o egocentrismo diminui.

É na terceira infância que a turma de amigos assume importância central, que a autopercepção se torna mais complexa e, por consequência, aparecem os primeiros sinais de problemas com a autoestima.

Por fim, o quinto período, a **puberdade** (pré-adolescência) e a **adolescência**, compreende o período dos 11 (onze) anos até os 20 (vinte) anos de idade. Nessa fase, o crescimento físico e outras mudanças no corpo são rápidos e profundos, ocorrendo a maturidade nos órgãos reprodutores. Os maiores riscos para a saúde estão ligados ao uso de drogas e aos transtornos alimentares.

No aspecto cognitivo, a capacidade de pensar abstratamente e de usar o raciocínio científico se desenvolve, mas o pensamento imaturo e algumas atitudes correlatas ainda persistem. É nessa fase que a pessoa começa a preparação para o ensino superior ou para o desenvolvimento de outras vocações. Nas relações sociais, ocorre a busca pela identidade, fazendo com que o adolescente sofra influência positiva ou negativa dos amigos, mas não o afasta, necessariamente, do bom (ou mau) relacionamento com a família.

Todos esses preceitos da psicologia não são estanques e estão sempre sendo estudados e revisados. No entanto, é mister atentar para o grau de desenvolvimento das crianças de modo a dirigir corretamente os produtos e serviços no mercado de consumo.

1.2. Piaget e a psicologia genética

Os estudos sobre desenvolvimento humano têm grande importância para a psicologia e para a pedagogia, e concentram esforços em entender o desenvolvimento do ser humano e a sua relação com o mundo. Entre os estudiosos do desenvolvimento humano, Jean Piaget foi, sem

dúvida, um dos mais notáveis representantes, tendo sido responsável pela denominada “teoria psicogenética”.

A preocupação da epistemologia genética é explicar como o conhecimento é construído, relacionando a capacidade cognitiva do ser humano às interações sociais¹⁹¹. Piaget criou, portanto, a *linha interacionista*, vinculando o materialismo histórico ao materialismo biológico; afirma que o desenvolvimento da inteligência humana somente ocorre em razão das interações sociais, mas que essas interações são diferentes a depender da idade e do desenvolvimento biológico do ser que se relaciona¹⁹².

No Capítulo 5 da obra *Seis estudos de psicologia*, Piaget considera quatro períodos no processo evolutivo da espécie humana, que não foram inventados *a priori*, mas descobertos empiricamente. São eles: sensório-motor (0 a 2 anos), pré-operatório (2 a 7 anos), operações concretas (7 a 11 ou 12 anos) e operações formais (11 ou 12 anos em diante). Essas divisões não são peremptórias e dependem da quantidade e qualidade dos estímulos que a criança recebe.

Segundo Piaget, no primeiro período, o **sensório-motor** (0 a 2 anos), as funções mentais limitam-se aos reflexos inatos e à percepção dos movimentos. Nesse período, que antecede a linguagem, a criança não faz operações lógicas, mas demonstra que o desenvolvimento cognitivo começa antes da linguagem e que esta só foi possível de ser desenvolvida em razão da preparação do período sensório-motor.

No segundo período, o **pré-operatório** (2 a 7 anos), temos o aparecimento da função

¹⁹¹ “Logo nas primeiras linhas da introdução do livro *L’Epistémologie Génétique* (1970), Piaget afirma que ‘o conhecimento não pode ser concebido como algo predeterminado nem nas estruturas internas do sujeito’ e ‘nem nas características preexistentes do objeto’. No primeiro caso a afirmação é respaldada, segundo ele, no fato de que as estruturas ‘resultam de uma construção efetiva e contínua’. Para o segundo caso, o respaldo é que aquelas características ‘só são conhecidas graças à mediação necessária dessas estruturas, e que estas, ao enquadrá-las, enriquecem-nas’. Com essas afirmações, Piaget estava contestando, por um lado, tanto os behavioristas como os etologistas e, por outro, tanto os empiristas como, em parte, os aprioristas. Piaget era contrário ao *Behaviorismo* por não acreditar que os processos de aprendizagem possam ser pesquisados sob condições rigidamente controladas e por esses pesquisadores acreditarem que se possa inculcar na mente infantil, a qualquer tempo, o que quer que seja. Quanto aos defensores da *Biologia do Comportamento*, que se inspiravam no neodarwinismo, ele discordava de que tanto todo conhecimento como comportamento tem suporte nas capacidades inatas. A discordância em relação ao *Empirismo* se dava principalmente por seus seguidores acreditarem que o conhecimento está fundado em parte numa espécie de cópia da realidade, por meio de representações e em parte pelo entrelaçamento dessas representações. A contestação, em partes, ao *Apriorismo* se deve ao fato de que os aprioristas explicavam o conhecimento por meio do ‘empenho ativo do sujeito cognoscente e atribuíam a estes um aparelho categorial que apenas torna possível a experiência, em vez de proceder, ele próprio, da experiência” (PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. *Revista FACEVV*, n. 2, p. 26, 1º sem. 2009).

¹⁹² Explicam Yves de La Taille, Marta Kohl de Oliveira e Heloysa Dantas: “O equacionamento que Piaget dá a essa questão passa por dois momentos. O primeiro: definir de forma mais precisa o que se deve entender por ‘ser social’. O segundo: verificar como os fatores sociais comparecem para explicar o desenvolvimento intelectual. Escreve Piaget: ‘O homem normal não é social da mesma maneira aos seis meses ou aos vinte anos de idade, e, por conseguinte, sua individualidade não pode ser da mesma qualidade nesses dois diferentes níveis” (Piaget, *Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 12).

simbólica ou semiótica, ou seja, é a emergência da linguagem. Na fase pré-operatória, a criança ainda não consegue estabelecer trocas intelectuais e sociais equilibradas, falta-lhe, conforme aponta La Taille, Oliveira e Dantas, “a capacidade de aderir a uma escala comum de referência, condição necessária ao verdadeiro diálogo”¹⁹³. Assim, por exemplo, em um jogo, cada um segue suas próprias regras, “sem sentir necessidade de regular as diferentes condutas a partir de uma referência única”¹⁹⁴.

A ausência de esquemas conceituais e de lógica faz com que a criança tenha, nessa fase, o egocentrismo como característica marcante. Conforme Piaget, a criança não concebe uma realidade da qual ela não faça parte e isso se deve à dificuldade que ela tem de se colocar no ponto de vista do outro, deixando de estabelecer relação de reciprocidade. Nesse estágio, a criança não consegue raciocinar partindo de um estágio inicial para um estágio final simultaneamente.

O terceiro período, o das **operações concretas** (7 a 11, 12 anos), é caracterizado pelo início da capacidade da criança de estabelecer relações e coordenar pontos de vista diferentes (próprios e de outrem) e de integrá-los de uma forma lógica. Outra característica é a possibilidade de interiorizar ações e realizar operações mentais, sem dependência da materialização.

A entrada da criança nesse estágio configura um momento decisivo na construção dos instrumentos do conhecimento. As ações interiorizadas passam a adquirir categoria de *operação*. Por *operação*, devemos enten

der a ação da criança, a habilidade de pensar a ação e reverter o pensamento de forma coordenada¹⁹⁵.

A reversibilidade somente será construída na fase operatória, razão pela qual a criança já consegue pensar de forma coerente, logrando raciocinar de um estágio inicial para o estágio final simultaneamente.

No quarto período, o estágio das **operações formais** (12 anos em diante), o adolescente já alcançou o mundo das operações formais, permitindo que consiga realizar operações por meio das hipóteses e não somente dos objetos; é capaz de formar esquemas conceituais abstratos e executar operações mentais dentro de princípios da lógica formal: “O raciocínio hipotético-

¹⁹³ LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão**. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 15.

¹⁹⁴ LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão**. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 15.

¹⁹⁵ PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, n. 2, p. 32, 1º sem. 2009.

dedutivo torna-se possível, e, com ele, a constituição de uma lógica ‘formal’ quer dizer, aplicável a qualquer conteúdo”¹⁹⁶.

A partir de então, o indivíduo adquire a sua forma final de equilíbrio, ou seja, ele consegue alcançar o padrão intelectual que persistirá durante a idade adulta. Isso não quer dizer que ocorra uma estagnação das funções cognitivas a partir do ápice adquirido na adolescência, mas será a forma predominante de raciocínio utilizada pelo adulto.

Os processos da conduta e da socialização também são analisados por Piaget em todas as etapas anteriormente descritas. **Para o psicólogo, o “ser social” é aquele que consegue relacionar-se com seus semelhantes de forma equilibrada, e o equilíbrio de uma troca de pensamentos pressupõe: um sistema comum de signos e definições; a conservação das proposições válidas obrigando aquele que as reconhece como tal e uma reciprocidade de pensamento entre os interlocutores**¹⁹⁷.

A ideia central de Piaget é a de que as estruturas mentais afetivas e cognitivas são construídas a partir de esquemas motores e da interação que se estabelece entre o indivíduo e o meio social, a sua realidade¹⁹⁸.

Conforme dissemos, na primeira infância (pré-operatório) a criança tem o pensamento egocêntrico, não tendo domínio do seu “eu”, e ainda é heterônoma na sua forma de pensar, o que a impede de manter relações de reciprocidade. No estágio operatório (operações concretas e operações formais), das trocas intelectuais, quando a criança passa a ter a habilidade de pensar a ação e reverter o pensamento de forma coordenada, ela começa a desenvolver a personalidade.

Conforme Piaget:

A personalidade não é o “eu” enquanto diferente dos outros “eus” e refratário à socialização, mas o indivíduo se submetendo voluntariamente às normas de reciprocidade e de universalidade. Como tal, longe de estar à margem da sociedade, a

¹⁹⁶ PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 107.

¹⁹⁷ LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão**. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 14.

¹⁹⁸ Nas palavras do autor: “Nos três campos que acabamos de descrever rapidamente, constatamos, então, que a linguagem não é suficiente para explicar o pensamento, pois as estruturas que caracterizam essa última têm raízes na ação e nos mecanismos senso-motores que são mais profundos que o fato linguístico. Mas não é menos evidente que, quanto mais refinadas as estruturas do pensamento, mais a linguagem será necessária para complementar a elaboração delas. A linguagem, portanto, é codificação necessária mas não suficiente para a construção das operações lógicas. Ela é necessária pois sem o sistema de expressão simbólica que constitui a linguagem, as operações permaneceriam no estado de ações sucessivas, sem jamais se integrar em sistemas simultâneos ou que contivessem, ao mesmo tempo, um conjunto de transformações solidárias. Por outro lado, sem a linguagem, as operações permanecem individuais e ignorariam, em consequência, esta regularização que resulta na troca interindividual e da cooperação. É neste duplo sentido da condensação simbólica e da regularização social que a linguagem é indispensável à elaboração do pensamento. Entre a linguagem e o pensamento existe, assim, um ciclo genético, de tal modo que um dos dois termos se apoia, necessariamente, sobre o outro, em formação solidária e em perpétua ação recíproca. Mas ambos dependem, no final das contas, da inteligência, que é anterior à linguagem e independe dela” (PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 85).

personalidade constitui o produto mais refinado da socialização. Com efeito, é na medida em que o “eu” renuncia a si mesmo para inserir seu ponto de vista próprio entre os outros e se curvar assim às regras da reciprocidade que o indivíduo torna-se personalidade [...] Em oposição ao egocentrismo inicial, o qual consiste em tomar o ponto de vista próprio como absoluto, por falta de poder perceber seu caráter particular, a personalidade consiste em tomar consciência desta relatividade da perspectiva individual e colocá-la em relação com o conjunto das outras perspectivas possíveis: a personalidade é, pois, uma coordenação da individualidade com o universal¹⁹⁹.

Piaget ressalta que as relações sociais devem ser de *cooperação* para possibilitar o desenvolvimento da personalidade na criança. A cooperação pressupõe a existência de dois ou mais sujeitos, cada um entendendo o ponto de vista do outro, de modo que haja interação simétrica, sem coação.

As relações sociais fundamentadas na *coação*²⁰⁰ corresponderão sempre a um baixo nível de participação social, fazendo com que os indivíduos permaneçam isolados, cada um com o seu ponto de vista, impedindo o desenvolvimento da inteligência e da personalidade da criança.

A autonomia progressiva da criança somente pode ser alcançada quando as relações sociais forem fundamentadas na cooperação. É justamente essa cooperação trabalhada por Piaget nas relações sociais, com o objetivo de fazer a criança participar da sociedade dentro do seu grau de maturidade.

1.3. Desenvolvimento cerebral e neurociências

Piaget demonstrou que o desenvolvimento estrutural e funcional do cérebro é imperioso para que a pessoa aprimore habilidades sociais e emocionais. Com o avanço da tecnologia, é possível estudar o desenvolvimento cerebral por meio de tomografias computadorizadas e descobrir quais áreas são estimuladas por determinadas atividades, sugerindo quais partes do cérebro comandam nossos sentidos e nossas ações.

Pesquisas mais recentes mostram que uma das regiões cerebrais com desenvolvimento

¹⁹⁹ *Apud* LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon:** teorias psicogenéticas em discussão. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 17.

²⁰⁰ “Chamamos de coação social, escreve Piaget, toda relação entre dois ou n indivíduos na qual intervém um elemento de autoridade ou de prestígio. Vamos a dois exemplos. Um professor afirma determinada proposição, e seu aluno, que nele vê um homem de prestígio – seja pelo simples fato de ser professor, seja pelo fato de ser professor de uma academia famosa – acredita ‘piamente’ na proposição afirmada. Vale dizer que o aluno em questão toma como verdade o que lhe foi dito, não porque tenha sido convencido por provas e argumentos, mas porque a ‘fonte’ da afirmação é vista por ele como digna de confiança ou como lugar de poder” (LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon:** teorias psicogenéticas em discussão. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 17).

mais lento é a região do córtex, localizada na metade frontal do cérebro e responsável pelo controle dos impulsos.

Alguns estudos sugerem

que o córtex pré-frontal é fundamental para o controle da atenção, do raciocínio e do comportamento, em parte devido ao fato de unir os centros de controle da percepção, emocional e motor localizados em outras partes do cérebro. O fato de o córtex pré-frontal ter um desenvolvimento lento e, ao mesmo tempo, ser importante para o controle executivo sugere que o desenvolvimento do funcionamento executivo está intimamente relacionado ao amadurecimento do córtex pré-frontal. Uma implicação disso é que os desafios básicos do dia a dia como, por exemplo, não brincar com um brinquedo proibido, serão difíceis, mesmo para as crianças com um desenvolvimento normal²⁰¹.

O desenvolvimento cerebral completo ocorre em torno dos 21 (vinte e um) anos²⁰², e durante a fase de desenvolvimento os impulsos comportamentais (que são regulados pelo córtex pré-frontal) tendem a ser mais difíceis de controlar, dificultando o adolescente de concentrar-se por períodos longos e planejar atividades, e algumas pesquisas sugerem que há nessa fase maior vulnerabilidade em relação aos vícios²⁰³.

Jaderson Costa da Costa²⁰⁴ explica que o desenvolvimento mais acentuado da estrutura cerebral em termos de volume e de maturação cerebral ocorre nos primeiros anos de vida de desenvolvimento da criança. O desenvolvimento das funções do córtex cerebral habilitará a criança aos processos perceptuais, interpretativos ou associativos e também às funções

²⁰¹ MORTON, Bruce; KNAPP, Katie. Desenvolvimento do cérebro e funcionamento executivo. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.encyclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt-pt/2474/desenvolvimento-do-cerebro-e-funcionamento-executivo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2015.

²⁰² “Según la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es el periodo de edad comprendido entre los 10 y los 19 años (la segunda década). Esta etapa, a su vez, se subdivide en dos grupos de edad: de 10-14 años (adolescencia temprana) y de 15-19 años (adolescencia tardía). La adolescencia es una etapa de cambios sustanciales en tiempos cortos, que afectan al desarrollo y la consolidación de las funciones del organismo. Las transformaciones incluyen la aparición de la pubertad, el afianzamiento y la consolidación de las relaciones sociales con los iguales o el forcejeo por conseguir la independencia respecto de los padres o tutores. El tiempo y la forma de la adolescencia son cambiantes. El comienzo de la pubertad tiende a ser más temprano, mientras que se retrasa la edad en la que se consiguen papeles sociales más estables. Esta etapa de la vida se caracteriza por un desarrollo muy importante del cerebro que incluye el establecimiento, la remodelación y la consolidación de los circuitos neuronales en lugares clave de la corteza prefrontal y en otras áreas corticales y subcorticales, esenciales en las funciones ejecutivas del cerebro” (GARCÍA, Francisco David Rodríguez; RUIZ, María Luisa Sanchiz; ALZINA, Rafael Bisquerra. Consumo de alcohol en la adolescencia. Consideraciones médicas y orientaciones educativas. **Salud Mental**, v. 37, n. 3, maio-jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252014000300010&lang=pt. Acesso em: 9 jul. 2015).

²⁰³ “Se ha demostrado una clara correlación entre la edad en la que se comienza a consumir alcohol y el riesgo de ser alcohólico en la edad adulta. Cuanto antes se comienza a beber, el riesgo es mayor. Los programas de prevención primaria o secundaria, que ayuden a los adolescentes a tomar conciencia de los efectos dañinos de esta droga y a desarrollar habilidades de autocontrol y toma de decisiones, constituyen un enfoque relevante” (GARCÍA, Francisco David Rodríguez; RUIZ, María Luisa Sanchiz; ALZINA, Rafael Bisquerra. Consumo de alcohol en la adolescencia. Consideraciones médicas y orientaciones educativas. **Salud Mental**, v. 37, n. 3, maio-jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252014000300010&lang=pt. Acesso em: 9 jul. 2015).

²⁰⁴ Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana María Blanco (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 14-21.

executivas e escolhas racionais.

Explica ainda o autor que todo o processo de desenvolvimento da criança ocorre por meio de “janelas” temporais em que predomina uma ou outra etapa e que todas essas janelas são bastante influenciadas pelo ambiente de desenvolvimento da criança²⁰⁵.

Por fim, conclui que a influência do meio na estruturação do cérebro e na sua organização funcional é particularmente expressiva nos primeiros anos da infância devido ao elevado potencial de adaptação e modificação estrutural e funcional do cérebro, decorrente de sua plasticidade (esta é, justamente, a capacidade de o sistema nervoso se modificar em resposta a flutuações da atividade neural). Ademais, o desenvolvimento de redes neurais depende da interação gene e ambiente, e a interação entre estímulos internos (genética) e externos (ambiente) demonstra que a influência ambiental é bastante acentuada entre crianças e adolescentes.

1.4. Tábula rasa

Antes de aprofundar o estudo a respeito da economia comportamental e do neuromarketing, vale aqui uma breve, porém rica, discussão a respeito do comportamento das crianças e dos adolescentes (não só em relação ao marketing ou às compras, mas também às características de personalidade) e das influências genética e social que recebem.

Entre os autores da filosofia, da psicologia e da educação, ainda é bastante comum a utilização da expressão “tábula rasa” para designar a ideia de que crianças são como uma lousa em branco, prontas para serem moldadas conforme o ambiente em que vivem²⁰⁶. Daí viria a extrema importância dos pais na criação dos filhos, do ambiente escolar e da sociedade em que vivem.

Aristóteles afirmou que “a mente é uma tábula rasa” para dizer que nada existe na mente se não estivesse antes nos sentidos. John Locke, um dos principais pensadores da educação no

²⁰⁵ “O desenvolvimento sensório-motor atinge o pico entre os 2 e 4 meses de idade, estendendo-se até o segundo ano de vida; segue-se o desenvolvimento do córtex associativo ou interpretativo (corte posterior e temporal) com pico entre 6 e 8 meses e se estendendo até o 8º ano e finalmente o desenvolvimento do córtex pré-frontal (funções executivas) com pico entre o 1º e o 4º ano de vida, estendendo-se até os 14-16 anos de vida” (COSTA, Jaderson Costa da. *Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil*. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco [org.]. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 14-21).

²⁰⁶ “A doutrina da tábula rasa arraigou-se na vida intelectual sob uma forma que foi chamada de Modelo Padrão da Ciência Social ou construtivismo social” (PINKER, Steven. **Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 37).

século XIX, asseverou que a mente é como uma cera passiva, desprovida de conteúdo, em que os dados da sensibilidade vão imprimindo ali as ideias que podemos conhecer²⁰⁷.

Para Locke, a única coisa que pode ser inata no homem é a capacidade de depreender (abstrair) ideias dos fatos singulares (e não que as próprias ideias sejam inatas, como em Descartes). Em seu *Ensaio sobre o entendimento humano*, Locke faz uma espécie de mapeamento de como se produzem as ideias em nossa mente. As ideias derivam das sensações. Não existe pensamento puro sobre conceitos meramente inteligíveis, mas pensar é sempre pensar em algo recebido pelas sensações impresso em nossa mente.

Na mesma linha de pensamento, Steven Pinker seleciona frases de importantes autores que afirmam ser a mente uma “tábula rasa”²⁰⁸:

“Instintos não criam costumes; costumes criam instintos, pois os supostos instintos dos seres humanos são sempre aprendidos, nunca inatos.”

Ellsworth Faris (1972)

“Fenômenos culturais [...] não são, em nenhum aspecto, hereditários, e sim, caracteristicamente se sem exceção, adquiridos.”

George Murdock (1932)

“O homem não tem natureza; o que ele tem é história.”

José Ortega y Gasset (1935).

Em obra polêmica e muito interessante denominada *Tábula rasa*, Steven Pinker discute a **natureza humana**, ou seja, nas palavras do autor, “uma dotação de faculdades cognitivas e emocionais que é universal nos espécimes sadios do *Homo Sapiens*”²⁰⁹.

O autor parte do pressuposto de que há uma **natureza humana universal**, na qual a **mente deve parte de sua estrutura a informações no genoma**, sendo moldada pela **seleção natural** com uma lógica comum a todas as culturas e não podendo ser apagada ou redesenhada a partir do zero.

Segundo Pinker, existe “a teoria oficial”, que ora mencionamos (*tábula rasa*), que se opõe a esse entendimento, embasada nas três teorias que intitulam a primeira parte do livro: a tábula rasa, o bom selvagem e o fantasma na máquina. De autoria de Locke, Rousseau e Descartes, respectivamente, essas teorias são conhecidas como empirismo, romantismo e

²⁰⁷ “A teoria psicológica moderna, como evidencia todo livro didático introdutório, tem raízes em John Locke e em outros pensadores do Iluminismo. Para Locke, a tábula rasa era uma arma contra a Igreja e os monarcas tirânicos, mas no século XIX essas ameaças haviam amainado no mundo anglófono. John Stuart Mill (1806-73), herdeiro intelectual de Locke, foi talvez o primeiro a aplicar a psicologia da tábula rasa a questões políticas que reconhecemos hoje. Ele esteve entre os primeiros a defender o voto feminino, a educação compulsória e a melhora nas condições das classes menos favorecidas” (PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 39).

²⁰⁸ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 47.

²⁰⁹ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 200.

dualismo. O autor afirma que, com frequência, elas são encontradas juntas e ainda figuram nos tempos atuais para justificar a separação entre cultura e biologia, tornando a natureza humana um construído²¹⁰.

A argumentação científica trazida pelo autor a favor de uma natureza **humana complexa** é guiada pelas **ciências da mente, cérebro, genes e evolução**, fazendo cair por terra a separação entre matéria e mente, físico e mental, biologia e cultura, natureza e sociedade, ciências e ciências sociais e humanas. Nessa linha, são propostas pelo autor quatro pontes que ligariam a biologia e a cultura: a ciência cognitiva, a neurociência cognitiva, a genética comportamental e a psicologia evolucionista.

Sugere o autor que devemos entender os processos mentais e até estudá-los em laboratório; compreendendo mais profundamente o conceito de mente, é possível afirmar que muitos princípios da *tábula rasa* são desnecessários ou mesmo incoerentes.

Aponta, para tanto, **cinco princípios da revolução cognitiva** que passaram a reformular nosso modo de pensar e falar sobre a mente. São eles:

- **O mundo real pode ser alicerçado no mundo físico pelos conceitos de informação, computação e *feedback*.** Os eventos comuns têm causas, mas o comportamento humano tem razões. Pela teoria computacional da mente, podemos explicar a mente e os processos de informação de fabricação humana usando alguns princípios e associando, portanto, o mundo natural e a engenharia humana²¹¹.
- **A mente não pode ser uma *tábula rasa*, pois *tábulas rasas* não fazem coisa alguma.** Aqui, o autor faz novamente um paralelo entre os computadores e a mente. Para que haja um desempenho da mente, é necessário um *hardware* para que o *software* seja instalado: o *hardware* seria a estrutura cerebral que vai se desenvolvendo para que os *softwares* possam ser utilizados. Afirma, portanto,

²¹⁰ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²¹¹ “Decerto isso requer a criatividade e a intuição humanas – razão por que todo mundo sabe que jamais os computadores comporão uma sinfonia, escreverão uma história ou pintarão um quadro. Mas talvez todo mundo esteja errado. Sistemas de inteligência artificial recentes escreveram contos passáveis, compuseram convincentes sinfonias no estilo de Mozart, desenharam belas imagens de pessoas e passagens e conceberam ideias espertas para anúncios publicitários. Nada disso implica que o cérebro funciona como um computador digital, que a inteligência artificial um dia duplicará a mente humana ou que os computadores são conscientes no sentido de ter experiência subjetiva em primeira pessoa. Mas indica que raciocínio, inteligência, imaginação e criatividade são formas de processamento de informação, um processo físico bem compreendido. A ciência cognitiva, com a ajuda da teoria computacional da mente, exorcizou pelo menos um fantasma da máquina” (PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 58).

que algo na mente tem que ser inato, já que o cérebro é apenas o mecanismo responsável pelo aprendizado: “não pode haver aprendizado sem um conjunto de circuito inato que faça o aprendizado”²¹².

- **Um conjunto infinito de comportamentos pode ser gerado por programas combinatórios finitos da mente.** Aqui, o autor afirma que a ciência cognitiva solapou a tábula rasa e, por consequência, pode-se desculpar as pessoas por zombarem da suposição de que o comportamento humano está “nos genes” ou é “produto da evolução”. Para o autor, os atos humanos não são meramente um “repertório de ações automáticas”, mas também um construído sem limites estabelecidos pelo cérebro ou pela cultura²¹³.
- **Mecanismos mentais universais podem fundamentar a variação superficial entre culturas.** Ao analisar a influência cultural e o comportamento humano, deve-se pensar em um *software* mental que estrutura o comportamento em todas as culturas, tornando as diferenças entre estas muito menores que supomos, visto que há mais semelhanças do que diferenças comportamentais entre as sociedades²¹⁴.
- **A mente é um sistema complexo composto de muitas partes que interagem.** A mente é **modular**, com muitas partes que cooperam para gerar um desencadeamento de pensamentos ou uma ação organizada e, portanto, não pode ser considerada um “orbe homogêneo” dotado de características globais. Assim, a mente possui distintos “sistemas de processamento de dados” e cada um é

²¹² PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 58.

²¹³ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 58.

²¹⁴ E, concluindo, afirma: “A moral da história, portanto, é que categorias bem conhecidas de comportamento – costumes matrimoniais, tabus relacionados a alimentos, superstições populares, etc. – certamente variam entre as culturas e têm de ser aprendidas, mas **os mecanismos mais profundos de computação mental que as geram talvez sejam universais e inatos**. As pessoas podem vestir-se de jeitos diferentes, mas todas se empenham em ostentar seu *status* por meio da aparência. Podem respeitar os direitos dos membros de seu clã exclusivamente ou podem estender esse respeito a todos da tribo, nação-Estado ou espécie, mas todas dividem o mundo em que é do grupo e quem não é do grupo. Podem diferir em que resultados atribuem às intenções de seres conscientes, havendo aquelas que aceitam que só os artefatos são deliberadamente produzidos, outras que acreditam que as doenças são causadas por feitiço de inimigos, outras ainda que creem que um mundo inteiro é obra de um criador. Mas todas elas explicam certos eventos invocando a existência de entidades com mentes que se esforçam para concretizar objetivos. Os behavioristas entenderam o contrário: **é a mente, não o comportamento, que segue leis**” (PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 65, grifo nosso).

dedicado a diferentes conteúdos, como a linguagem, a noção de espaço e a manutenção temporária de informações²¹⁵.

Em termos de comportamento, em especial no mercado de consumo, não se pode afirmar, com base nas lições de Pinker, que o homem contemporâneo é construído pela sociedade de consumo. Aliás, é possível compreender que, para o autor, é o homem que constrói a sociedade de consumo. Vejamos:

A ideia aventada pela revolução cognitiva de que a mente é um sistema de módulos computacionais gerativos universais lança por terra as bases sobre as quais os debates da natureza humana foram travados por séculos. Hoje em dia é totalmente equivocado indagar se os humanos são flexíveis ou programados, se o comportamento é universal ou varia entre as culturas, se os atos são aprendidos ou inatos, se somos essencialmente bons ou essencialmente maus. Os humanos comportam-se de maneira flexível *porque* são programados: suas mentes são dotadas de *software* combinatório capaz de gerar um conjunto ilimitado de pensamentos e comportamentos. O comportamento pode variar entre as culturas, mas a estrutura dos programas mentais que geram os comportamentos não precisa variar. O comportamento inteligente é aprendido com êxito porque temos sistemas inatos que se incumbem do aprendizado. E todas as pessoas podem ter motivos bons e maus, mas possivelmente nem todas os traduzirão em comportamento da mesma maneira²¹⁶.

Assim, o comportamento mais ou menos consumista vai depender de como o indivíduo lida com a sua “programação” mental, para utilizar a expressão do autor, mas também do meio em que está inserido. Daí a afirmação equivocada feita pela maior parte da doutrina de que seres humanos compram por serem seduzidos pela publicidade. A publicidade é apenas um fator, entre tantos, que constitui a sociedade de consumo.

1.4.1. Massa de modelar

No Capítulo 19, denominado “Crianças”, Pinker estuda o comportamento das crianças e a relação entre os pais e a sociedade. Esta provocativa pergunta ajuda a nos levar ao raciocínio do autor: “As pessoas ficam consternadas com a clonagem humana e sua dúbia promessa de que os pais poderão projetar seus filhos usando a engenharia genética. Mas que diferença há entre isso e a fantasia de que os pais podem projetar seus filhos segundo o modo como os criam?”²¹⁷.

²¹⁵ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²¹⁶ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 67.

²¹⁷ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 538.

O autor critica a ideia de que crianças podem ser vistas como “massinhas a serem moldadas em vez de parceiras de relacionamentos humanos”²¹⁸ e fundamenta o trabalho em três leis da genética comportamental, consideradas pelo autor as descobertas mais importantes na história da psicologia.

São elas²¹⁹:

- **Primeira lei:** todas as características de comportamento humano são hereditárias²²⁰.
- **Segunda lei:** o efeito de ser criado na mesma família é menor que o efeito dos genes.
- **Terceira lei:** uma porção substancial da variação em características complexas do comportamento humano não é explicada por efeitos dos genes ou da família.

O autor afirma que, apesar das dificuldades de entender os efeitos da genética no comportamento humano, o maior problema no que se refere à tábula rasa está relacionado ao fato de as pessoas não entenderem os efeitos do meio ambiente no desenvolvimento das características e do comportamento.

Sustenta que somos moldados tanto pelos nossos genes como pela família que nos cria e não ignora o papel da sociedade no desenvolvimento das crianças. Distingue, para tanto, o *ambiente compartilhado* do *ambiente não compartilhado*. O primeiro é aquele que exerce influência sobre nós e nossos irmãos diretamente, sendo composto, portanto, pela nossa família, nossa vida doméstica. O segundo seria todo o resto: “qualquer coisa que influencie um irmão mas não o outro, incluindo favoritismo dos pais (a mãe sempre gostou mais de você), a presença de outros irmãos, experiências únicas como cair de uma bicicleta ou ser infectado por um vírus,

²¹⁸ PINKER, Steven. **Tábula rasa:** a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 539.

²¹⁹ PINKER, Steven. **Tábula rasa:** a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 504.

²²⁰ Nesse trecho, o autor fundamenta suas conclusões em pesquisas feitas com gêmeos idênticos, gêmeos fraternos e irmãos em relação aos seus comportamentos: “Os resultados são aproximadamente os mesmos, independentemente de como é medido. Gêmeos idênticos criados separadamente são muito parecidos; gêmeos idênticos criados juntos são mais parecidos do que gêmeos fraternos criados juntos; irmãos biológicos são muito mais parecidos que irmãos adotivos. Tudo isso traduz em valores de hereditariedade substanciais, geralmente entre 0,25 e 0,75. Um resumo convencional enuncia que aproximadamente metade da variação em inteligência, personalidade e resultados na vida é hereditária – um correlato ou um produto indireto dos genes”. Em outro trecho, o autor afirma: “As características de comportamento que refletem talentos e temperamentos básicos são hereditárias: nossa facilidade com idioma, nosso nível de religiosidade, o grau das nossas convicções liberais ou conservadoras. A inteligência geral é hereditária, e o mesmo vale para os cinco modos principais de variação da personalidade: recepção à experiência, conscienciosidade, extroversão-introversão, antagonismo-aquiescência, tendências neuróticas” (PINKER, Steven. **Tábula rasa:** a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 506 e 507).

e, na verdade, qualquer coisa que nos aconteça no decorrer da vida que não necessariamente aconteça aos nossos irmãos”²²¹.

Fundamentado em pesquisas empíricas, o autor afirma que os efeitos do ambiente compartilhado são pequenos e correspondem a menos de 10% de variância, sendo possível concluir, portanto, que esses efeitos são menos significativos que os efeitos dos genes²²².

Talvez a parte mais instigante do trabalho de Pinker esteja na terceira lei por ele mencionada. Aqui, o autor discute o fato de que crianças que crescem com os mesmos pais têm características tão diferentes, visto que a diferença entre pais e lares não tem efeitos de longo prazo previsíveis sobre a personalidade dos filhos (segunda lei). Assim, seriam **as experiências de vida de cada indivíduo** com sua própria família e no meio em que ele vive, na interação com as suas características genéticas, que vão definir seus traços de personalidade e comportamento. Nas palavras do autor:

Uma porção substancial da variação em características complexas do comportamento humano não é explicada por efeitos dos genes ou famílias. Isso decorre diretamente da primeira lei, supondo que as hereditariedades sejam menores do que um, e da segunda lei. Se destrincharmos a variação entre pessoas segundo os efeitos dos genes, do ambiente compartilhado e do ambiente único, e se os efeitos dos genes forem maiores do que zero, os efeitos do ambiente único terão que ser maiores que zero. De fato, eles se aproximam de 50%, dependendo, como sempre, do que está sendo medido e de como exatamente isso é estimado. Concretamente, isso significa que gêmeos idênticos criados juntos (compartilhando tanto seus genes como o ambiente familiar) estão longe de ser idênticos em seus intelectos e personalidades. Deve haver causas que não são genéticas *nem* comuns à família que tornam os gêmeos idênticos diferentes e, de modo mais geral, que fazem as pessoas serem o que são²²³.

Assim, o autor atribui à **sorte e às vivências** grande parte da formação da personalidade do indivíduo, de acordo com a sua própria forma de enxergar a vida. E conclui: “A vida é um jogo de pinball no qual ricocheteamos por um campo de calhas e batentes. Talvez a nossa história de colisões e raspões explique o que nos fez ser como somos”²²⁴.

1.4.2. Breves consequências para o estudo do marketing

²²¹ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 512.

²²² “E de onde vêm essas conclusões? As descobertas reais são fáceis de entender. Primeiro, irmãos adultos são igualmente semelhantes quer tenham sido criados juntos ou separados. Segundo, irmãos adotivos não são mais semelhantes do que duas pessoas escolhidas ao acaso na rua. E terceiro, gêmeos idênticos não são mais parecidos que o que esperaríamos dos efeitos de seus genes em comum”. PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 512.

²²³ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 514.

²²⁴ PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 515.

Dito isso, não se pode afirmar que uma criança se tornará consumista simplesmente porque assistiu a um anúncio de publicidade na televisão. Também não se pode afirmar, como muito se diz, que a criança não deve ser exposta a anúncios publicitários em razão de não compreender o sistema econômico em que ela vive ou o potencial persuasivo da publicidade.

Em breves linhas, sustentando a restrição absoluta da publicidade destinada ao público infantojuvenil, Jaderson Costa da Costa afirma que a criança não compreende o caráter persuasivo da publicidade e que a publicidade voltada a crianças e adolescentes traz os seguintes impactos: “(1) compra desnecessária; (2) alimentos com baixo valor nutritivo (3); violência e (4) materialismo. Finalmente, devido a sua vulnerabilidade, as crianças merecem proteção legal e ética. Por outro lado, a política das empresas deve incluir a elaboração de códigos de conduta que contemplem essa faixa etária”²²⁵.

Ora, ao afirmar que a publicidade não deve ser dirigida às crianças em razão de torná-las materialistas e induzir a compra de alimentos com baixo teor nutritivo e/ou a violência, desconsidera, em primeiro lugar, toda a estrutura familiar (e genética) em que a criança está inserida. Em segundo lugar, coloca um valor à publicidade que ignora por completo as funções exercidas pelos pais, obrigações essas que serão estudadas nos itens seguintes. E, por fim, desconsidera o fato de que a criança não pode ser considerada uma massa de moldar, sem que a sua personalidade, ainda em formação seja considerada.

O mesmo autor, referindo-se ao famoso caso dos órfãos da Romênia, que foram criados em orfanatos sem os cuidados emocionais necessários ao desenvolvimento de uma criança, afirma:

Quando pesquisadores liderados por Charles Nelson avaliaram essas crianças, encontraram-nas com um *deficit* no desenvolvimento e importantes manifestações e comportamentais. O metabolismo em diversas áreas do córtex cerebral nas crianças avaliadas estava significativamente reduzido (hipometabolismo). Estas observações têm implicações importantes para a compreensão do papel que a experiência desempenha na formação do cérebro em desenvolvimento. Os estudos sobre a neuroplasticidade e a vulnerabilidade sugerem que o cérebro pode ser “moldado” pelo ambiente, pelas experiências positivas ou negativas. Os dados de estudos em animais e observações em seres humanos indicam que a plasticidade desempenha um papel central no desenvolvimento normal dos sistemas neurais que permitem a adaptação e a resposta a estímulos exógenos e endógenos²²⁶.

²²⁵ COSTA, Jaderson Costa da. Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

²²⁶ COSTA, Jaderson Costa. Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

E, na sequência, conclui:

É de enorme responsabilidade o cuidado com a publicidade dirigida às crianças visto o potencial desse processo em influenciar o desenvolvimento do cérebro. Como exemplo, a exposição de comerciais de alimentos aumentou a preferência das crianças para os produtos anunciados, e a idade não moderou esse efeito; tanto as crianças mais jovens como as mais velhas foram igualmente persuadidas pelos anúncios publicitários, sendo os meninos mais influenciados pelos comerciais que as meninas²²⁷.

Ora, não discordamos, de forma alguma, da influência que as vivências em sociedade podem trazer para o desenvolvimento, mas utilizar o caso dos órfãos da Romênia para concluir que a publicidade deve ser restringida, com a devida vênia, parece inadequado. De fato, no caso romeno, as crianças eram privadas de todo tipo de contato humano, não eram cuidadas, o choro não era atendido. Ou seja, foi perpetrada uma verdadeira violência contra as crianças em nome de uma diretoria estatal. Como utilizar esse caso para concluir que a publicidade pode influenciar negativamente crianças, tornando-as violentas?

Por óbvio que a publicidade influencia e que a dirigida à criança deve ser regulada, mas jamais banida, sob pena de, do ponto de vista de desenvolvimento, não se permitir que as famílias possam fazer as suas escolhas. Ora, faz-se necessário que se regule a publicidade dirigida ao público infantil utilizando-se balizas claras e respeitando, em especial, o direito (dever) de os pais e responsáveis fazerem escolhas pelos filhos. É o que estudaremos a seguir.

2. Responsabilidade da família

A família é a estrutura básica social e goza de proteção no nosso ordenamento jurídico, especialmente na Constituição Federal. Ao longo do tempo, já se atribuíram diferentes funções à família, como a religiosa, política, econômica e procriacional²²⁸. Em Esparta, por exemplo, os cidadãos deveriam viver para o Estado, procriar para fortalecer o exército, e as crianças deveriam ser cuidadas pelas mães até os sete anos, quando deveriam ser entregues ao Estado.

Muito já se falou sobre a desagregação da família, a tendência de maior ou menor intervenção do Estado ou sobre a publicização dos seus institutos. De fato, o direito de família tem sido, das áreas de direito civil, talvez a que mais questione a presença do Estado e os direcionamentos por ele impostos nas relações familiares.

²²⁷ COSTA, Jaderson Costa. Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

²²⁸ LÓBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

Sobre a publicização do direito de família, manifestou-se Caio Mário da Silva Pereira:

A começar pela caracterização mesma do Direito de Família como complexo normativo, há uma tendência marcante para retirá-lo do Direito Privado, sob o fundamento de que não se deve restringir à proteção da pessoa e à afirmação de direitos subjetivos, mas tem em vista, mais do que o indivíduo, a tutela da sociedade, ou do Estado mesmo. Não falta a sustentação de estar a família sendo conduzida para o Direito Público, tantas são as normas de ordem pública que a envolvem. A ideia, posto que sedutora, não chega a me convencer. A penetração dos princípios de ordem pública não é estranha aos demais compartilhamentos jusprivatísticos. E nem por isso o Direito Civil se publiciza todo, ou se extingue como Direito Privado. Mais racional seria a sugestão dos irmãos Mazeaud: sem que se transforme o Direito de Família em Direito Público, preconizam a promulgação de um “Código de Família” que reúna todas as regras de Direito Privado e de Direito Público, a ela relativas. Mas o Direito de Família deve continuar integrando o Direito Privado, dada a predominância dos interesses do organismo familiar sobre os dos organismos públicos²²⁹.

Paulo Lôbo, por outro lado, tende a concordar com a intervenção do Estado nas relações familiares, afirmando que é de interesse social que as crianças sejam alfabetizadas e tenham educação básica, que é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos idosos e que o abandono familiar seja punido, e, ainda, que é interesse público que seja eliminada a repressão e a violência dentro da família²³⁰.

Ousamos discordar dos argumentos expostos. Se há necessidade de intervenção do Estado no domínio familiar, este não se justifica pela ótica social, mas pelo viés **individual**. Ou seja, crianças têm o direito de serem alfabetizadas, de serem alimentadas pelos pais e de não sofrerem violência para **preservação do seu direito fundamental à vida e à liberdade**, e não para garantir que a sociedade seja melhor²³¹.

Assim, não nos pautamos na ideia de um Estado Social ou de uma intervenção no domínio familiar em razão dos benefícios que, porventura, pudesse trazer à sociedade, mas ao próprio indivíduo. Deve o Estado garantir aos membros da família, especialmente à criança, o direito à autodeterminação e aos direitos fundamentais. É evidente que a proteção ao indivíduo terá reflexos na sociedade, melhorando a vida em sociedade; no entanto, não é a sociedade o argumento para a proteção, mas a proteção do próprio indivíduo²³².

²²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. p. 3.

²³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

²³¹ José de Oliveira Ascensão explica que as civilizações antigas foram todas totalitárias e que a noção de pessoa só foi possível de ser construída a partir do individualismo grego e do personalismo cristão: “O passar a fio de espada os vencidos, os sacrifícios humanos de que nos dá conta até o Antigo Testamento, a organização férrea dos incas, traduzem-no com muita clareza. A preservação do grupo era justificação autossuficiente. Ao ponto de se desconhecer a própria noção de pessoa. Havia homens, mas não havia sequer o termo correspondente a pessoa. Este só vai surgir por uma evolução de persona: digamos que pela variação semântica de personagem. Através da personagem se chegará à pessoa. Como? Por efeito de dois fatores históricos fundamentais, que estão na origem da nossa civilização: – o individualismo grego – o personalismo cristão. Consideremo-los brevemente” (O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. *In*: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio. **Do direito natural aos direitos humanos**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 15-32).

²³² É nesse sentido a lição do liberalismo igualitário: “Os princípios políticos não se aplicam diretamente à sua

Afirma ainda Paulo Lôbo que o Estado Liberal caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. E conclui: “Se é verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado Social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais libertou”²³³.

No entanto, o chamado Estado Liberal era, sim, liberal-conservador no aspecto político-econômico e excessivamente intervencionista no âmbito familiar. Basta fazer superficial análise do Código Civil de 1916 para perceber que tínhamos excessivas regras intervencionistas em alguns aspectos, especialmente em relação ao casamento.

Quer dizer, o Estado Liberal não era realmente liberal em relação ao direito de família, sendo pautado, certamente, pela moralidade e pela ética utilitarista, conforme veremos. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 tem mais características verdadeiramente liberais, com algum ranço utilitarista²³⁴.

Felizmente, pudemos assistir, nos últimos anos, a especial mudança das regras de direito de família, com menor tendência utilitarista e maior foco na proteção dos direitos fundamentais. Para a doutrina, a família passou a ser “instrumento”, devendo ser vista como um meio de desenvolvimento da personalidade, reforçando, ainda mais, a autonomia e autodeterminação nas relações familiares.

A doutrina batiza de direito das famílias mínimo, ou princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, essa ideia de manter o Estado afastado, tanto quanto possível, das relações familiares:

Tema de especial relevo e atualidade diz respeito ao movimento de afirmação da *intervenção mínima do Estado nas relações familiares* (também chamado de *Direito das Famílias mínimo*), com a conseqüente valorização da autonomia privada. [...]. Trata-se, destarte, de simples projeção da autonomia privada como pedra de toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado. Em sendo assim, o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para garantias mínimas, fundamentais ao titular²³⁵.

vida interna, mas realmente impõem restrições essenciais à família como instituição, e assim garantem os direitos e liberdades básicos, a liberdade e oportunidades de todos os membros. Isso eles fazem, como eu disse, especificando os direitos básicos dos cidadãos iguais que são membros das famílias. A família como parte da estrutura básica não pode violar essas liberdades. Como as esposas são cidadãs em situação de igualdade com os seus maridos, todas têm os mesmos direitos, liberdades e oportunidades básicas que os maridos; e isso, juntamente com a aplicação correta dos outros princípios de justiça, é suficiente para assegurar sua igualdade e independência” (RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 209).

²³³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

²³⁴ Veja, por exemplo, a proibição do casamento de pessoas do mesmo sexo.

²³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150.

Seguindo essa tendência, a Constituição Federal, em seu art. 266, afirma que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, o legislador constituinte deixa claro que não é a família que serve ao Estado, é o Estado que tem o dever de servir à família, protegendo sua constituição e seus membros.

Essa maior liberdade e autonomia também reflete, por assim dizer, em um direito de “autodeterminação” das famílias. Se antes falávamos em família exclusivamente matrimonial, atualmente encontramos diferentes modalidades ou espécies de famílias: família conjugal (ou matrimonial), família formada da união estável e família homossexual²³⁶.

Não temos dúvidas de que a liberdade aclamada pela própria sociedade trouxe consigo responsabilidades e maior possibilidade de relacionamentos satisfatórios estáveis:

Ao contrário da ideia tantas vezes apresentada por pensadores tradicionais, a família de modo algum desapareceu com o Antigo Regime. É, inclusive, uma das raras instituições – a única? – a ter de um modo ou de outro perdurado após a Revolução, a ponto de se manter hoje mais viva e, paradoxalmente, apesar do elevado número de divórcio, mais estável do que nunca. Pode-se até dizer, com base em comparações históricas, que o laço familiar, até pela elevada taxa de mortalidade da Idade Média, é mais forte, mais rico, mais profundo e mais intenso hoje no Ocidente, e particularmente na Europa. Como nunca, os pais amam seus filhos, ficam paralisados de angústia diante da ideia de que o futuro possa não deixar que se “realizem” e curiosamente, na maioria das vezes, os filhos lhes devolvem o mesmo amor. E, também incessantemente, esse laço se reforça e se aprofunda²³⁷.

Se família é o local onde são satisfeitas as necessidades humanas primordiais, é evidente que os filhos passaram a ter também espaço mais que especial nas famílias. Não raro, podemos observar a preocupação dos pais com o bem-estar dos filhos e a sua realização em vida. O nascimento de uma criança é, cada dia mais, motivo de júbilo e comemoração²³⁸.

²³⁶ “Enquanto isso, através da crise que a enfraquece, fortalece e transforma, a família permanece um núcleo insubstituível de vida comunitária, o que pode ser comprovado, no Ocidente, pelo surgimento e pela legitimação das famílias homossexuais. Em negativo ou positivo, como ausência desoladora ou presença sufocante, a família permanece inscrita, indelevelmente, no espírito, na alma, na identidade, na vida de cada indivíduo. Os séculos XIX e XX abriram a possibilidade de eliminar o pai (esperma anônimo), a mãe (barriga de aluguel, incubadoras), pai e mãe (clonagem), logo filho e filha. Pai, mãe, filho e filha, com certeza, se encontrarão novamente, de outra maneira, especialmente em neofamílias. Podemos, contudo, nos questionar hoje, sobre o futuro da relação arcaica fundamental entre a sociedade, a espécie e o indivíduo, que parecia inalterável. Doravante, será modificada, como acabamos de ver, quanto à reprodução” (MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012. p. 175).

²³⁷ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 78.

²³⁸ “A ética do talento, que nos esportes vem sendo vítima de um cerco, ainda existe na criação dos filhos – mas aqui também a bioengenharia e o melhoramento genético ameaçam expulsá-la de cena. Valorizar os filhos com dádiva é aceitá-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos da nossa vontade, ou instrumentos da nossa ambição. O amor de um pai ou de uma mãe não depende dos talentos e atributos que o filho porventura tenha. Escolhemos nossos amigos e parceiros baseando-os, pelo menos em parte, nas qualidades que julgamos atrativas, mas não escolhemos nossos filhos. Suas qualidades são imprevisíveis e nem mesmo os pais mais cuidadosos podem ser responsabilizados completamente pelo filho que têm. É por isso que a maternidade e a paternidade, mais que quaisquer outras formas de relacionamento humano, ensinam o que o teólogo William F.

2.1. A responsabilidade parental conforme o ordenamento jurídico brasileiro

Na mesma toada, a liberdade para formar família e para criar os filhos passa, necessariamente, pela responsabilidade que daí surge. Liberdade não pode ser confundida com falta de responsabilidade. Cada indivíduo faz suas escolhas e é responsável pelas consequências delas advindas.

O Direito não poderia se furtar de disciplinar a relação entre pais e filhos no que diz respeito a essas responsabilidades. A *parentalidade responsável* está prevista no art. 226, § 7º, da Constituição Federal e traz a ideia inerente às consequências do exercício do direito reprodutivo pelas pessoas, na plenitude da capacidade de fato, representando a assunção de deveres parentais em decorrência da reprodução:

Em outras palavras: há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Daí ser importante o planejamento familiar como representativo não apenas de um simples direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação. Ao direito individual da mulher de exercer sua sexualidade e optar pela maternidade se contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe. Da mesma forma, e com bastante peculiaridade em relação ao homem: ao direito individual que lhe é assegurado de exercer sua sexualidade e optar pela paternidade se opõem as responsabilidades individual e social que ele encampa na sua esfera jurídica ao se tornar pai²³⁹.

Em complemento ao mandamento constitucional, o Código Civil, a partir do art. 1.583, traz uma série de regras sobre o direito de família e a proteção da pessoa dos filhos, definindo as relações de parentesco, a adoção, o exercício do poder familiar, os alimentos e o direito assistencial, nestes inserindo os alimentos e a assistência que é devida aos pais em relação aos filhos e aos filhos em relação aos pais.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente complementa a disciplina do Código Civil, trazendo regras sobre o direito à convivência familiar, sobre a família natural e substituta, bem como oferecendo medidas em relação aos pais e responsáveis caso estes descumpram com suas obrigações familiares.

May chama de ‘abertura para o inesperado’ (SANDEL, Michel J. **Contra a perfeição**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 59).

²³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr. 2004.

2.2. Poder familiar

O exercício do poder familiar é conferido aos pais, que devem exercê-lo de forma igualitária, e definido pela doutrina como o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa dos filhos menores para que possam desempenhar a responsabilidade que a lei lhes impõe, tudo com vistas à proteção dos filhos²⁴⁰⁻²⁴¹.

Esses deveres estão desenhados no art. 1.634 do Código Civil, que trata do poder familiar e estabelece a competência dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, para dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O exercício do poder familiar tem como objetivo a proteção do ser humano, que, em razão da sua natural vulnerabilidade, precisa de cuidados especiais para a própria sobrevivência. O Estado determina regras em relação ao exercício do poder familiar justamente para garantir aos infantes o pleno exercício dos direitos fundamentais à vida, saúde, liberdade e outros tantos elencados na Carta Magna²⁴².

É inegável a responsabilidade dos pais em relação aos filhos²⁴³. O dever de cuidado

²⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 552.

²⁴¹ Na mesma toada, Caio Mário da Silva Pereira define poder familiar como o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições” (**Instituições de direito civil: introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. p. 421).

²⁴² Vale lembrar que o poder familiar apresenta as seguintes características: “a) é um *munus* público, significa dizer, é uma espécie de função correspondente a um cargo privado (direito-função ou poder-dever); b) é irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão; c) é inalienável: não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; todavia, os respectivos atributos podem, em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (*verbi gratia*, na adoção e na suspensão do poder dos pais); d) é imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo; somente poderá o genitor perdê-lo nos casos previstos em lei; e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Pátrio poder: regime jurídico atual*. **Revista dos Tribunais**, v. 476, p. 79, fev. 1992).

²⁴³ “É claro que o amor incondicional não exige que os pais deixem de moldar e dirigir o desenvolvimento dos filhos. Muito pelo contrário; os pais têm a obrigação de cultivar os filhos, de ajudá-los a descobrir e desenvolver talentos e dons. Como aponta May, o amor parental tem dois aspectos: aceitar o amor e transformar o amor. Aceitar o amor busca reafirmar o caráter da criança, enquanto transformar o amor busca o seu bem-estar. Um lado do amor parental corrige os exageros do outro: ‘O apego se torna quietista demais quando descamba para a mera aceitação da criança como ela é.’ Os pais têm o dever de promover a excelência dos filhos” (SANDEL, Michel J. **Contra a**

refere-se aos aspectos morais, materiais e intelectuais da criança. Sobre o papel da família na educação e orientação dos filhos, reportamo-nos, mais uma vez, aos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina para o espírito, aquisição dos bons e mais hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e se desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca²⁴⁴.

No mesmo sentido é a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

Em virtude da imprescindibilidade (*rectius*, exigibilidade) de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta. [...] De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais²⁴⁵.

As regras sobre o exercício do poder familiar têm por objetivo esclarecer e delimitar o poder e o dever que os pais têm sobre os seus filhos. O descumprimento dessas regras pode gerar a perda ou a suspensão do poder familiar, que só pode ser decretada pelo magistrado mediante o devido processo legal e a ampla defesa.

A suspensão do poder familiar está prevista no art. 1.637 do Código Civil. Trata-se de uma intervenção direta do Estado para estabelecer a privação temporária de um ou de alguns dos poderes a um ou a alguns dos filhos.

São hipóteses de suspensão do poder familiar: abuso de autoridade, descumprimento dos deveres paternos ou maternos no exercício do poder familiar, ruína de bens dos filhos e condenação por sentença irrecorrível por crime que tenha pena de reclusão superior a dois anos.

Os casos de perda de poder familiar são bem mais graves que as hipóteses de suspensão do poder familiar. Trata-se de uma intervenção do magistrado para retirar o poder familiar dos pais, razão pela qual é medida grave e só pode ser aplicada nas hipóteses previstas em lei.

As hipóteses de perda do poder familiar estão previstas no art. 1.638 do Código Civil. Além das regras sobre suspensão e perda do poder familiar, o Estatuto da Criança e do

perfeição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 63).

²⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. p. 20.

²⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. **Revista Forense**, v. 102, n. 386, p. 188, jul.-ago. 2006.

Adolescente²⁴⁶ (art. 129) prevê algumas medidas a serem aplicadas aos pais por descumprimento de suas obrigações em relação aos filhos; são elas: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; advertência; perda da guarda; destituição da tutela; suspensão ou destituição do poder familiar²⁴⁷.

Na forma do art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor do lar caso verifique a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável.

Para os fins deste trabalho, temos especial interesse no exercício do poder familiar em relação à criação e educação dos filhos e no dever de respeito e obediência que os filhos devem aos pais.

2.3. O dever de criação e educação: o poder do “não”

A educação pode ser pensada como um processo de transmissão de conhecimento,

²⁴⁶ “Direito civil. Família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição/suspensão do poder familiar e/ou aplicação de medidas pertinentes aos pais, guarda, regulamentação de visitas e contribuição para garantir a criação e o sustento de menor. Situação de risco pessoal e social. Suspensão do poder familiar do pai sobre o filho. Aplicação de medidas de proteção à criança. Visitas paternas condicionadas a tratamento psiquiátrico do genitor. É certo que, pela perspectiva de proteção integral conferida pelo ECA, a criança tem o direito à convivência familiar, aí incluído o genitor, desde que tal convívio não provoque em seu íntimo perturbações de ordem emocional, que obstem o seu pleno e normal desenvolvimento. O litígio não alcança o pretense desenlace pela via especial, ante a inviabilidade de se reexaminar o traçado fático-probatório posto no acórdão recorrido, que concluiu pela manutenção da decisão de suspensão do poder familiar do genitor e das visitas ao filho enquanto não cumprida a medida prevista no art. 129, inc. III, do ECA (encaminhamento do pai a tratamento psiquiátrico), por indicação de profissionais habilitados. Há de se ponderar a respeito do necessário abrandamento dos ânimos acirrados pela disputa entre um casal em separação, para que não fiquem gravados no filho, ao assistir o esfacelamento da relação conjugal, os sentimentos de incerteza, angústia e dor emocional, no lugar da necessária segurança, conforto e harmonia, fundamentais ao crescimento sadio do pequeno ente familiar. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 776.977/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 2/10/2006, p. 273, RT v. 856, p. 162).

²⁴⁷ Na mesma toada, o art. 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente determina: “Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V – advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais”.

cultura e valores individuais e coletivos que está presente nas relações humanas. A família e a escola são os principais meios de transmissão de conhecimento, que, além do objetivo de instruir, fazem com que nos tornemos mais humanizados e socializados²⁴⁸.

Já nos manifestamos no sentido de que a criança e o adolescente desenvolvem a autonomia de forma progressiva e de que eles têm o direito de autodeterminação. No entanto, ao mesmo tempo, é dever dos pais garantir a educação e criação por meio da imposição de limites necessários a uma saudável convivência em sociedade e com a família e à proteção da vida e saúde das crianças. É árdua a tarefa dos pais.

Embora muitas críticas possam (e devam) ser tecidas em relação à forma como os pais educam seus filhos, não caberia ao Estado determinar, por meio de lei, questões éticas, morais e religiosas nesse âmbito, salvo nas hipóteses em que os direitos fundamentais da criança não estejam sendo observados pelos pais.

Nesse diapasão, andou bem o legislador constituinte ao dispor, no art. 205 da Constituição Federal, que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e à qualificação para o mercado de trabalho, sendo a educação dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

De outra banda, o art. 1.634, I, do Código Civil impõe aos pais o dever de criar e educar seus filhos: cumpre aos pais dirigir a criação e educação dos filhos. Percebe-se que a lei, de forma acertada, não define de que maneira os pais devem educar e criar seus filhos. Os modelos de educação dependem, evidentemente, da experiência dos pais, da cultura em que está inserida a família e do contexto histórico a que estamos nos referindo²⁴⁹.

²⁴⁸ Nesse sentido: “A educação configura um direito inseparável da natureza humana, e dele depende o desenvolvimento das capacidades e potencialidades do ser humano. Os aspectos envolvidos no processo educacional são diversos, mas devem sempre buscar a construção da cidadania, viabilizando, assim, uma integração social cada vez mais ampla do indivíduo. A sociedade que privilegia a educação está alicerçada numa base muito mais sólida, consubstanciada num modelo centrado no respeito aos direitos fundamentais” (VIEIRA, Andréa Zacarias. O regime constitucional do direito à educação básica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 81, p. 75, out. 2012).

²⁴⁹ Sobre o exercício do poder familiar e a superproteção dos pais, entendemos que a criança e o adolescente devem ser instruídos, oferecendo-lhes certa margem de escolha, dentro de limites razoáveis de proteção, especialmente no que diz respeito à vida e à saúde: “A superproteção dos adultos pode ser prejudicial ao desenvolvimento da criança, pois o erro é uma importante fonte de aprendizado e crescimento pessoal. Decisões que culminem em pequenos erros são mais significativas quando autônomas, geradas a partir da reflexão, sentimentos e desejos próprios do que aquelas milimetricamente acertadas e guiadas por outros. Sob essa ótica, errar é válido: ‘Não podemos tratar as pessoas como iguais sem respeitar também sua capacidade de assumir riscos e de cometer erros. Não estaríamos levando os direitos a sério se só respeitássemos a autonomia quando considerássemos que o agente está fazendo o correto. Mas também estaríamos falhando em reconhecer a integridade de uma criança se lhe permitíssemos escolher uma ação, como consumir heroína ou não acudir a escola, que pudesse danar séria e sistematicamente a consecução subsequente da plena personalidade e do desenvolvimento. A prova de irracionalidade deve também estar limitada de maneira que justifique a intervenção somente até o ponto necessário para evitar o dano imediato, ou para desenvolver as capacidades de eleição racional pelas quais o indivíduo possa ter uma oportunidade razoável de evitar esses danos (Freeman, 2006, p. 272, tradução nossa)’” (FERREIRA, Ana

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança também exterioriza essa necessidade de educação e criação da criança no seio da família, tentando conciliar a liberdade da criança com a necessidade de orientação e educação.

A carta dos direitos fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01), em seu art. 14, garante ao infante o direito de ser educado, conforme sua vocação, e conforme os princípios democráticos de direito.

Muito se discute, atualmente, a possibilidade de oferecer ensino domiciliar, fazendo com que os filhos estudem em casa em vez de frequentarem a escola. A prática é batizada de *HomeSchooling* e é aceita em alguns países, havendo necessidade de uma avaliação final para verificar o grau de aprendizado²⁵⁰.

Entre nós, não há regulamentação específica sobre isso, fazendo com que haja certa insegurança sobre o tema. Se tomarmos em conta a regra insculpida no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, temos a obrigação dos pais de enviar os filhos para a rede regular de ensino (pública ou privada, sob pena de responder pelo crime de abandono intelectual).

O assunto é polêmico e gera inúmeras discussões. No entanto, havendo fiscalização do poder público quanto ao aprendizado, não vemos óbice para a educação em casa, com a supervisão dos pais (ou exercida diretamente por eles), especialmente nas hipóteses em que a criança tem algum problema de locomoção ou impossibilidade de frequentar a escola²⁵¹. O STF, conforme sabemos, entendeu que o *HomeSchooling*²⁵² somente pode ser implantado no Brasil após regulamentação do Congresso Nacional.

Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 2, p. 233, jul. 2013).

²⁵⁰ “Nos Estados Unidos, a educação domiciliar é admitida em vários estados, como também em Portugal (Dec.-lei 553/1980). Nos diversos países que admitem e disciplinam a figura do ensino domiciliar, resta evidenciada uma necessidade fundamental: que haja alguma modalidade de controle (que ademais é previsto), um acompanhamento público sobre a formação do menor, sob a forma de avaliação ou exame” (SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado: investigações de direito brasileiro e português. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 1, p. 133-154, jul.-set. 2014).

²⁵¹ “Sucede que sendo o poder familiar um poder funcional, e envolvendo posições jurídicas subjetivas elementares do tipo de *faculdade* ou *liberdade* (e campos de discricionariedade vinculada, limitada, dentro do exercício do poder familiar), difícil negar a admissibilidade da figura do ensino domiciliar, dada a sua coerência com a categoria do poder funcional, e com as disciplinas constitucional e legal da figura (no Brasil e em Portugal). De todo evidente que não se está diante de uma liberdade absoluta e totalmente livre de regras, devendo o ensino familiar ser acompanhado de fiscalização, de um acompanhamento periódico pelo Estado” (SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado: investigações de direito brasileiro e português. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 1, p. 133-154, jul.-set. 2014).

²⁵² Recurso Extraordinário 888.815-RS.

2.3.1. Educação para o consumo

Já afirmamos a responsabilidade dos pais em relação à educação dos filhos. Essa responsabilidade não se limita aos aspectos técnicos e teóricos do aprendizado e deve ser estendida aos aspectos éticos, culturais e, evidentemente, ao consumo. Também é dever dos pais ensinar os filhos a lidar com as questões que envolvem a sociedade de consumo.

Segundo Gilles Lipovetsky²⁵³, a epidemia “hipermoderna do mal-estar” está diretamente relacionada à educação familiar, que deixou de ser a educação tipo tradicionalista e autoritária e foi substituída pela educação psicologizada, sem obrigação nem punição, voltada à felicidade imediata dos filhos, sem pensar nas consequências disso a longo prazo.

Ainda segundo o autor, os pais deixaram de disciplinar seus filhos, permitindo que estes não sintam insatisfação, frustração e infelicidade; muitas vezes deixam de disciplinar para evitar desgastes e conflitos e evitam a situação constrangedora de dizer “não”. A consequência disso é a ausência de limites, de noção de respeito ao próximo (e aos próprios pais), e a sujeição dos pais em satisfazer os desejos dos filhos.

Sem dúvida, essa educação “psicologizada” trouxe profundas mudanças na personalidade dos indivíduos, influenciando diretamente o consumo infantil:

Um dos efeitos dessa educação é que ela tende a privar as crianças das regras, de quadros ordenados e regulares necessários à estruturação psíquica. Daí resulta uma forte insegurança psicológica, personalidades vulneráveis que não dispõem mais de disciplinas interiorizadas, de esquemas estruturantes que permitem, em outros tempos, fazer face às provas difíceis da vida. É nesse contexto que se multiplicam individualidades desorientadas, frágeis, marcadas pela “fraqueza das identificações” e pela falta de defesas internas. Enquanto a criança tende a perder a capacidade de superar as frustrações, o adulto está cada vez menos preparado para enfrentar conflitos, suportar os reveses da existência e o choque das circunstâncias. Na base da fragilidade subjetiva hipermoderna acha-se a ausência de “bússola” e de forças interiores que ajudem os seres a resistir à adversidade: foi conjuntamente que os processos de desinstitucionalização e de psicologização desestabilizaram, desequilibraram as identidades subjetivas. É possível que uma sociedade que exige que cada um seja um sujeito peça demais aos indivíduos, mas, sobretudo, ei-los, por meio da cultura do bem-estar total, despojados de recursos psíquicos, desarmados interiormente para fazer face às vicissitudes e à nova complexidade da existência, pouco ou mal preparados para submeter-se aos golpes da sorte. Nesse ponto, é preciso voltar a Durkheim, que concluía seu estudo sobre o suicídio nestes termos: “O mal-estar de que sofremos não vem, portanto, do aumento das causas de sofrimentos em número ou em intensidade: ele atesta não uma grande indigência econômica, mas uma alarmante indigência moral”²⁵⁴.

É preciso ensinar crianças e adolescentes a lidar com o dinheiro, a ter educação

²⁵³ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 202.

²⁵⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 202.

financeira, a consumir conforme suas necessidades e possibilidades e a lidar com as frustrações daí advindas. Evidentemente, apesar do grande peso da educação familiar, essa responsabilidade não é só parental, estendendo-se também ao Estado e à sociedade.

O Código de Defesa do Consumidor garante aos consumidores o direito básico à educação para o consumo. De fato, o art. 6º da lei consumerista garante esse direito aos consumidores, que podendo ser dividida em educação *formal* e *informal*²⁵⁵.

A educação *formal* engloba a responsabilidade do Estado em oferecer, no programa de ensino fundamental e médio, aspectos ligados às relações de consumo. A matemática, por exemplo, é uma ferramenta essencial para o pleno exercício de liberdade nas relações de consumo. Dominar as quatro operações fará com que o consumidor seja mais consciente de suas escolhas e saiba organizar suas finanças. O aprendizado da língua portuguesa também está nesse contexto: ler e interpretar o contrato nas relações é fundamental para que o consumidor faça suas escolhas e exerça o seu direito à liberdade. Queremos dizer com isso que um consumidor bem formado terá mais chances de exigir seus direitos, entender o mercado de consumo e efetuar suas escolhas de forma livre.

De outra banda, a educação *informal* está relacionada à responsabilidade dos fornecedores de educar os seus consumidores para os produtos e serviços que colocam no mercado de consumo, oferecendo-lhes informações adequadas sobre a forma de utilização e a composição e advertindo-os sobre o uso e a durabilidade dos produtos²⁵⁶.

Evidentemente, o direito à informação insculpido no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor é complemento ao direito à educação. Consumidor educado, consciente, recebe as diversas informações sobre os produtos e serviços e consegue depurá-las de forma adequada.

Ambas as formas de educação estão diretamente relacionadas ao nosso tema. Os fornecedores devem oferecer informações claras e precisas sobre os produtos destinados ao público infantojuvenil para que os pais possam exercer a liberdade de escolha, cabendo a esses

²⁵⁵ Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 153.

²⁵⁶ Sobre a educação informal, explica José Geraldo Brito Filomeno: “[...] de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores quando, já mediante a ciência da *marketing*, como já acentuado noutra passo, e tendo-se em conta seus aspectos éticos, procurando bem *informar* o consumidor sobre as características dos produtos e serviços já colocados no mercado, ou ainda os que serão aí colocados à disposição do público consumidor. É indispensável, por conseguinte, que haja uma *ligação permanente*, ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores para que esses últimos possam efetivamente ter acesso às informações sobre produtos e serviços. Cabe igual responsabilidade aos *órgãos públicos* de defesa e proteção dos consumidores, bem como às *entidades privadas*, no sentido de promoverem debates, simpósios sobre os direitos dos consumidores, pesquisas de mercado, edição de livretos e cartilhas, enfim, tudo que esteja à sua disposição para bem informar o público consumidor” (*In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 154).

últimos a definição sobre o que comprar. Assim, a última palavra deve ser sempre a dos pais.

Apenas para exemplificar, veremos na Parte 5 que é de responsabilidade dos fornecedores dar a correta informação a respeito do conteúdo de filmes (oferta), apresentando uma sinopse da obra e informando corretamente a classificação indicativa do programa.

Com essas informações e a correta indicação sobre o conteúdo da programação, os pais podem exercer o poder familiar de forma adequada, permitindo (ou não) que seus filhos tenham acesso ao entretenimento.

2.4. Dever de obediência

Entre as regras para o exercício do poder familiar, dispõe o art. 1.634, IV, do Código Civil que os pais têm o dever de exigir que os filhos “lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Mais uma vez, acertou o legislador ao estabelecer o dever de obediência dos filhos em relação aos pais. Tendo em vista a autonomia progressiva da criança e do adolescente, o dever de obediência garante aos pais o efetivo exercício do poder familiar, dirigindo a vida dos filhos, e faz parte da educação destes.

Haverá obediência se as exigências paternas forem razoáveis e estiverem de acordo com os preceitos legais, especialmente com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Já dissemos, por exemplo, que o castigo imoderado poderá causar a perda do poder familiar.

Demais disso, a Lei nº 13.010/2014, conhecida como a “Lei da Palmada”, incluiu o art. 18-A²⁵⁷, que proíbe a aplicação de todo tipo de castigo físico e tratamento cruel ou degradante para educação das crianças. Para os fins da lei, considera-se **castigo físico** “a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão”. O **tratamento cruel ou degradante** é definido como a “conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize”²⁵⁸.

²⁵⁷ “Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.”

²⁵⁸ Sobre a possibilidade de aplicação de castigo, ensina Caio Mário da Silva Pereira: “Como sanção do dever educacional, alguns sistemas jurídicos aludem ao ‘direito de correção’, que vai às vezes a ponto de permitir o encarceramento do filho por tempo limitado. Este não é repellido em nosso direito, desde que o castigo se aplique moderadamente. Se for excessivo ou demasiado severo, transpõe o limite da tolerância, e sujeita o genitor às penalidades de suspensão ou até extinção do poder familiar. Considera-se, então, o direito de correção como acessório da guarda” (**Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. p. 430).

As expressões legais são vagas e demandarão sensibilidade do juiz e dos demais envolvidos para aplicação da lei. Importante mesmo é zelar pela saúde das crianças e, ao mesmo tempo, garantir que seja oferecida educação adequada.

Dispõe ainda a lei civil (art. 1.634, IX) que o filho poderá prestar os serviços compatíveis com a sua idade. Podemos interpretar essa parte do texto como a prestação de serviços que ajudam na limpeza da casa e serviços domésticos sem remuneração.

Poderá ainda existir o trabalho do menor de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal, que proíbem o trabalho do menor fora do lar antes dos 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos de idade.

O dever de obediência também traz sérios reflexos em relação ao mercado de consumo: a definição sobre a compra de produtos e serviços caberá aos pais, que poderão, por sua vez, oferecer margem de autonomia aos seus filhos.

3. Sociedade

Além da responsabilidade dos pais, a Constituição Federal impõe à sociedade o dever de cuidado em relação a crianças e adolescentes. É por essa razão que, no mercado de consumo, o fornecedor tem especial responsabilidade atribuída pela lei para com a proteção dos infantes. Vejamos.

O direito das crianças e dos adolescentes e o direito do consumidor podem ser vistos sob o prisma individual e transindividual. Os interesses transindividuais refletem o interesse de um grupo, de uma classe ou categoria de pessoas; portanto, excedem o individual, mas não refletem, necessariamente, interesses públicos e que também não devem ser examinados somente do ponto de vista do interesse individual ou privado. Surgiram com o desenvolvimento da indústria e a massificação dos contratos.

Assim, os interesses *metaindividuais* atingem os grupos de pessoas que têm algo em comum. O que as une é o fato de estarem na mesma situação de fato ou a circunstância de partilharem a mesma relação jurídica. Uma vez identificada a existência do interesse transindividual, passou-se a analisar tais interesses pela perspectiva processual, justamente para que se dê eficácia ao interesse metaindividual²⁵⁹.

²⁵⁹ Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Junior: “Isso porque os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século XIX, notadamente influenciado pelos princípios liberais do individualismo, que caracterizam as grandes codificações daquele mencionado século. Ao pensar, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque

Os direitos do consumidor mirim podem ser analisados, portanto, sob a ótica dos direitos individuais e metaindividuais: o todo está na parte que está no todo. Os direitos *transindividuais* atingem os grupos de pessoas que têm algo em comum. O que as une é o fato de estarem na mesma situação de fato ou a circunstância de partilharem a mesma relação jurídica.

O publicitário que faz a publicidade abusiva dirigida à criança é o mesmo indivíduo que, ao chegar em casa, cumprimenta companheira e filhos, tem as mesmas preocupações com o futuro da família, com o pagamento das despesas da casa e com a educação financeira dos filhos, e que, provavelmente, não fica satisfeito ao perceber uma publicidade abusiva dirigida aos seus filhos²⁶⁰.

Talvez o pensamento “nós contra eles” seja algo tão intrínseco ao ser humano que mal conseguimos enxergar que, em uma sociedade de consumo, todos somos consumidores e fornecedores.

Em março de 1962, o presidente americano John Kennedy fez o famoso discurso em defesa dos consumidores para o congresso. Partindo da ideia de viver em uma sociedade de consumo, ele afirmou que “somos todos consumidores” e que os consumidores deveriam ter quatro direitos básicos: o direito à segurança, o direito de ser informado, o direito de escolher e o direito de ser ouvido²⁶¹.

quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável” (**Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 196).

²⁶⁰ Conforme dissemos na introdução deste trabalho, não temos por objetivo analisar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Sem dúvida, essa é uma das questões mais polêmicas que tocam o direito de infância na atualidade e merece um trabalho específico traduzindo conceitos da psicologia, do marketing e do direito. A respeito do tema, Bruno Miragem, em parecer, explicou que é a vulnerabilidade especial ou agravada que se deve tomar em consideração na interpretação do conceito de publicidade abusiva e sua proibição, pelo Código de Defesa do Consumidor, e que “parte-se de um fato: a criança por suas qualidades naturais conta com deficiência de julgamento e experiência em relação ao mundo exterior, quando comparadas ao consumidor médio que já tenha deixado a infância. Neste sentido, há referências a que apenas por volta dos 8 aos 11 anos será a idade em que se reconhece a capacidade da criança para ter consciência acerca dos propósitos informativos e persuasivos em que se baseia o discurso da publicidade. Assim, também refere Ian Ramsay, debruçado sobre o direito norte-americano, ao destacar a importância do conhecimento especializado para identificar adequadamente os efeitos da publicidade no estudo do comportamento do consumidor, e em especial da criança. Por outro lado, destaca o perigo de que interesses comerciais, porventura, venham a patrocinar a produção de evidências científicas em sentido inverso, de modo a influenciar a formulação e implementação de políticas públicas neste tema” (**A constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**). Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁶¹ O discurso foi importante marco para a defesa do consumidor no mundo todo, e nos Estados Unidos da América foi parâmetro para surgir o U.S Consumer Privacy Bill of Rights. São princípios da Privacy Bill of Rights (CPBR): “1) Individual Control: Consumers have a right to exercise control over what personal data companies collect from them and how they use it. 2) Transparency: Consumers have a right to easily understandable and accessible information about privacy and security practices. 3) Respect for Context: Consumers have a right to expect that companies will collect, use, and disclose personal data in ways that are consistent with the context in which consumers provide the data. 4) Security: Consumers have a right to secure and responsible handling of personal data. 5) Access and Accuracy: Consumers have a right to access and correct personal data in usable formats, in a manner that is appropriate to the sensitivity of the data and the risk of adverse consequences to consumers if the data is inaccurate. 6) Focused Collection: Consumers have a right

De fato, em uma sociedade de consumo, não há como sobreviver senão pelo consumo. No entanto, para que haja consumo, deve haver sujeito ativo e passivo, sendo certo que a relação jurídica de consumo só se completa com a existência de um consumidor relacionando-se com o fornecedor, em cujo objeto recai a relação de consumo. Assim, **em uma sociedade de consumo, todos somos consumidores e fornecedores**²⁶².

Queremos, com isso, dizer que o discurso do “nós contra eles”, da luta de classes, deve ser deixado de lado, de modo a dar espaço à solidariedade:

Esta qualidade reveladora do discurso e da ação vem à tona quando as pessoas estão *com* as outras, isto é, no simples gozo da convivência humana, e não “pró” ou “contra” as outras. Embora ninguém saiba que tipo de “quem” revela ao se expor na ação e na palavra, é necessário que cada um esteja disposto a correr o risco da revelação; e nem o praticante de boas ações, que precisa ocultar sua individualidade e manter-se em completo anonimato, nem o criminoso, que precisa esconder-se dos outros, pode correr o risco de revelar-se. Ambos são indivíduos solitários; o primeiro é “pró” e o segundo é “contra” todos os homens; ficam, portanto, fora do âmbito do intercuro humano e são figuras politicamente marginais que, em geral, surgem do cenário histórico em épocas de corrupção, desintegração e decadência política. Dada a tendência intrínseca de revelar o agente justamente com o ato, a ação requer, para sua plena manifestação, a luz intensa que outrora tinha o nome de glória e que só é possível na esfera pública²⁶³.

A ideia de solidariedade está traduzida no Código de Defesa do Consumidor. De fato, entre as regras relativas à Política Nacional de Relações de Consumo, aparecem a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III, do CDC)²⁶⁴.

to reasonable limits on the personal data that companies collect and retain. 7) Accountability: Consumers have a right to have personal data handled by companies with appropriate measures in place to assure they adhere to the Consumer Privacy Bill of Rights” (KELLY, Girard. A public policy analysis of the European Union’s Data Protection Regulation Principles and U.S. Consumer Privacy Bill of Rights [May 1, 2013]. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2295659. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁶² No mesmo sentido é a lição de Hannah Arendt: “Diz-se, frequentemente, que vivemos numa sociedade de consumidores; e, uma vez que, como vimos, o labor e o consumo são apenas dois estágios de um só processo, imposto ao homem pelas necessidades da vida, isto é o mesmo que dizer que vivemos numa sociedade de operários (‘laborens’), ou seja, de homens que ‘laboram’. Esta sociedade não surgiu em decorrência da emancipação das classes trabalhadoras, mas resultou da emancipação da própria atividade do labor, séculos antes da emancipação política dos trabalhadores. O importante não é que, pela primeira vez na história, os operários tenham sido admitidos com iguais direitos na esfera pública, e sim que quase conseguimos nivelar todas as atividades humanas, reduzindo-as ao denominador comum de assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância. O que quer que façamos, devemos fazê-lo a fim de ‘ganhar o próprio sustento’; é este o veredicto da sociedade, e o número de pessoas que poderiam desafiá-lo, especialmente nas profissões liberais, vem diminuindo consideravelmente” (**A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 139). Em outras palavras, **em uma sociedade de consumo todos são trabalhadores e consumidores**.

²⁶³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 192.

²⁶⁴ “Devemos esclarecer que a solidariedade não é um conceito antagônico, renegado pela teoria liberal dos direitos fundamentais, desde que não seja instrumentalizada para a perpetuação de uma classe política no poder e acabe

Lembramos, ainda, que os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF) são: a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: i) soberania nacional; ii) propriedade privada; iii) função social da propriedade; iv) livre concorrência; v) defesa do consumidor; vi) defesa do meio ambiente; vii) redução das desigualdades regionais e sociais; viii) busca do pleno emprego; ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

O princípio da boa-fé está expressamente previsto no inciso III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. O legislador impõe às partes o dever de manter o mínimo de confiança e lealdade antes, durante e após o cumprimento da obrigação. O comportamento das partes deve ser coerente com a vontade manifestada, evitando-se o elemento surpresa na fase tanto de informação quanto de execução, e até mesmo na fase posterior, que se pode chamar de fase de garantia e reposição. Evidente que esse princípio é fundamental para a harmonização de interesses e o equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

Inequívoca, portanto, a responsabilidade dos fornecedores nas relações de consumo, especialmente em se tratando de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes.

Para que haja a proteção integral da criança e do adolescente, todas as regras inseridas no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser respeitadas pelos fornecedores.

4. Marketing e publicidade

Conforme vimos na introdução deste trabalho, o marketing é fruto da sociedade de consumo e tem como objetivo mostrar suas marcas e produtos aos consumidores e persuadi-los a adquiri-los.

Vimos também que o neuromarketing é a aplicação da neurociência ao marketing, que busca compreender o funcionamento do cérebro e ajuda a desvendar a razão pela qual escolhemos determinadas marcas. Os conceitos do neuromarketing surgem para entender o que

por sufocar a liberdade individual. Nem mesmo a socialização (e não a ‘estatização’) da propriedade seria combatida pela teoria liberal desde que se processasse paulatinamente com estrito respeito, em última instância, ao critério da necessidade de intervenções estatais” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26).

realmente se passa na mente dos consumidores, e ir muito mais além do que eles dizem nas pesquisas tradicionais.

O neuromarketing passa a analisar o comportamento do consumidor a partir dos estímulos cerebrais, levando em consideração a influência das cores, dos aromas, do *design*, das emoções e do comportamento irracional (ou subconsciente) dos consumidores.

Para o fornecedor, entender o comportamento do consumidor é permitir compreender as suas tomadas de decisões, evitando, assim, um erro no planejamento de marketing devido a uma análise tendenciosa do mercado. Portanto, conforme já dissemos, muitos são os fatores que levam à decisão de compra do consumidor e é necessário conhecer todos os elementos.

Não podemos nos esquecer, nesse ponto, de que os pais são responsáveis pelas escolhas e quem efetivamente adquire os produtos diretamente dos fornecedores. Raramente a criança tomará a decisão e fará a sua escolha sozinha. Exemplo disso pode ser a cantina da escola, em que a criança pode adquirir produtos sem a supervisão dos pais.

Há que se lembrar que, mesmo nessas situações, o exercício do poder familiar também estará presente, já que são os pais que entregam aos filhos o dinheiro para aquisição do lanche em vez de enviar uma lancheira com os produtos que entendem mais adequados aos seus filhos.

De outra banda, é inegável a influência dos filhos no processo decisório de compra dos pais²⁶⁵; também é inegável que a primeira fase de compreensão do mundo é vivida e ensinada pelos pais, que, a depender do seu comportamento em face das decisões de compra, também influenciarão as preferências dos filhos. Muitos são os fatores já estudados pelas citadas áreas do conhecimento que indicam a forte influência dos pais nos hábitos de consumo dos filhos²⁶⁶.

Nesse sentido, conforme Blandína Šramová aponta, precisamos estar atentos ao fato de que **não é possível estabelecer relação de causalidade direta entre o marketing e a influência de compra**. O autor exemplifica a afirmativa com a questão da obesidade infantil e

²⁶⁵ “Os filhos, na qualidade de membros da família, constituem um importante mercado-alvo para empresas de todos os produtos domésticos. Em 1990, as crianças americanas foram responsáveis por um gasto direto de mais de 60 bilhões de dólares, e influenciaram mais de 380 bilhões em gastos feitos por outros membros da família. A influência dos filhos aumenta com a idade. Um estudo constatou que 21% das mães de crianças entre cinco e sete anos cediam ao pedido delas, sendo que essa porcentagem subia para 57% no caso de crianças entre 11 e 12 anos” (SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente**: indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001. p. 545).

²⁶⁶ “One of the first social links is family. Thus, in consumer socialization process, it is important to observe the child-parent relationship. Parent-child relationships are less confrontational and more collaborative these days. Advertising reacts to that and puts the parent in a position of an adviser (e.g., when choosing a bank to open an account). Moreover, in some countries, we witness a decrease of commercials focused on products linked to obesity and unhealthy lifestyle (e.g., fast food, snacks, products high in sugar, breakfast cereals) and an increase of commercials promoting alternative products: fruit juice, water, fresh fruit, and vegetables” (ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s consumer behavior**. E-book. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 20 set. 2021)

a publicidade de alimentos, asseverando que os anúncios de produtos sem valor nutricional são tentadores para as crianças, mas a obesidade infantil não é influenciada puramente pelo marketing, devendo também ser analisados o nível de atividade física praticado pela criança, os hábitos alimentares indesejáveis prevalentes na família dela, entre outros fatores. Isso demonstra o denominado “paradoxo da parentalidade moderna”, em que os pais sabem o que é bom para seus filhos, mas lhes oferecem opções menos saudáveis²⁶⁷.

De outra banda, a publicidade voltada ao público infantil cresce de forma substancial. Conforme ensina Fernando Eberlin²⁶⁸, no final dos anos 1990 surgiram as agências de publicidade destinadas ao ao público infantil, que passaram a desenvolver técnicas específicas para compreender o comportamento do público mirim. As pesquisas passaram a ser feitas a partir do universo infantil, envolvendo a família, os amigos, o grupo em que está inserido e as celebridades. Desde então, o marketing voltado a crianças tem sido cada vez mais desenvolvido e, por outro lado, cada vez mais criticado.

Assim, a discussão ética e jurídica sobre a publicidade dirigida ao público infantil passa, necessariamente, pela ideia de que o marketing tem sido massivo em relação a esse público e tem gerado, conforme já dissemos na introdução, cada vez mais questionamentos por parte da sociedade científica.

As alegações de danos aos consumidores mirins vão desde a crítica ao consumismo infantil, passando pela adultização da infância até o desenvolvimento de adolescentes infratores.

No entanto, discute-se, conforme já dissemos, o nexos de causalidade entre a publicidade e a realidade da infância e o papel da publicidade nessas transformações. Assim debate Fernando Eberlin:

De acordo com Linn (2003, p. 482), as empresas voltadas ao público infantil explicam esse fenômeno com o argumento de que as crianças estão mais sofisticadas e abandonam mais cedo brinquedos tradicionais, trocando-os por *videogames* e produtos associados à cultura pop. Nessa linha, também há autores, como Schor e Henderson, que sustentam que crianças e adultos sofrem o mesmo tipo de influência em relação à cultura de consumo e defendem que a criança não deve ser tratada de maneira diferenciada, conforme sugerem as abordagens protecionistas (SHOR;

²⁶⁷ “However, we have to stay aware of the fact that correlational relationship between observed variables does not indicate causal relationship. Let us take the example of the relationship between obesity and food marketing. It is clear that adverts for products with no nutritional value are tempting for children. Nevertheless, children obesity is not influenced purely by food marketing but also by insufficient physical activity, undesirable eating habits prevailing in the child’s family, and so on. Noble et al. propose ‘the paradox of modern parenting,’ by which they mean that parents know what is good for their child but provide them with less healthy options” (ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s consumer behavior**. E-book. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 20 set. 2021)

²⁶⁸ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 58 e 59.

HENDERSON, 2008, p. 489). Buckingham (2003, p. 146), do mesmo modo, sugere que as preocupações sobre a relação entre crianças e a cultura de consumo são tradicionalmente revestidas de um significado simbólico, ou seja, de uma ideologia sobre a infância que coloca a criança como vítima inocente das covardias dos capitalistas.

No outro lado da moeda, Linn (2003, p. 483) argumenta que a suposta sofisticação das crianças e sua equiparação com os adultos são utilizadas apenas como justificativas para técnicas mais agressivas e implícitas de “marketing” como o “product placement” (que insere produtos no contexto de programas de televisão, filmes, “videogames” e livros infantis. Para a autora, as empresas que realizam essas práticas sugerem não haver prejuízos às crianças (ao contrário, sustentam que as crianças aprendem com desenhos, livros e jogos, ao passo que as empresas estão criando afinidades entre os produtos e as crianças), quando, em verdade, haveria vários problemas, inclusive da saúde pública, que podem ser associados a elas. Entre esses problemas, Calvert (2008, p. 218) aponta os conflitos entre pais e filhos, cinismo, obesidade e atitudes materialistas como alguns dos efeitos negativos da exposição das crianças à publicidade. Linn (2003, p. 480) agrega a essa lista o estresse familiar, o aumento da importância atribuída aos valores materiais e o desenvolvimento do próprio corpo.

As duas posições anteriormente expostas possuem seus argumentos de sustentação. No entanto, cada contexto social, cultural e econômico é que pode determinar o peso adequado a ser dado a cada tipo de argumento²⁶⁹.

Há, portanto, dois fatos que não podem ser negados: a comunicação de marketing destinada aos infantes tem sido cada vez mais comum e esse público influencia diretamente a compra de produtos e serviços no mercado. Por outro lado, apenas os pais são os detentores da autoridade parental e são as pessoas que efetivamente decidem pela compra, seja pela pressão dos filhos, seja para compensar eventual ausência, seja por mero desejo de efetuar a compra.

Nesse sentido, por evidente, a publicidade deve ser devidamente regulamentada pelo Estado, de modo que a relação entre fornecedores, crianças e pais seja mais equitativa e respeite a intimidade das famílias, o exercício de poder familiar dos pais e a ausência de autonomia das crianças e dos adolescentes.

A seguir, elencaremos as sugestões de critérios para a regulamentação da publicidade infantil, tendo por base a autorregulação feita pelo Conar e, também, os critérios utilizados em outros países e já abordados em outra parte da pesquisa.

5. Economia comportamental: noções

A economia tradicional fundamenta-se na concepção do *homo economicus*, ou seja, do indivíduo que vive em sociedade de consumo e que é um agente racional que otimiza suas escolhas sempre em seu próprio benefício.

²⁶⁹ EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 62 e 63.

A economia comportamental, decorrente da incorporação, pela economia, de desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas no campo da psicologia e da neurociência, busca compreender as decisões dos indivíduos de maneira mais realista. Ou seja, esse ramo da economia rebate a ideia da economia tradicional, que considera que o mercado ou o próprio processo de evolução são capazes de solucionar erros de decisão provenientes de uma racionalidade limitada.

Para os seguidores dessa corrente, as pessoas no mercado de consumo decidem com base em hábitos, experiências pessoais, práticas simplificadas que induzem a decisão de compra. A principal obra sobre a economia comportamental é do autor Daniel Kahneman, ganhador do prêmio Nobel de economia. Na obra intitulada *Rápido e devagar*²⁷⁰, o autor divide o pensamento em cinco partes: i) apresentação dos dois sistemas da mente; ii) dificuldade de se pensar estatisticamente; iii) confiança excessiva no que se acredita saber; iv) tomada de decisões; v) dois eus.

O autor parte do pressuposto de que o ser humano tem duas formas de pensar: a maneira rápida, reativa, intuitiva, que ele denomina “sistema 1”, e a forma devagar, racional e de pensamento elaborado, que ele denomina “sistema 2”.

No exemplo dado pelo autor, a operação 2+2 pode ser realizada rápida e automaticamente, e requer pouco ou nenhum esforço. Como dirigir um carro em uma rua vazia, ler ou ver uma novela. Essas respostas são oferecidas pelo nosso sistema 1. Por outro lado, a operação 17x24 é realizada mais lentamente, requer esforço, pensamento lógico, concentração e foco. São atividades como preencher um formulário ou prestar atenção em uma voz em uma sala barulhenta. Essas respostas são dadas pelo nosso sistema 2.

Utilizamos, segundo o autor, as duas formas de pensar para a nossa sobrevivência, e ambos os sistemas são fundamentais para a tomada de decisões. No entanto, são essencialmente diferentes. O sistema 1 funciona em heurísticas que podem não ser precisas, como o exemplo dado pelo autor do caso do bibliotecário²⁷¹. O sistema 2 exige um esforço de avaliação heurística, como combinar uma intuição com conhecimento estatístico.

²⁷⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

²⁷¹ “Ao considerar a pergunta abaixo, por favor, suponha que Steve foi escolhido ao acaso de uma amostra representativa: Um indivíduo foi descrito por outro como segue: ‘Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe.’ Há maior probabilidade de Steve ser um bibliotecário ou um fazendeiro? A semelhança da personalidade de Steve com a de um bibliotecário estereotipado vem à mente de qualquer um na mesma hora, mas considerações estatísticas igualmente relevantes quase sempre são ignoradas. Ocorreu a você que há mais de vinte fazendeiros homens para cada bibliotecário nos Estados Unidos? Como a desproporção é tão grande, é quase uma certeza que mais ídoles ‘dóceis e organizadas’ serão encontradas dirigindo tratores do que sentadas atrás do balcão de informações das bibliotecas. Entretanto, descobrimos que os

Pensar lento afeta nossos corpos (pupilas dilatadas), atenção (observação limitada) e energia (recursos esgotados). Por pensar lento exigir esforço, estamos propensos a pensar rápido (menos trabalhoso para o cérebro). Pensamos rápido para realizarmos tarefas de rotina e precisamos pensar devagar para tarefas complicadas. Uma das principais funções do sistema 2 é monitorar e controlar pensamentos e ações “sugeridos” pelo sistema 1, permitindo que parte deles seja expressa diretamente no comportamento e suprimindo ou modificando outros.

Questão importante colocada pelo autor é a tomada de decisões com base na intuição. Kahneman oferece o seguinte problema: “Um bastão e uma bola custam 1,10 reais. O bastão custa um real a mais que a bola. Quanto custa a bola?”. O número intuitivo que vem à cabeça é 10 centavos. A marca distintiva desse problema simples é que ele evoca uma resposta que é intuitiva, atraente, mas errada, pois, fazendo as contas, vemos que a resposta correta é 5 centavos.

O problema do bastão é nosso primeiro contato com uma observação que será um tema recorrente no pensamento do autor: muitas pessoas são superconfiantes, inclinadas a depositar excessiva fé em suas intuições. Elas aparentemente acham o esforço cognitivo no mínimo desagradável e evitam-no o máximo que podem.

Outro ponto essencial da obra é a noção de heurísticas e vieses. O autor define a heurística de disponibilidade “como o processo de julgar a frequência segundo a facilidade com que as ocorrências vêm à mente”²⁷². Para entender melhor o conceito, ele exemplifica trazendo a dificuldade do nosso cérebro de ler dados e estatísticas. É sabido que pequenas amostras são mais propensas a resultados extremos do que grandes amostras, mas tendemos a empregar mais crédito aos resultados de pequenas amostras do que às justificativas estatísticas, ou seja, tomamos decisões sobre dados insuficientes.

No entanto, suscitar dúvidas sobre as estatísticas exige muito trabalho e, por isso, às vezes, o sistema 2 não consegue fazer seu trabalho aprofundando os dados e acabamos por chegar a conclusões falsas sobre o tema abordado. Nas palavras do autor, “quando detectamos

participantes de nossos experimentos ignoravam os fatos estatísticos relevantes e se apoiavam exclusivamente na semelhança. Sugerimos que usavam a semelhança como uma heurística simplificadora (grosso modo, uma ‘regra do polegar’) para fazer um julgamento difícil. A confiança na heurística provocava vieses previsíveis (erros sistemáticos) nas previsões deles. Em outra ocasião, Amos e eu nos perguntamos sobre a taxa de divórcios entre professores de nossa universidade. Observamos que a pergunta disparou uma busca em nossa memória por professores divorciados que conhecíamos ou dos quais já tínhamos ouvido falar, e que avaliávamos o tamanho das categorias pela facilidade com que os exemplos nos vinham à mente. Chamamos essa confiança na facilidade em puxar da memória de heurística da disponibilidade (availability heuristic)” (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle).

²⁷² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

o que parece ser uma regra, rejeitamos rapidamente a ideia de que o processo é verdadeiramente aleatório”²⁷³.

Assim, por regra, utilizamos a *ancoragem*, que é o fenômeno subconsciente de fazer estimativas incorretas devido a números previamente ouvidos. O autor oferece o exemplo do efeito da ancoragem relativa à altura da sequoia. Trata-se de árvore com, em média, 170 metros de altura, mas, ao perguntar aos participantes do grupo, sugeriu-se a altura de 365 metros.

Ao questionar o grupo qual a altura da árvore, muitas pessoas disseram que ela tinha acima de 365 metros. Assim, a resposta estava ancorada na especificação de 365 metros dada na pergunta, apoiando-se a resposta no valor dado na pergunta.

Com isso, Kahneman sugere que somos mais sugestionáveis do que podemos perceber. Estamos propensos a dar respostas mais concretas a perguntas que são mais fáceis de lembrar. E as respostas são mais fáceis de lembrar quando tivemos uma experiência. E afirma:

Efeitos de ancoragem são facilmente observados no comércio *online*, onde o mesmo item é muitas vezes oferecido a diferentes preços de “compre já”. A “estimativa” em leilões de arte também é uma âncora que influencia o primeiro lance. Há situações em que a ancoragem parece razoável. Afinal, não é de surpreender que pessoas confrontadas com questões difíceis agarrem-se a uma quimera, e a âncora é uma quimera plausível. Se o que você sabe a respeito das árvores da Califórnia é quase nada e alguém lhe pergunta se uma sequoia pode medir mais do que 365 metros de altura, você talvez infira que esse número não está longe demais da verdade. Alguém que conhece a verdadeira altura pensou na pergunta, de modo que a âncora pode ser uma dica valiosa. No entanto, uma descoberta fundamental da pesquisa com ancoragem é a de que âncoras que são obviamente aleatórias podem ser tão eficazes quanto âncoras potencialmente informativas. Quando usamos uma roda da fortuna para estimativas de âncora da proporção de nações africanas na ONU, o índice de ancoragem foi de 44%, bem dentro da variação de efeitos observados com âncoras que poderiam plausivelmente ser tomadas como dicas. Efeitos de ancoragem de tamanho similar têm sido observados em experimentos em que os últimos dígitos do número de Seguridade Social da pessoa consultada era usado como âncora (por exemplo, para estimar o número de médicos na cidade dela). A conclusão é clara: âncoras não devem seus efeitos ao fato de as pessoas acreditarem que elas são informativas²⁷⁴.

Na terceira parte da obra, o autor explora a nossa tendência de confiança excessiva sem fundamentação em dados estatísticos. *Grosso modo*, ele afirma que ignoramos as informações estatísticas a favor de nossos sentimentos instintivos. Acidentes e condições meteorológicas não devem ser influenciados pela intuição, mas muitas vezes são. Intuição significa conhecer algo sem saber como o conhecemos.

A tendência a gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa – incluindo coisas que você não observou – é conhecida como efeito halo. O termo tem sido usado pela psicologia há um século, mas não entrou em amplo uso na linguagem cotidiana. É uma pena, porque o efeito halo é um bom nome para um viés comum que desempenha um grande papel no modo como vemos as pessoas e as situações. É uma

²⁷³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

²⁷⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

das maneiras pelas quais a representação do mundo que o Sistema 1 gera é mais simples e mais coerente do que a coisa real. Você conhece uma mulher chamada Joan numa festa e a acha agradável e boa de papo. Então ela lhe parece alguém que concordaria em contribuir para a caridade. O que você sabe sobre a generosidade de Joan? A resposta correta é que você não sabe praticamente nada, pois há poucos motivos para acreditar que pessoas que são encantadoras em ocasiões sociais também contribuem generosamente com a caridade. Mas você gosta de Joan e vai recuperar a sensação de gostar dela quando pensar a seu respeito. Você também gosta de generosidade e de pessoas generosas. Por associação, você agora está predisposto a acreditar que Joan é generosa. E agora que acredita que ela é generosa, provavelmente gosta ainda mais de Joan do que anteriormente, porque adicionou generosidade a suas demais qualidades aprazíveis²⁷⁵.

Assim, segundo o autor, nossa intuição deve ter uma base sólida, pois nem tudo que acontece faz sentido e nem sempre conseguimos fornecer uma explicação racional para tudo, mas nossa mente tenta criar uma história para tornar cada situação mais plausível. O fato é que, para que as coisas sejam mais fáceis de entender, nossa mente cria ilusões. Portanto, a informação na qual acreditamos pode ser, na verdade, uma ficção criada pela mente.

As questões postas até agora são essenciais para a compreensão do comportamento do consumidor no mercado de consumo. Nessa linha de raciocínio, o consumidor, por regra, não utiliza o sistema 2 do cérebro para tomar decisões de consumo.

As pessoas decidem com base em hábitos, experiência pessoal e regras práticas simplificadas. Aceitam soluções apenas satisfatórias, buscam rapidez no processo decisório, têm dificuldade em equilibrar interesses de curto e longo prazos e são fortemente influenciadas por fatores emocionais e pelos comportamentos dos outros. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas são tentativamente incorporadas aos modelos.

Outro ponto essencial: toda e qualquer manifestação a respeito de como a criança se comporta no mercado de consumo e quais os impactos relacionados à publicidade devem ser feitos com base em estudos com sólida e clara metodologia, randomizados e com base na melhor ciência.

Não se pode admitir, como já dissemos, que estudos sejam direcionados com fundamento em ideologias, com pequeno grupo de crianças, que compõe apenas uma determinada classe social, sem que haja predominância do interesse de qualquer das partes, mas que tenha foco no sujeito objeto da pesquisa: crianças, adolescentes e suas famílias.

Para exemplificar o que acabamos de expor, faremos um breve apontamento sobre a regulação da publicidade infantil e seus efeitos. Conforme estudamos na parte 03 deste trabalho, o Reino Unido passou a utilizar forte regulação em relação à publicidade dos produtos com alto

²⁷⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

teor de açúcar, gordura e sal. Os personagens e as celebridades não mais puderam ser estampados nas embalagens desses produtos, e a disposição de tais produtos passou a ser feita de forma diferente em supermercados.

A questão principal, como se sabe, é que a obesidade infantil é problema a ser enfrentado naquele país. Segundo pesquisas, quase 10% das crianças do ensino fundamental na Inglaterra são obesas. Entre 2014 e 2015, o número de crianças com obesidade na faixa de 10 e 11 anos de idade subiu de 19,1% para 19,8%. E foi por essa razão que a publicidade passou a ser bastante restrita no Reino Unido.

A restrição surtiu resultado? Quer dizer, as crianças passaram a ter uma alimentação mais saudável a partir da restrição do anúncio publicitário? Aparentemente, os números relativos à obesidade infantil no Reino Unido não mudaram e não param de crescer. Tanto assim que já se cogitam outras medidas para combater esse sério problema.

No artigo intitulado “The impact of maternal employment on children’s weight: Evidence from the UK”, as autoras relatam os efeitos do trabalho materno na obesidade infantil. Sugerem que as crianças criadas por mulheres solteiras que trabalham fora têm maior probabilidade de desenvolver obesidade²⁷⁶. Não se quer, com essa informação, encontrar culpados. O que se faz necessário é demonstrar que a obesidade tem múltiplos fatores e que a publicidade por si não pode ser considerada a grande vilã, a responsável por todos os males que afetam o público infantil (ou adulto).

De fato, as escolhas dos consumidores não são, necessariamente, as mais conscientes e racionais. Mães solteiras que trabalham têm inúmeras dificuldades de cuidar dos seus filhos. Normalmente, não contam com a ajuda de familiares para escolher boa alimentação e, por fim, optam por alimentos mais baratos, rápidos, com pouco teor nutritivo e alto teor calórico para os seus filhos.

O assunto é, portanto, muito mais complexo do que parece. À primeira vista, proibir a comunicação mercadológica para crianças e adolescentes poderia diminuir sensivelmente a

²⁷⁶ “Previous research shows that maternal employment is associated with higher children’s body mass index (BMI). Using a large UK longitudinal birth cohort study of almost 20,000 children, we examine the effect of maternal employment during childhood (to age 14) on children’s weight. We address the endogeneity of maternal employment by estimating household fixed effects models. We find that maternal employment has a positive effect on children’s BMI and therefore on excess weight, and this is particularly the case for single mothers. We investigate potential pathways, including children’s sedentary behavior and healthy eating behaviors, and find evidence of more sedentary behavior and poorer eating habits amongst children whose mothers are in employment. This is consistent with higher BMI levels amongst these children” (FITZSIMONS, Emla; PONGIGLIONE, Benedetta. The impact of maternal employment on children’s weight: Evidence from the UK. **SSM Population Health**, v. 7, 2019).

questão da obesidade, mas a experiência no Reino Unido tem mostrado que os caminhos são bem mais complexos que se imaginava.

Conforme Young, a questão central do debate em torno da publicidade de alimentos reside na dúvida sobre o entendimento da publicidade pelas crianças. O autor afirma que os psicólogos do desenvolvimento têm dificuldade de afirmar categoricamente a idade na qual a criança passa efetivamente a compreender a mensagem publicitária como tal²⁷⁷.

Sugere, no entanto, fundamentado no relatório MAFF em 1996, que a criança pode distinguir a publicidade da programação entre 4 (quatro) e 7 (sete) anos de idade; que, em geral, crianças compreendem a função econômica e comercial da publicidade antes de entenderem a sua função persuasiva e retórica; e que a compreensão de ambas geralmente ocorre na meia-infância²⁷⁸.

Na sequência, ao debater sobre as escolhas alimentares das famílias, afirma o autor que há evidências de que a influência dos colegas é forte em crianças de tenra idade e que podem ser encorajadas a mudar sua escolha em razão da influência do grupo. Afirma também que a família tem forte influência nas preferências alimentares e que estudos apontam que bebês recém-nascidos têm preferência inata por sabores doces e antipatia por sabores azedos e amargos. Por fim, analisa vários estudos que demonstram uma relação direta entre alimentos e publicidade para a escolha alimentar subsequente e conclui que, apesar das correlações significativas, tais estudos podem estar metodologicamente incorretos por não usarem projetos experimentais necessários à comprovação do nexo de causalidade²⁷⁹.

²⁷⁷ Nas palavras do autor: “A central issue in the debate about advertising to children is the age at which they understand advertising. This is primarily a socio-legal question and one that developmental psychologists would have difficulty answering. ‘Understanding advertising’ has many facets and the concept of advertising literacy suggests that there are several developmental trajectories, each with different age-related norms. Consequently, there is no fixed age at which it can be unequivocally stated that the majority of children will understand advertising. In this sense it is like other age-related issues such as the age of consent, age of culpability, and so on, and psychological researchers can only inform the debate. If children were unable to understand the point behind advertising, however, then there would be a good case for advertising to children being regulated with their special susceptibilities taken into account” (YOUNG, Brian. Does food advertising influence children’s food choices? A critical review of some of the recent literature. *International Journal of Advertising*, v. 22, n. 4, p. 441-459, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02650487.2003.11072862>. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁷⁸ “The general conclusion reached in the report to MAFF in 1996 (Young et al. 1996) was that the child can distinguish between television commercials and the adjacent programme at some age between four and seven years. In general, children understand the economic and commercial function of advertising before they understand advertising’s persuasive and rhetorical function and an understanding of both of these usually emerges in middle childhood” (YOUNG, Brian. Does food advertising influence children’s food choices? A critical review of some of the recent literature. *International Journal of Advertising*, v. 22, n. 4, p. 441-459, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02650487.2003.11072862>. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁷⁹ “Looking at children’s food choice, there is evidence that peer influence is strong with young children who can be encouraged to change their choice at three to four years by eating with other groups with different preferences to their own. Families influence dietary preferences too. The conclusions established in the MAFF report concerning the development of dietary preferences in children were upheld. There is evidence from studies of

5.1. Economia comportamental e política pública

Um interessante caminho para as questões que envolvem a publicidade dirigida ao público infantil é o denominado paternalismo libertário. Thaler e Sunstein, na obra intitulada *Nudge*, texto de referência sobre a economia comportamental e o paternalismo libertário, fundamentam as suas ideias em três pilares: i) preservação da liberdade de escolha; ii) transparência e efetividade; e iii) necessidade de provas e testes.

Nudge é uma palavra da língua inglesa que significa empurrar ou cutucar alguém levemente com o intuito de chamar sua atenção. Significa, portanto, persuadir ou encorajar de forma sutil. Richard H. Thaler e Cass Sunstein definem o termo como uma intervenção que preserva a liberdade de escolha, ainda que possa influenciar a tomada de decisão. Em outras palavras, a ideia por trás dos *nudges* não é coagir, mas induzir²⁸⁰.

De acordo com Thaler e Sunstein, é essencial que se preserve a liberdade de escolha dos cidadãos nas escolhas de vida, com fundamento, portanto, na lógica da autonomia dos cidadãos. O Estado pode dar “empurrões” para que os cidadãos façam escolhas mais saudáveis e mais racionais, mas não pode impedir que o cidadão faça escolhas ruins (usando o sistema 1 do cérebro de forma absolutamente intuitiva). Ademais, os *nudges* produzidos pelo governo nunca devem ser ocultos. Ao contrário, precisam ser explícitos e tão passíveis de análise pela opinião pública quanto qualquer outra ação governamental.

newborn infants that innate preferences for sweet tastes and dislike of sour and bitter tastes exist. Simple mechanisms of learning, such as modelling the behaviour of others, learning associations between different foods and the sensory, post-ingestive and post-digestive consequences of eating them, will act as rewards and punishments. And in this way, children progress from a reliance on one source of food as infants to enjoying the wide range of diets across all cultures. Finally, several studies claimed a direct relationship between food advertising to children and subsequent food choice. Although significant correlations have been claimed, these studies are methodologically unsound as they do not use longitudinal or experimental designs and both of these would be required before any claims of causality can be made” (YOUNG, Brian. Does food advertising influence children’s food choices? A critical review of some of the recent literature. **International Journal of Advertising**, v. 22, n. 4, p. 441-459, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02650487.2003.11072862>. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁸⁰ Ao tratar do tema, explica Luciano Benetti Timm e Erik Navarro Wolkart: “Com efeito, Sunstein, Thaler e Jolls afirmam que pesquisas vêm demonstrando a importância do sentimento na tomada de decisão e como indivíduos usam atalhos (vieses) no caminho decisório (é a chamada recíproca influência entre sistema decisório cerebral 1 – intuitivo, rápido e impreciso – sistema decisório cerebral 2 – lento e preciso). Alguns exemplos desses vieses são: a) excesso de otimismo; b) saliência e experiência pretérita (viés de disponibilidade); c) efeito dotação (endowment effect) – pessoas que recebem bens tendem a valorizá-los acima de seu valor de mercado” (Direito e economia desmistificados: as contribuições da Behavioral Law and Economics. **Jota**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificados-parte-ii-18102018>. Acesso em: 20 set. 2021).

A vantagem do *nudge* em comparação a ações mais impositivas ou restritivas, além de melhorar a regulação, evitando mitigar direitos, é seu baixo custo em relação ao grau de efetividade, pois muitas vezes envolve medidas como a mera disponibilização de informações.

Além da colaboração desses novos termos para a elaboração de políticas públicas, Thaler e Sunstein se utilizam dos estudos de Kahneman e Tversky acerca das “heurísticas e vieses”, já mencionados neste trabalho, retomando a concepção dual de tomada de decisão (sistemas automático e reflexivo), assim como o viés da representatividade, disponibilidade e o efeito da ancoragem, mas também incluindo e abordando o otimismo, a confiança excessiva, outros aspectos do enquadramento e também um viés de “inércia” (*status quo*), o qual abordaria como os indivíduos mantêm algumas escolhas ruins, mesmo tendo consciência delas.

Tanto o *nudge* quanto a arquitetura de escolhas funcionariam como mecanismos a ser adotados por entes públicos e privados para vencer os resultados tidos como ruins, provenientes das decisões embasadas nessas heurísticas e vieses, sem, ainda, comprometer as decisões tomadas de forma deliberada por outros indivíduos.

No entanto, qualquer que seja a política pública a ser adotada, deve ser baseada em evidências empíricas, sugerindo-se testar as ações planejadas em pequena escala, verificando sua eficácia, antes de promover sua aplicação em larga escala.

Nessa toada, o que se afirma é que nenhuma política pública, arquitetura de escolha ou *nudge* podem ser adotados por mero achismo ou ideologia: qualquer que seja a ação do Estado, ela deve estar baseada em estudos empíricos fundamentados em ciência.

Nessa linha, explica Luciano Benetti Timm e Erik Navarro Wolkart²⁸¹:

Segundo Joshua Greene, um dos grandes filósofos e neurocientistas contemporâneos, normalmente a moralidade do sistema “automático” (intuitivo, emocional) é suficiente, e necessária, para resolver dilemas decisórios simples, como aqueles derivados de deliberações de “eu vs. você” (por exemplo, não trair, não se corromper, não matar), mas insuficientes para dilemas mais complexos derivados de embates principiológicos tribalistas do “nós vs. eles” (por exemplo, aborto, lockdown, reformas legais afetando grupos de interesse como trabalhadores, empresários, ambiente e consumidores).

É que o sistema 1 (automático ou rápido) está aparelhado para garantir a nossa sobrevivência, impulsionando comportamentos de defesa e de preservação individual. Eu corro de uma cobra. Existem freios morais para praticar atos básicos de violência (como esmagar, matar ou bater em alguém). Já o sistema 2 (lento ou manual) é utilitarista e lento, porque utiliza todas as informações disponíveis para calcular o custo-benefício de uma determinada decisão. Na visão do autor em comento, nós vs. eles, ou seja, dilemas que envolvem interesses de grupos de pessoas com diferentes posicionamentos ideológicos (tribos), não podem ser resolvidos pelos impenetráveis instintos do sistema 1. A única saída viável para solução dessa segunda ordem de dilemas decisórios seria apostar então no sistema “manual”, ou seja, no “pragmatismo

²⁸¹ Direito e neurociência: por que uma opção pelo “pragmatismo profundo”? **Jota**, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-neurociencia-por-que-uma-opcao-pelo-pragmatismo-profundo-15052020>. Acesso em: 20 set. 2021.

profundo”. Vale dizer, teríamos de apelar para capacidade de racionalizar e pensar em consequências a partir de dados científicos e empíricos somente avaliáveis por uma parte específica do cérebro, o Córtex Pré-Frontal Dorso Lateral (CPF DL), a partir de algumas regras de ouro argumentativas, a saber: 1) devemos ser imparciais; 2) a felicidade de ninguém é mais valiosa do que a alheia; 3) criação de uma moralidade fora do tribalismo moral (“metamoralidade”), que deixe de lado as convicções de grupos.

A análise do desenvolvimento cerebral, do impacto dos genes e do ambiente no desenvolvimento humano, pode trazer importantes luzes ao estudo da influência da publicidade no comportamento infantojuvenil. Não se pode trabalhar políticas públicas ou regulação com base em argumentos morais ou ideológicos. É essencial que o caminho a ser seguido seja o do conhecimento do desenvolvimento humano para que as políticas públicas sejam desenhadas de forma adequada²⁸².

6. Fundamentos da Lei de Liberdade Econômica e seus impactos na regulação publicitária

A Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, trouxe como objetivo principal estabelecer “garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório” e dar outras providências.

De fato, a Constituição Federal trouxe, em vários de seus dispositivos, determinação para que o Estado criasse mecanismos de intervenção no domínio econômico com o objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*, da CF), sem, contudo, identificar os limites de intervenção, partindo, apenas, de normas gerais e abstratas. Sem dúvidas, o aspecto ideológico é bastante significativo na interpretação dos dispositivos supramencionados.

Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica traz luz e esclarecimentos quanto aos limites de atuação do Estado, em consonância com a atual realidade brasileira²⁸³, fazendo uso

²⁸² E concluem os autores: “Voltando à pergunta-título deste artigo: ‘Por que apostar no pragmatismo profundo de Greene?’ Porque somente o pragmatismo profundo viabilizaria o debate democrático racional no campo das políticas públicas, ensinando-nos as técnicas aptas a libertar nossa razão de nossos impulsos e a enxergar o que é melhor para a sociedade, ainda que não seja a decisão que eu gosto mais ou que me deixa mais confortável com minha intuição moral” (TIMM, Luciano Benetti; NAVARRO, Erik Wolkart. Direito e neurociência: por que uma opção pelo “pragmatismo profundo”? *Jota*, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-neurociencia-por-que-uma-opcao-pelo-pragmatismo-profundo-15052020>. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁸³ Sobre a economia brasileira e os pequenos empreendedores, Luciana L. Yeung adverte: “Curioso é que, quando dizemos ‘atividade econômica’, ‘empreendedorismo’, ‘empresas’ e ‘empresários’, só se lembram comumente das grandes empresas, das multinacionais, das instituições financeiras e afins. Esquecem-se de que nada menos do que 82,5% de todas as empresas do Brasil tem até 9 empregados, e cerca de 58% dos empregados celetistas no país trabalham em empresas de até 99 funcionários (dados da RAIS 2007). Ou seja, em termos quantitativos, os pequenos empreendedores dominam completamente a economia brasileira; são eles que encontram as maiores

da técnica da interpretação sistemática conforme a Constituição Federal²⁸⁴. A nova lei, portanto, deve ser vista como uma diretriz de atuação do Estado no que se refere aos aspectos de intervenção na economia.

Nesse sentir, Luciana L. Yeung, fundamentada nas lições de Hayek, adverte que a presença do Estado se faz necessária para a correção das denominadas “falhas de mercado”:

O Estado tem funções e papéis muito claros, e são de importância marginal. Hayek enfatiza a imprescindibilidade do arcabouço legal, exatamente para a garantia da liberdade econômica e dos resultados positivos dela derivados. Em linguagem mais recente, conforme se aprende nos livros textos, o Estado tem papel fundamental todas as vezes em que existem as *falhas de mercado*: monopólios naturais, poder de mercado, externalidades (positivas ou negativas), assimetrias de informações e outras fontes de criação de custos de transação. Oras, basta olharmos ao redor e perceber que se tratam de situações mais comuns e corriqueiras do que o termo “falhas de mercado” pode nos levar a assumir. Em outras e nas palavras de Hayek: liberdade econômica não equivale dizer Estado sem função, ou *laissez-faire*. E isso é um ponto crucial²⁸⁵.

Sobre a defesa dos livres mercados e a partir da primazia da liberdade e da liberdade e da neutralidade do Estado, esteira do pensamento de Hayek, explica Ana Frazão:

Há, entretanto, um aspecto muito sério na defesa da primazia da liberdade: a defesa do direito que cada um possui de ter a sua própria concepção de bem, do que decorreria a necessidade de que o Estado assumisse posição de total neutralidade em relação aos distintos projetos de vida dos cidadãos. Daí decorreria que apenas a igualdade formal seria compatível com as liberdades individuais.

Para entender melhor esse ponto, vale recorrer aos caminhos argumentativos de Hayek, que é considerado um dos pilares do movimento neoliberal, aqui descrito de forma simplificada como a defesa dos livres mercados e do Estado mínimo. O grande atrativo do autor é ter procurado superar as deficiências do liberalismo econômico mais rasteiro, afastando-se do utilitarismo e das análises exclusivamente econômicas, para o fim de fundar suas concepções nos direitos individuais. Daí a natureza eminentemente moral e jurídica da discussão que propõe.

Toda teoria de Hayek está ligada à concepção de que não escolhemos a sociedade em que vivemos. A economia e a sociedade seriam ordens espontâneas, não planejadas, não controláveis e não dirigíveis, resultando da interação de diversos indivíduos que visam interesses próprios. Portanto, Hayek complementa a racionalidade do *homo economicus* com o elemento da incerteza e da falta de domínio do homem sobre o seu próprio destino.

[...]

Consequentemente, única justiça possível para Hayek é a do Estado formal de direito, que se limita a assegurar a igualdade abstrata perante a lei, assumindo uma postura neutra diante das distintas concepções de bem. A justiça social seria uma miragem e

adversidades em seu dia a dia para poderem continuar produzindo, funcionando, empregando. Também é sobre eles, e talvez, sobretudo, com relação a eles, que residem minhas maiores preocupações” (In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana [coord.]. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 76).

²⁸⁴ É nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho: “Isso significa tornar mais precisa, exata e previsível a disciplina jurídica sobre a atividade econômica. As regras da Lei veiculam acepções determinadas e fornecem soluções específicas, que permitem aos diversos sujeitos públicos e privados identificarem as soluções jurídicas permitidas, proibidas e obrigatórias” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 23).

²⁸⁵ In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 76.

algo contrário à igualdade, pois nenhum princípio pode ser satisfatório para decidir entre os inúmeros interesses conflitantes²⁸⁶.

O pensamento de Hayek está em plena consonância com o fundamento já definido na introdução da pesquisa: qualquer restrição à publicidade destinada ao público infantil deve ter como fundamento a proteção da autonomia e da autodeterminação das famílias, assumindo-se, nesse caso, a relevante assimetria de informação existente entre o destinatário da publicidade e o detentor da mensagem publicitária (fornecedor).

Nesse passo, a Lei nº 13.874/2019 traz, em relação à publicidade, a previsão do dever de a administração pública e das demais entidades que se vinculam,

no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, **evitar o abuso do poder regulatório** de maneira a, indevidamente: [...] VIII – **restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal** (art. 4º, grifo nosso).

O art. 4º da Lei nº 13.874/2019 é dirigido à administração pública, em todos os seus níveis, quando do exercício de sua atividade normativa. Ao comentar o dispositivo legal, José Vicente Santos de Mendonça afirma²⁸⁷:

É ele quem não deve abusar de seu poder regulatório. O *caput* do art. 4º fala que é dever da administração pública, *e dos demais entes que se vinculam ao disposto a esta lei*, evitar o abuso regulatório. Salvo no caso de alguma hipótese de autorregulação, os únicos entes capazes de regulamentar as normas tratadas pela lei integram a administração pública. O texto fala, ainda, que é dever *evitar o abuso*, mas a redação expressa mais do que deveria: o dever é, evidentemente, o de não abusar. O autor de regulamentos administrativos ao qual se direciona a lei, contudo, é *apenas aquele que funciona na capacidade de regulamentador da legislação relativa à liberdade econômica, à livre-iniciativa e à análise de impacto*.

De fato, conforme dissemos, a lei pretendeu moldar a atuação do Estado, fazendo com que este justifique a intervenção nas relações privadas, sempre com fundamento em critérios baseados em evidências científicas, afastando-se das ideologias daquele que estabelece a regra mirando os direitos fundamentais dos consumidores e sua liberdade de escolha²⁸⁸.

²⁸⁶ In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 100.

²⁸⁷ In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 210.

²⁸⁸ É, também, o entendimento de Luciano Timm: “De modo que mercado não está separado da sociedade; é parte dela integrante. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado por normas jurídicas (com maior ou menor eficácia social e econômica). Portanto, não se pode dizer que mercado seja algo artificialmente garantido pelo ordenamento legal como querem alguns, que atacam a característica espontânea das forças do mercado. O que se pode afirmar é quanto mais desenvolvidas as instituições, mais propício é o ambiente para seu natural desenvolvimento. Voltando ao tema do artigo, liberdade econômica ou livre iniciativa significa a liberdade de atuar e de participar do mercado (produzindo, vendendo ou adquirindo bens e serviços, alienando sua força de trabalho). Dito de outro modo é um princípio que estabelece, *a priori*, uma liberdade econômica, que antecede a sua regulação pelo Estado. Ela é inerente a um sistema capitalista porque se a economia é planejada e se o Estado

Assim, o administrador público deve estar vinculado à finalidade indicada pela lei, que, por sua vez, deve trazer claramente a finalidade de modo objetivo (tanto quanto possível). Além disso, o ato administrativo não pode contrariar a finalidade da lei, sob pena de se tornar ato inválido e, por outro lado, caso o ato administrativo atenda a finalidade pública, mas desvie da finalidade indicada pela norma, ainda assim, torna-se ato administrativo inválido²⁸⁹.

No que concerne à publicidade, dispõe o art. 4º, VIII, da Lei 13.874/2019, que o abuso de poder regulatório pode ocorrer se houver restrição ao exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, fazendo evidente ressalva quanto às hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

Vimos no item anterior da pesquisa que muitas são as restrições trazidas pela lei federal em relação à publicidade. Como exemplos, citam-se a própria Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 22, XXIX, art. 24, art. 170 e art. 227), o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, arts. 36 a 38 e art. 39), a Lei nº 9.294/1996 (Regulamenta a publicidade de terapias, medicamentos, produtos fumígenos, bebidas alcoólicas e agrotóxicos), a Lei Geral de Proteção de Dados e, na autorregulação, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A questão, no entanto, é que algumas restrições são genéricas e demandam esforço de interpretação. Mais que isso, o grau de abstração pode gerar dúvidas sobre a efetiva aplicação da norma. O melhor exemplo disso está justamente no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, quando dispõe que é abusiva, entre outras, a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

detém os meios de produção, fixando preços no mercado, não há espaço para este princípio. Por isso é que ele representa a essência do capitalismo e deve prevalecer sobre os demais na realidade econômica. [...]. Por ser uma extensão da liberdade humana, a livre iniciativa é um direito fundamental. Em realidade, em uma economia de mercado, não há como existir dignidade humana sem liberdade econômica. Se num regime democrático a liberdade se manifesta na participação do cidadão pelo voto, no sistema capitalista é o seu acesso ao mercado que lhe garantirá dignidade e outros direitos fundamentais como o trabalho. Em realidade ela é uma expressão da liberdade individual, garantindo a eficácia do funcionamento do mercado, para onde confluem todos. [...] É, portanto, a livre iniciativa, descrita dessa forma, um direito fundamental contra o Estado, um verdadeiro direito de abstenção contra o Poder Público. Como qualquer direito ou mesmo princípio, a livre iniciativa não é um princípio absoluto e encontra limitações em outros direitos e princípios – por exemplo, o interesse público em áreas estratégicas como saúde coletiva, meio ambiente, etc. Mas certamente a livre iniciativa é o princípio e não resultado do Direito. Não há tradição de enaltecimento desse direito fundamental entre os juristas brasileiros; muito menos de sua regulamentação infraconstitucional. Por tudo isso, deve-se reconhecer o acerto da MP da Liberdade Econômica que deve ser muito bem-vinda pela comunidade jurídica e empresarial. Evidentemente ela não resolverá todos os problemas de nosso mercado, mas ela sinaliza o vetor correto, invertendo décadas de silêncio (não) eloquente” (O direito fundamental à livre iniciativa (ou à liberdade econômica). **Jota**, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-direito-fundamental-a-livre-iniciativa-ou-a-liberdade-economica-22052019>. Acesso em: 20 set. 2021).

²⁸⁹ Conforme MENDONÇA, José Vicente Santos de. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. p. 213.

Para alguns, a interpretação deve seguir no sentido de que a publicidade de produtos destinados ao público infantil deve ser totalmente proibida, já que a criança não compreende a mensagem publicitária como tal, ou seja, não capta o caráter persuasivo da publicidade.

Essa não parece ser a melhor interpretação dada ao comando normativo. Caso o legislador quisesse tal proibição, teria feito de forma expressa como o fez com a Lei nº 9.294/1996. Ademais, tendo em vista a liberdade de comunicação social prevista na Constituição Federal, a interpretação deve ser no sentido de aplicabilidade das normas de maneira a utilizar a proporcionalidade, conforme dissemos na introdução deste trabalho.

Por outro lado, cabe ao Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor, a regulação do disposto no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, **estabelecendo restrições aos fornecedores, sempre pautado em critérios técnicos e em estudos científicos com ensaios que identifiquem a seriedade e qualidade metodológica da pesquisa.**

6.1. Regulação e autorregulação publicitárias

Conforme vimos na Parte 2 da pesquisa, é possível notar que, em matéria de publicidade, há tanto a regulação estatal como a autorregulação feita pelo Conar por meio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e, também, do Compromisso Público dos Fornecedores.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor não é o único dispositivo destinado ao controle da publicidade. O Brasil é adepto ao sistema misto quanto à regulação publicitária, havendo, portanto, supervisão estatal, exercida pela administração pública ou pelo Poder Judiciário, em conformidade com as normas protetivas constitucionais e legais, e, da mesma forma, pela autorregulação, norteadas pelas normas privadas, consolidadas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O sistema de autorregulamentação publicitária é exercido pelo Conar, criado em 1980, sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos. O Código de Autorregulamentação Publicitária, elaborado a partir da iniciativa de publicitários nesse mesmo ano, objetiva regular as condutas empresariais de publicidade e elege como objeto de controle todo e qualquer anúncio.

Os dispositivos constantes no preâmbulo da mencionada codificação estabelecem a necessária observância ao senso de responsabilidade social, ao respeito, à honestidade, à veracidade; a conformação da publicidade às leis brasileiras e à exigência de que a atividade

publicitária esteja em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais.

Conforme ensina Bruno Miragem²⁹⁰, a atuação do Conar, entidade representativa do setor de comunicação social e publicidade, cuja finalidade é promover e controlar o atendimento dos limites éticos da atividade publicitária, respalda-se na necessidade de confiabilidade do conteúdo dos anúncios e honestidade na apresentação da publicidade, bem como no fato de que as mensagens veiculadas devem se encontrar subordinadas à lei, sendo regidas pelo princípio da legalidade.

Com o propósito de honrar o fim a que se propõe, o Conar inicia suas atividades ao receber denúncia de consumidores, empresas, agências e demais setores da sociedade por meio de carta, *e-mail* ou telefone, ou então inicia ação por constatação própria. A mencionada queixa é recebida pelo Conselho de Ética, integrado por membros de vários segmentos da área publicitária, tais como representantes de agências, anunciantes, consumidores e veículos.

Conforme estruturação do órgão, o Conselho de Ética analisará a publicidade e, na hipótese de ter sido veiculada em violação às normas do Código de Autorregulamentação Publicitária, poderá: aplicar a sanção de advertência ao mandante e sua agência; recomendar a alteração ou correção do anúncio; a sustação da divulgação do anúncio; e, por fim, se não forem acatadas as mencionadas medidas e providências sugeridas, o Conselho pode emitir publicamente a sua posição quanto ao anunciante, à agência e ao veículo. Trata-se, portanto, de recomendações e orientações, não havendo força cogente em seus dispositivos.

Dada a ausência de coercibilidade, há tendência de o Estado atuar para regular o setor e impor sanções para forçar o cumprimento das regras. No entanto, os temas relacionados à publicidade estão sempre em constante inovação e alteração, sendo quase impossível ao legislador acompanhar o movimento e fornecer a regulação necessária no tempo exigido pelo mercado.

A regulação estatal e a autorregulação possuem vantagens e desvantagens, por isso sugere-se uma medida adequada de cada uma dessas modalidades na disciplina da publicidade no Brasil, muito embora, na prática, essa justa medida não seja fácil de ser encontrada. O objetivo, aqui, é concretizar a harmonia das relações de consumo preconizadas pelo art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Juliana Martins e Raphael Silva afirmam que “cada um dos agentes reguladores responde a incentivos diferentes e possui instrumentos e objetivos particulares,

²⁹⁰ **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 291.

razão pela qual regulação e autorregulação devem ser vistas como instrumentos complementares, não alternativos”²⁹¹.

De fato, é essencial que o mercado faça a autorregulação dos aspectos para os quais legislador não consegue ter agilidade necessária de atuação, ante as necessidades dos consumidores. Por outro lado, a regulação promovida pelo Estado tem por função corrigir as assimetrias de informação presentes no mercado de consumo, sempre respeitando a legislação concernente ao tema.

Sabemos que os mercados são estruturados de forma complexa e que realizam trocas econômicas eficientes. No entanto,

mercados resultam de decisões políticas e de normas jurídicas modeladoras, cabendo, pois, ao Direito, conformar, desenhar e definir os mercados, que, por sua vez, são produto, criação deste mesmo Direito, desenhados, configurados pelas normas que cuidam das relações intersubjetivas. São, então, produtos de decisões e opções políticas²⁹².

É de se reconhecer, portanto, que o mercado segue determinada ordem e que é necessária a previsibilidade quanto aos comportamentos das partes, previsibilidade essa que pode ser estabelecida pelas próprias partes por meio da autorregulação. Essa ordem é estabelecida pelo Estado (regulação)²⁹³ e também pelos agentes de mercado (autorregulação)²⁹⁴.

²⁹¹ Mecanismos de autorregulação do mercado de capitais: características e papel na proteção dos investidores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 88, p. 127-156, abr.-jun. 2020.

²⁹² MARTINS, Juliana; SILVA, Raphael. Mecanismos de autorregulação do mercado de capitais: características e papel na proteção dos investidores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 88, p. 127-156, abr.-jun. 2020.

²⁹³ Sobre o conceito e a extensão do termo “regulação”, Juliana Martins e Raphael Silva explicam: “Regular significa o ato de formular e impor determinadas regras de conduta, modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico que não, isto é certo, pelo exercício da própria atividade. A regulação em sentido amplo, portanto, encerra todo conjunto de regras estabelecidas por determinado órgão ou agência da Administração indireta, objetivando a fiscalização e a garantia do exercício de determinadas atividades ou setores da vida econômica. Uma interessante concepção de regulação é apresentada por H. Dumez e A. Jeunemaître, que tratam de colocar em relevo, exatamente, os pressupostos assumidos pelo Estado ao decidir intervir no domínio econômico por meio desta modalidade: ‘A regulação é uma resposta aos problemas criados pelo jogo espontâneo dos mercados em matéria de produção de bens ou fornecimento de serviços, cada mercado tendo especificidades e podendo ensejar regulação particular [...] Esta resposta se inscreve em dois extremos: a colocação do mercado entre parênteses (o Estado assume a produção do bem ou do serviço, segundo regras que não dizem respeito ao mercado) e o livre jogo do mercado [...] A intensidade da regulação ocorre entre os dois extremos, conforme o efeito de três fatores: o político, as ideias econômicas e a inovação’. Como deve ter ficado claro, na medida em que a regulação é expressão da intervenção do Estado no domínio econômico, a decisão de regular é, evidentemente, uma decisão política. Sendo assim, não estranha existirem diferentes espécies ou estilos de regulação, razão pela qual M. Trindade e A. M. Santos afirmam que ‘o resultado conjunto de forças e de fraquezas inerentes a cada solução é melhor ou pior dependendo do contexto cultural, legal e histórico de cada país, e de variáveis macro e microeconômicas’” (Mecanismos de autorregulação do mercado de capitais: características e papel na proteção dos investidores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 88, p. 127-156, abr.-jun. 2020).

²⁹⁴ Na autorregulação, por sua vez, as normas de conduta ficam a cargo daqueles que exercem a atividade regulada.

Ora, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é fruto de ampla discussão de todos os agentes de mercado, sendo largamente utilizado pela jurisprudência para a solução de casos em que o ordenamento jurídico não é claro.

A título exemplificativo, trazemos trecho de recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito da técnica de publicidade comparativa, não regulamentada pela lei brasileira, mas explicitada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O caso tratava de publicidade digital em que uma marca comparava o seu produto com outra marca. Tendo em vista que a doutrina sempre discutiu a possibilidade, ou não, da utilização da técnica da publicidade comparativa, o referido tribunal utilizou o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para fundamentação do acórdão:

É autorizada a chamada “publicidade comparativa” que, em linhas gerais, é entendida como instrumento à disposição do consumidor para que tenha acesso a opções dentro do universo no qual busca ser atendido.

A este respeito, destaca-se que a divulgação é autorizada sob a observância de limites de ética e moralidade, tornando-se abusiva e desleal se amparada em informações incorretas, falsas ou difamatórias em relação ao concorrente comparado.

Neste sentido, é bastante elucidativo o conteúdo disciplinado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), destacado nos trechos em que importam à solução da controvérsia em análise:

Artigo 32 – Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. **não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;**
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. **não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;**
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio²⁹⁵.

Trata-se apenas de um exemplo, mas é possível afirmar que o Poder Judiciário faz uso da autorregulação do setor publicitário para julgamentos dos casos concretos em inúmeras situações. Por evidente, o Conar é bem mais específico e dinâmico ao discutir casos e apresentar soluções, especialmente por ter regramento construído por profissionais que conhecem o marketing e sua influência como consumidor, bem como os seus malefícios.

²⁹⁵ TJSP, Apelação Cível 1014920-25.2018.8.26.0068, Rel. Ricardo Negrão, DJ 1º/6/2020.

Daí a possibilidade de se afirmar que, caso o Estado se valha de autorregulação para regular a publicidade, não está a cometer abuso de poder regulatório, visto que já amplamente discutido pelo setor, salvo comprovação em contrário no sentido de que a norma de autorregulação interfere na concorrência para não permitir a entrada de novos atores no mercado de consumo.

Ora, se os agentes de mercado já identificam, entre si e por meio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, quais são os limites a serem observados em matéria de comunicação publicitária, utilizar esses parâmetros para regular o assunto não configura abuso de poder regulatório.

Conforme dissemos, reconhecemos que os mercados possibilitam a realização de trocas econômicas eficientes, mas nem sempre conseguem atingir os melhores resultados em decorrência das “falhas de mercado”.

Em relação à publicidade, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária bem representa a autorregulação em matéria publicitária, alinhando entre os próprios agentes de mercado as limitações que entendem necessárias, protegendo, assim, os consumidores da exposição a publicidades enganosas e abusivas, além de alinhar importantes aspectos concorrenciais relativos à comunicação com os consumidores.

Vale notar que as técnicas publicitárias são cada vez mais inovadoras, em especial em relação ao marketing digital, desafiando o aplicador da lei que, na falta de legislação específica, pode se orientar pelas normas de autorregulação para dada a lacuna no ordenamento jurídico sobre o tema. Daí a extrema importância da autorregulação para a comunicação publicitária: o Estado não tem agilidade suficiente para acompanhar as mudanças do mercado e regular a temática.

Vale notar, ainda, que a autorregulação publicitária (ou mesmo a correção, que ocorre em conjunto com o Estado) é bastante comum em muitos países desenvolvidos, em especial na União Europeia, o que também reforça a ideia de que a mobilização dos agentes de mercado é essencial quando se trata da comunicação social.

Em termos de publicidade infantil, o Conar estabelece restrições que estão em plena consonância com as regras do ordenamento jurídico brasileiro, além de seguir critérios bem próximos aos de países desenvolvidos, conforme já estudamos.

7. Critérios para a restrição da liberdade econômica e de comunicação em matéria de publicidade infantil

Conforme dissemos, é preciso estabelecer critérios claros e conformes com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentir, e com base no que tratamos até agora, os critérios de restrição à publicidade infantil devem ser fundamentados na proteção da pessoa e dos seus direitos fundamentais, com respeito à autonomia e à autodeterminação da criança e da sua família.

Considerando a hipervulnerabilidade da criança e do adolescente e a legislação nacional, nossa sugestão é que as restrições utilizem os seguintes critérios: i) compreensão da mensagem publicitária; ii) respeito ao exercício do poder familiar; iii) respeito aos pares e às demais pessoas em sociedade; iv) proteção da saúde; e v) veracidade da informação publicitária.

Importante notar, antes mesmo de adentrar em cada um dos critérios, **que a legislação brasileira não proíbe a publicidade dirigida ao público infantil**, sendo expressamente vedada apenas nas hipóteses de bebidas alcoólicas e produtos fumígenos. Nas demais, não há restrição para que a publicidade seja dirigida a esse público.

Nessa seara, já afirmou Bruno Miragem, em parecer proferido a pedido do Instituto Alana, intitulado “A constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)”²⁹⁶:

63. Discute-se, igualmente, as relações entre publicidade direcionada a crianças e o seu desenvolvimento mental, ou a obesidade precoce, dentre outros efeitos demonstrados ou supostos em relação ao público infantil.

64. Destaque-se, entretanto, que o sentido atual da norma, e sem perder de vista iniciativas legislativas que visam limitar ou proibir a publicidade direcionada à criança, – muitas delas, inclusive, animadas pela intervenção pública da entidade que promove essa consulta – parece claro, que a publicidade direcionada à criança não é proibida.

65. A proibição legal, mediante reconhecimento da abusividade da publicidade, se dá em relação àquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança. Abusiva e, portanto, proibida, será a publicidade que se aproveite desta deficiência de compreensão da criança.

66. A apreciação de situações que possam ser consideradas abusivas, em geral, sempre desafiaram a interpretação e aplicação do direito, em vista da definição de critérios para a sua caracterização. No caso particular da publicidade abusiva em relação à criança, a noção do que se configura como aproveitamento da sua deficiência de julgamento e experiência deve ser dada segundo critérios objetivos e materialmente demonstráveis, sujeitos ao contraditório do responsável pela publicidade. Há aqui, contudo, mera conduta de quem se aproveita; não se exige, contudo, que se verifique, de fato, vantagem efetiva, como a realização do negócio, por exemplo. O que deve ser coibido e prevenido mediante aplicação da lei.

Quisesse o legislador brasileiro que a publicidade dirigida à criança fosse completamente proibida, teria deixado claro tal desiderato, estabelecendo restrições no art. 220

²⁹⁶ Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/parecer-professor-bruno-miragem-a-constitucionalidade-da-resolucao-163-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/>. Acesso em: 20 set. 2021.

da Constituição Federal ou em outra lei federal, como o fez com as bebidas alcoólicas, por exemplo. Assim, ao analisar os critérios propostos, não podemos perder de vista essa afirmativa.

Quanto ao primeiro critério proposto, de **compreensão da mensagem publicitária**, decorrente do disposto no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, qualquer mensagem publicitária deve ser de fácil e imediata identificação pela criança. Não se faz necessário que a criança compreenda os mecanismos que movimentam a economia, nem mesmo os fundamentos da sociedade de consumo, mas que entenda a mensagem publicitária como tal²⁹⁷.

De fato, a criança deve distinguir, por exemplo, a programação televisiva da mensagem publicitária. Ademais, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária proíbe, em seu art. 37, I, “utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia”, e “apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares”. Já o inciso II do mesmo dispositivo estabelece que o anunciante respeite a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo e que ofereça atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento.

Mais ainda, a publicidade deve **respeitar exercício de poder familiar dos pais**, nos termos do art. 1.634 do Código Civil, especialmente quanto aos incisos I – “dirigir-lhes a criação e a educação” – e IX – “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Nesse sentido, o inciso I do art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária obriga o anunciante a abster-se de: empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto; provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo. Já o inciso II do mesmo dispositivo obriga o anunciante a procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo.

O respeito aos pares e às demais pessoas em sociedade também deve ser um dos

²⁹⁷ Aqui devemos fazer uma nota importante. Parte expressiva da doutrina brasileira faz uso do argumento de que crianças que tenham menos de 8 (oito) anos não conseguem compreender o **caráter persuasivo da mensagem publicitária**. Essa afirmação está fundamentada na obra de Jean Piaget, para quem a criança adquire capacidade cognitiva apenas a partir da idade mencionada. No entanto, conforme demonstramos anteriormente, o comportamento do consumidor mirim é influenciado por inúmeros fatores, não apenas pela publicidade, o que não requer pleno desenvolvimento das capacidades cognitivas para compreendê-la.

critérios para orientar o anunciante, visto que as crianças estão em fase de formação dos seus valores. Também nesse sentido, há previsão expressa no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, devendo o anunciante abster-se de “desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente”, “provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto”, “impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade” e “estimular comportamentos socialmente condenáveis”.

Outro critério orientador da publicidade infantil deve ser a **proteção da saúde** (física e psíquica), tudo com fundamento na Constituição Federal, no art. 6º, I, e nos demais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Bom exemplo de proteção da saúde está na Lei nº 9.294/1996, que regulamenta a publicidade de bebidas alcoólicas e produtos fumígenos.

Na mesma linha, o Conar proíbe ao anunciante “associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis”, “utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo”. Ademais, devem os anunciantes “obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo”.

Por fim, a **veracidade da informação publicitária** deve ser parâmetro a ser observado, não podendo a publicidade ser enganosa, seja por ação, seja por omissão, tudo nos termos do art. 37, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Parte V

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.

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. Conseqüentemente, 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 subliminar²⁹⁸.

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 Dias²⁹⁹ 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) oculta³⁰⁰.

²⁹⁸ 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).

²⁹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 282.

³⁰⁰ 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 chegou a tomar consciência”³⁰¹.

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 identidade³⁰². 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 tevenda devem ser facilmente reconhecíveis e distinguir-se do conteúdo editorial. Sem prejuízo da utilização de novas técnicas publicitárias, a publicidade televisiva e a

³⁰¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. Revista de Direito do Consumidor, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

³⁰² “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 tevenda devem ser facilmente reconhecíveis e distinguir-se do conteúdo editorial. Sem prejuízo da utilização de novas técnicas publicitárias, a publicidade televisiva e a tevenda 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).

televenda devem ser claramente diferenciadas da restante programação por meios ópticos e/ou acústicos e/ou espaciais”³⁰³.

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 incontestada. 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.

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.

³⁰³ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

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 sob a aparência de uma informação neutra e desinteressada sem revelar de modo suficiente – seja pela sua forma, seja por seu conteúdo – seu caráter publicitário”³⁰⁴.

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”³⁰⁵.

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.

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.

³⁰⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 282.

³⁰⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283.

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 n°: 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 - #MEUMOMENTO OIKOS

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação n°: 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 n°: 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**³⁰⁶, 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 descritivo³⁰⁷.

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;

³⁰⁶ “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).

³⁰⁷ 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).

- 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 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, dispendo 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 informativa³⁰⁸.

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

³⁰⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 293.

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 marca³⁰⁹.

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*’”³¹⁰.

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
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

³⁰⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 501-527, jul.-ago. 2015.

³¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 300.

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 produto³¹¹.

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.

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

³¹¹ 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.

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)”³¹².

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.

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).

³¹² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 302.

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 congêneres, com a finalidade de estabelecer uma associação entre estes e qualidades ou circunstâncias positivas decorrentes da sua utilização³¹³⁻³¹⁴.

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.

³¹³ 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.

³¹⁴ 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).

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.

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 Scartezini 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 identificação³¹⁵.

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,

³¹⁵ 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.

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.

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 publicidade³¹⁶.

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

³¹⁶ 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.

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.

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, ressaltando que o STJ não se manifestou sobre o mérito, apenas sobre a análise do recurso:

AÇÃO 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 desacute 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 n°: 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 n°: 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 n°: 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 n°: 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 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 da 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 da 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”³¹⁷.

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 pagas, direta ou indiretamente, pelo anunciante, e que se apresentam em formato integrado ao conteúdo regular oferecido no meio interativo digital³¹⁸.

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.

³¹⁷ 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.

³¹⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 302.

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*³¹⁹.

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.

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

³¹⁹ 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.

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)³²⁰.

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 *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.

³²⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 333.

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 ilícito³²¹, ou seja, “em decidir quais afirmações são mero exagero e quais outras constituem engano real do público”³²².

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 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”³²³.

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

³²¹ 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.

³²² 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.

³²³ 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.

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.

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 enganabilidade 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 desleais*, 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 n°: 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 oferta³²⁴.

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 requisitos³²⁵. 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;

³²⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P 351.

³²⁵ 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.

Parte 06

Publicidade digital e a proteção de dados de crianças e adolescentes

1. Crianças *on-line*: orientações da OCDE sobre publicidade digital e consumo

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) é organização internacional que tem por objetivo constituir políticas públicas para melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, trabalha o estabelecimento de padrões internacionais baseados em evidências científicas e busca de soluções para os desafios sociais, econômicos e ambientais³²⁶.

O foco do trabalho da OCDE é a melhoria do desempenho econômico, a criação de empregos, além do incentivo à educação e o combate à evasão fiscal internacional. São oferecidos fóruns de discussão e centro de conhecimento exclusivos para dados e análises, troca

³²⁶ Disponível em: <http://www.oecd.org/about/>. Acesso em: 31/10/2021.

de experiências, compartilhamento de melhores práticas e consultoria sobre políticas públicas e estabelecimento de padrões internacionais.

Há inúmeros estudos e orientações da OCDE em relação ao desenvolvimento da criança, em especial no que diz respeito às políticas públicas educacionais e de saúde. Na mesma linha, há estudos que indicam a necessidade de proteção da infância no ambiente digital que e tocam a publicidade nesse meio.

Em maio de 2011, o órgão publicou as primeiras diretrizes a respeito dos cuidados e das ferramentas relacionadas aos riscos do uso da internet por crianças e adolescentes, denominadas “The Protection of Children Online: risks faced by children online and policies to protect them”. Ainda na mesma linha, em maio de 2020, o órgão emitiu novas diretrizes com o título “Protecting children online an overview of recent developments in legal frameworks and policies OCDE digital economy papers” (documentos anexos).

Os dois relatórios fazem um mapeamento dos riscos a que crianças e adolescentes estão expostos pelo uso das novas plataformas digitais. *Grosso modo*, o órgão divide os riscos em três categorias: i) riscos de tecnologia na internet; ii) riscos relacionados ao consumo; e iii) privacidade da informação e riscos de segurança.

Figure 7. Typology of risks

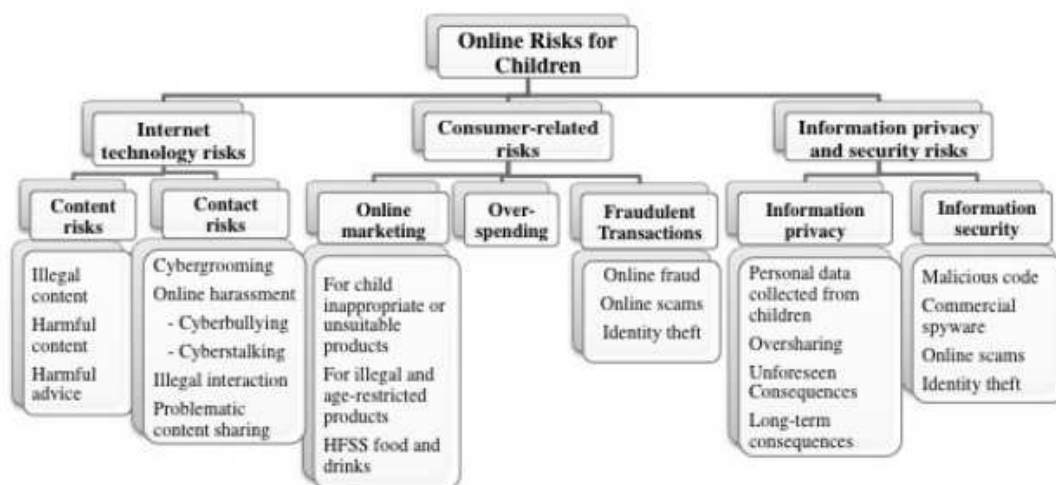


Figura 1 – Typology of risks

Fonte: <http://www.oecd.org/about/>.

Importante notar que os documentos estão baseados em dados coletados no Reino Unido, na Austrália, no Japão e na União Europeia, considerando a idade, o local onde as crianças acessam a rede mundial de computadores (se de casa, da escola, de estabelecimento comercial), entre outras informações.

Apesar de apresentar dados quantitativos e qualitativos que dão base para a pesquisa, o órgão esclarece que a disponibilidade de dados quantitativos varia de acordo com o risco, uma vez que poucos são os dados sobre as interações ilegais, sobre o marketing *on-line* destinado a crianças, especialmente sobre as transações fraudulentas, bem como sobre a segurança da informação e os riscos de privacidade.

Para desenhar a figura acima, foram utilizados especialmente os dados da pesquisa “Revisão de Pesquisas Existentes de Segurança Cibernética Australiana e Internacional” e do estudo “EU Kids Online”, que fornecem informações detalhadas sobre o tema.

Sendo o foco deste trabalho a publicidade infantil, seguiremos para a análise do item que trata das crianças vistas como consumidores na internet. Nessa seara, a OCDE aponta que as crianças estão em risco quando: i) recebem mensagens *on-line* com conteúdo inapropriado, dirigido ao público adulto (como publicidades relacionadas a bebidas alcoólicas ou que ofereçam serviço de namoro *on-line*); ii) estão expostas a conteúdo publicitário sem a correta identificação da mensagem publicitária; e iii) são expostas a conteúdo que explore sua inexperiência, criando risco econômico para si e sua família (como nas situações de fraude).

1.1. Riscos relacionados ao consumo

1.1.1. Publicidade de produtos e serviços adultos

A publicidade *on-line* relacionada a produtos e serviços restritos a adultos, como álcool, cigarro e medicamentos é constante preocupação diante do risco que representa às crianças. Isso porque, especialmente para adolescentes, pode ocorrer promoção e venda de produtos não apropriados para tal idade.

Embora haja restrições de idade para a compra desses produtos *on-line*, elas não necessariamente são respeitadas pelos compradores. O estudo traz como exemplo uma pesquisa feita nos Estados Unidos da América em 2006, indicando que mais de 70% dos adolescentes tentaram comprar cigarros *on-line* com sucesso; outra pesquisa de 2002 descobriu que apenas 2,2% de 1.689 adolescentes que fumaram compraram seus cigarros *on-line*. Da mesma forma,

a promoção e a venda de produtos ilegais como drogas e substâncias entorpecentes na internet representam um risco principalmente para adolescentes.

1.1.2. Publicidade dirigida ao público infantil inserida em conteúdo *on-line*

O marketing *on-line* voltado ao público infantil, ou que seja vinculado à página da *web* destinada ao público infantil, pode ser considerado um problema, visto que, na maioria das vezes, inexistente uma separação entre conteúdo e publicidade, não deixando claro o conteúdo publicitário do anúncio para as crianças.

Segundo os documentos da OCDE, para menores de idade, especialmente crianças pequenas, conteúdos comerciais são de difícil identificação, especialmente se comparados aos anúncios destinados ao público adulto, uma vez que a criança não tem capacidade para fazer críticas ao conteúdo por ela recebido, tornando-a extremamente vulnerável às influências do marketing digital.

Advergame é um exemplo de técnica de marketing controversa que mistura publicidade com jogos ou vídeos *on-line*. Segundo estudo citado no trabalho da OCDE, crianças não têm compreensão suficiente de como o conteúdo da internet é produzido e financiado, o que traz maior dificuldade em avaliar criticamente as mensagens publicitárias. O estudo está fundamentado em análise feita pelo Departamento do Reino Unido para Crianças, Escolas e Famílias e pelo Departamento de Cultura e Mídia e Sport.

Por esse motivo, muito se tem questionado a respeito do uso de publicidade incorporada e *branding* comercial em *sites* voltados para crianças; além disso, discute-se a partir de que idade as crianças deveriam ser submetidas a práticas de marketing *on-line*.

1.1.3. Spam, banners e e-mails

O estudo revela que existe preocupação relacionada ao conteúdo de produto ou serviço promovido por algumas publicidades, que podem expor crianças a riscos ainda maiores. Nesse sentido, conteúdos inadequados às crianças, tais como *banners* ou *e-mails* contendo *spam* de cunho sexual, ou, ainda, promoção de jogos, serviços de namoro, entre outros, podem provocar a curiosidade do menor, levando-o a ter acesso a conteúdo impróprio e ocasionando até perdas financeiras para a família³²⁷.

³²⁷ Um estudo do Conselho Nacional de Consumo Britânico e Conselho Internacional sobre Comércio Infantil indica que 9% da publicidade é destinada aos jogos e 4%, aos serviços de namoro *on-line*. Além disso, anúncios

1.1.4. Publicidade de alimentos e bebidas com altos índices de açúcar, sal e gordura

Outra preocupação trazida pelo documento diz respeito ao marketing de produtos alimentícios com altas taxas de açúcar, sal ou gordura (os chamados alimentos HFSS pela OCDE – *high in fat, sugar and salt*), visto que são considerados um grande risco para a saúde da criança, podendo ser um verdadeiro incentivo à obesidade infantil.

Essa questão tem sido discutida e regulamentada em muitos países tanto na televisão quanto em *websites* que tenham como público-alvo as crianças, especificamente com medidas contra o marketing desses produtos.

1.1.5. Tempo *on-line*

O documento cita outro problema enfrentado pela sociedade: o tempo gasto por crianças e adolescentes na internet. Além de ser prejudicial ao desenvolvimento social desse público, os serviços *on-line* podem trazer gastos exacerbados aos pais. Como exemplo, cita a inscrição em serviços *on-line* com taxas mensais ou o gasto em jogos, quando os menores têm acesso aos meios de pagamento *on-line*.

Aponta também o fato de que ainda não existem informações suficientes sobre quantos são os *sites* que condicionam a navegação em jogos a uma taxa de inscrição, nem mesmo quanto seriam os gastos dessas crianças e adolescentes em tais ambientes.

1.1.6. Transações fraudulentas

O estudo aborda, ainda, o controle de fraudes e transações enganosas envolvendo crianças e adolescentes e as vendas a eles submetidas. Sugere que o tema deve ser alvo de discussões e de forte regulamentação no futuro próximo.

Esbarramos, nesse contexto, em outra questão envolvendo o risco de fraude a que as crianças estão submetidas, quando em um ambiente virtual: diante de uma contratação *on-line*, a criança não recebe o produto ou serviço pelo qual pagou ou, ainda, contrata-o sem saber das condições de pagamento.

pop-up de pornografia são a principal fonte de conteúdo explícito, acessado por crianças que não percebem a temática do *pop-up* ao clicarem em seu conteúdo.

As transações fraudulentas podem ocorrer quando as crianças celebram um contrato de vendas a distância, mas, tendo pagado, não recebem o produto/serviço ou efetivam assinaturas sem conseguir o cancelamento do serviço. Um exemplo notório no setor de telefonia móvel é o *download* de *ringtones* para telefones celulares. As crianças podem não perceber que pagam custos adicionais ou mesmo que tenham assinado um serviço cujas taxas são regularmente debitadas em cartões telefônicos pré-pagos³²⁸. Obviamente, o mesmo pode ser dito dos aplicativos de celulares.

As ofertas desses aplicativos nem sempre são claras em relação aos pagamentos e assinaturas, além de os valores serem diretamente debitados no cartão de crédito cadastrado para pagamento da conta telefônica, faltando aos menores conhecimento sobre os mecanismos de pagamento de um cartão de crédito.

Os riscos econômicos são agravados pela inexperiência das crianças, o que as torna alvos fáceis para fraude e golpes no ambiente virtual. Menores que ainda não possuem conta em banco ou cartão de crédito são menos propensos a incorrer em perdas financeiras imediatas. No entanto, ainda podem ser vítimas de utilização indevida dos dados que podem resultar em registros de crédito falsos.

1.2. Riscos relacionados a informações e dados pessoais

Outro risco relatado pela OCDE diz respeito ao compartilhamento de dados pessoais na internet. Nesse sentido, as crianças são um grupo particularmente vulnerável, visto sua capacidade reduzida de prever perigos e consequências da exposição de suas informações no meio digital.

1.2.1. Privacidade das informações das crianças

As crianças correm riscos relacionados à privacidade das informações quando seus dados são coletados sem que percebam, através de *cookies*, ou ainda por meio da contratação de serviços *on-line*. Assim como o comportamento dos pais e responsáveis, as crianças aprovam os termos de privacidade dos serviços *on-line* sem fazer a leitura (e compreender todos os seus termos), já que, muitas vezes, são longos e escritos em linguagem técnica o que os torna ainda mais difíceis de serem compreendidos pelas crianças.

³²⁸ Em 2008, 23,7% dos adolescentes belgas declararam ter contratado serviços de *ringtones* sem saber das condições de pagamento.

Nesse sentido, os serviços *on-line* populares entre crianças quase sempre falham em oferecer procedimentos que assegurem aos pais as informações quanto ao tratamento dos dados de seus filhos, bem como em obter autorização expressa para tanto. Essa situação dificulta o controle dos pais no tratamento de dados dos filhos em meio digital.

1.2.2. Informação pessoal como *commodity*

As informações pessoais tornaram-se uma espécie de *commodity* no meio digital, e essa também é uma realidade para as crianças. Um estudo trazido pela OCDE³²⁹ aponta que 95% (noventa e cinco por cento) dos adolescentes britânicos estão cientes desse fato e demonstram preocupação com as informações coletadas por *websites*. Além disso, ainda de acordo com o documento, de quarenta *websites* constantemente acessados por crianças, quase dois terços requerem dados pessoais para acesso e navegação³³⁰.

Nesse contexto, algumas campanhas publicitárias, com objetivo de atingir o seu público-alvo, têm como forma de cativar as crianças o uso de jogos, questionários e outros conteúdos, que acabam coletando informações pessoais (da criança e de sua família), muitas vezes sem requerer o consentimento dos pais. A possibilidade de ganhar um prêmio ou receber conteúdo *on-line* gratuito é, muitas vezes, a motivação para que crianças forneçam seus dados.

Dessa forma, o documento ressalta a maior vulnerabilidade das crianças em fornecer seus dados em meio digital. Isso porque, diante da sua percepção ainda imatura sobre a vida, é extremamente difícil para elas compreenderem a intenção comercial e os riscos nela envolvidos quando do fornecimento de dados pessoais³³¹.

Por conseguinte, o grande desafio nesse contexto é informar adequadamente tanto os pais quanto as crianças sobre o propósito e a extensão do uso desses dados, além de não permitir qualquer tipo de utilização de dados sem o conhecimento e a permissão dos pais ou responsáveis.

³²⁹ OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 27

³³⁰ Em 70%, é requerido o nome; em 53%, o endereço de e-mail; em 43%, a data de nascimento; em 40%, o código postal; em 24%, o endereço residencial; em 24%, o telefone celular.

³³¹ Um estudo trazido pelo Escritório Australiano Comissário de Privacidade (Australian Office of the Privacy Commissioner) indicou que australianos jovens são mais suscetíveis em prover dados pessoais em detalhes em vista de receber algum desconto ou prêmio *on-line*. Ver: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 27

1.2.3. Compartilhamento de dados pessoais e sociabilização em meio *on-line*

Conforme o relatório da OCDE, estudos recentes apontam que crianças consideram os contextos da vida *on-line* e *offline* parte de uma mesma realidade: isso porque elas usam a internet primariamente como forma de socializar com pessoas que já conhecem pessoalmente, compreendendo o mundo *on-line* um espaço privado de atividade social entre seus pares.

Uma forma muito utilizada de compartilhar informações pessoais nessa faixa etária se dá por meio de mídias sociais, plataformas de *blog* e outros meios e aplicações comuns ao cotidiano. Através da postagem contendo informações, imagens e vídeos, essas crianças compartilham uma gama de informações, não só sobre elas, como também sobre seu meio social e sua família.

Nesse sentido, elas podem presumir, de forma incorreta, que todas as informações submetidas ao universo digital são restritas às pessoas imediatamente próximas a elas, sem contar com a possibilidade de ter seus dados compartilhados com uma imensidão de pessoas.

Dessa forma, existe o risco de crianças concederem informações *on-line*, o que pode colocá-las em situações de risco. Tal risco advém da sensação de pertencimento quando presentes nas redes sociais. Dados mostram que o uso dessas redes por jovens é cada dia menos cuidadoso e cresce aceleradamente³³².

Nesse contexto, estudos demonstram que, apesar de jovens acreditarem ter privacidade na vida *on-line*, um número grande deles compartilha, cada vez mais, suas informações pessoais nas redes. De acordo com dados trazidos pelo estudo³³³, entre 2000 e 2005 a porcentagem de jovens americanos que compartilha informações pessoais nas redes cresceu cerca de 24% (vinte e quatro por cento). Ainda nesse sentido, outro estudo americano³³⁴ concluiu que 81% (oitenta e um por cento) dos jovens inscritos na rede MySpace postavam com frequência fotos suas, e que, desses jovens, 93% (noventa e três por cento) indicavam sua cidade natal em tais postagens.

³³² De acordo com a pesquisa, o uso das redes sociais pelos adolescentes é bem conhecido pela sociedade atual. Em 2007, 51% dos adolescentes americanos criaram um perfil em alguma rede social e 21% fazem uso regular dessa plataforma. Nesse sentido, o número é maior entre meninas (69% de meninas contra 50% de meninos, com idade entre 15 e 17 anos). O uso de redes sociais aumenta conforme a criança cresce: 27% das crianças têm entre 8 e 11 anos, 55% têm entre 12 e 15 anos e 67% têm entre 16 e 17 anos.

³³³ De acordo com Wolak, 2006, citado em ISTTF, 2008, Appendix C, p. 40. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjj71pl28-en> p. 28

³³⁴ De acordo com Pierce, 2007, cited in ISTTF, 2008, Appendix C, p. 40. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjj71pl28-en> p. 28

Ressalta-se ainda que, de acordo com informações do relatório da OCDE, apesar de muitas mídias sociais como Facebook, Bebo e MySpace requisitarem idade mínima (classificação etária) de 13 (treze) anos para o registro na rede, um número crescente de crianças abaixo dessa idade tem criado contas nas mencionadas redes³³⁵.

Nesse sentido, a falsa sensação de privacidade que a opção de perfis fechados dá nessas redes sociais faz com que os jovens se sintam cada vez mais seguros para postar fotos, vídeos e informações pessoais. Esse fato também traz uma falsa sensação de segurança aos pais, já que 93% (noventa e três por cento) dos pais de crianças que utilizam essas redes estão cientes das referidas postagens³³⁶.

Ressalta-se, nesse contexto, que as informações pessoais de usuários podem ser postadas por outras pessoas. Como exemplo, citamos as *tags*, que são marcações de outros indivíduos em fotos, vídeos e informações em perfis variados. Tal prática é comum entre jovens, e, na maior parte das vezes, não é necessária a permissão da pessoa “marcada” para que as informações apareçam em seu perfil³³⁷.

Ainda nessa toada, importante destacar que o uso de informações e dados pessoais de crianças na internet pode também ser um risco em relação a terceiros com intenções criminosas. Segundo estudo trazido pela OCDE, em 2006 a Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos reportou 1.498 denúncias de vazamento de dados de pessoas menores de 18 (dezoito) anos; isso representa 2% de todas as ações criminosas envolvendo roubos de identidade naquele ano³³⁸.

Destaca-se que os dados de crianças e adolescentes podem ser usados também como forma de conhecer os locais acessados por eles, dando informações a respeito de sua casa, escola e locais de lazer, não só por outros indivíduos com intenções maliciosas, mas também

³³⁵ No Reino Unido, em 2009, 22% dos usuários de internet disseram ter uma rede social, um aumento de 16% comparado a 2008 (Ofcom, 2010, p. 5, 74). Entretanto, o número de jovens usuários que tornaram o perfil privado tem aumentado: 83% dos usuários entre 8 e 12 anos afirmam ter bloqueado a visualização de usuários desconhecidos no perfil, comparado a 67% dos jovens na mesma faixa de idade em 2008. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 28

³³⁶ De acordo com Pew Internet & American Life Project, 2007, p. 3. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 28.

³³⁷ Ainda nesse sentido, estudos comprovam que pouco mais de 40% dos jovens tiveram suas fotos postadas em perfis diversos sem sua permissão (Dooley et al., 2009, p. 141). Outro estudo revela ainda que 6% dos jovens reportam fotos embaraçosas postadas em redes sociais sem suas devidas permissões (Lenhart, 2007, cited in ISTTF, 2008, Appendix C, p. 51). Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 29.

³³⁸ De acordo com Youn, 2008, citado em Dooley et al., 2010, p. 155. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 29.

pelos próprios *websites*, tais como Facebook, Google e outros, que utilizam essas informações para finalidades diversas. No caso do uso de celulares, tal fato pode ser ainda mais evidente, gerando o rastreamento de todos os passos dados pela criança, sem qualquer limite em relação à sua privacidade.

1.2.4. O paradoxo da proteção de dados

Crianças também têm direito à privacidade, tanto *on-line* quanto *offline*. É necessário, por exemplo, que elas possam socializar *on-line* com seus pares sem a constante supervisão dos pais ou responsáveis. Nesse sentido, é possível que exista um paradoxo entre a privacidade a elas necessária e a proteção indispensável dos pais no meio cibernético.

Nesse contexto, a OCDE traz exemplos de controle parental na internet e do paradoxo entre a privacidade e a supervisão de pais e responsáveis. Algumas ferramentas de controle parental trazem dados detalhados sobre a atividade *on-line* de crianças aos pais e responsáveis, bem como escolas e bibliotecas oferecem programas que evoluem e ficam cada vez mais funcionais, demonstrando com precisão o comportamento das crianças no meio digital, tudo como estratégia de segurança cibernética.

Ocorre que, além de muitas vezes extrapolarem os limites da privacidade e liberdade do próprio indivíduo, os programas que auxiliam pais e responsáveis a rastrear os passos de jovens e crianças *on-line* podem levar a riscos ainda maiores em relação ao uso dos dados infantis. Isso porque os próprios serviços *on-line* de rastreamento podem usar as informações obtidas para além dos motivos inicialmente declarados ou, ainda, podem ter suas informações “roubadas” por outros servidores, com intenções maliciosas.

Tal paradoxo leva a diversas discussões sobre como se deve dar a proteção de crianças e adolescentes no mundo digital. Claro que os pais precisam conhecer os ambientes acessados pela criança, zelando pela sua integridade física e mental. É evidente, porém, que essa vigilância precisa respeitar os limites de privacidade, não só a fim de garantir seus direitos fundamentais, mas também de resguardar seus passos de intenções maliciosas.

Riscos envolvendo o consumo de crianças em âmbito online

Três padrões legislativos são comumente aplicados em relação aos riscos de consumo envolvendo crianças no âmbito online: i) legislação privada, ii) legislação consumerista e iii)

legislação específica de proteção às crianças. Geralmente, na legislação privada, usuários menores de idade não tem capacidade legal para aderir à contratos e não são inseridas nesse meio. Já nas legislações consumeristas, como a lei anti-spam, impõem-se condições aos fornecedores que protegem todos consumidores de todas as idades. Por fim, nas legislações específicas, são estudados os riscos que as crianças se submetem no consumo online e offline, medindo sua capacidade de reconhecer e desenvolver sendo crítico sobre as publicidades que tem acesso.

Nesse sentido, muitos países (como Alemanha, Coréia do Sul, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos), mantêm legislações bastante rígidas e específicas do consumo infantil, como as regulações sobre jogos de apostas. No Reino Unido, sites de jogos e apostas só podem funcionar após certificação de que contém um robusto sistema de verificação de faixa etária. Já na Austrália, nenhum site do tipo é permitido, numa tentativa de proteger as crianças e adolescentes desse tipo de conteúdo.

Em relação às publicidades online dirigidas às crianças e adolescentes, dois são os modelos contrastantes que prevalecem nas regulações de diferentes países: a regulação governamental ativa de alguns aspectos da publicidade infantil online e a confiança depositada na autorregulação da indústria.

A União Europeia se mostra como um exemplo do primeiro modelo, já que prevê diversas restrições para a publicidade dos meios de comunicação, incluindo proteções específicas voltadas às crianças. Além da proibição geral de publicidades envolvendo cigarros e tabaco para qualquer público, é proibida a promoção de bebidas alcóolicas envolvendo crianças.

Nessa mesma perspectiva, diante da premissa de que a publicidade nas mídias conhecidas não deve causar nenhum dano mental ou moral para crianças e adolescentes, qualquer publicidade que explore a inexperiência e inocência das crianças é sempre proibida. Assim, qualquer comunicação comercial deve ser sempre facilmente reconhecida e a prática da famosa técnica de “*product placement*” é sempre considerada ilícita em programas infantis, inclusive aqueles inseridos em plataformas digitais e *streamings*.

Nessa toada, ressalta-se que a Escandinávia é a região europeia que possui as regras mais elaboradas sobre o marketing na Internet, visando a proteção de crianças e adolescentes sobre o mercado nórdico. Toda publicidade digital inserida nas mídias desses países deve estar de acordo com os padrões legais estabelecidos nessas nações. Dentre as regras, a publicidade

também deve ser reconhecida como tal por crianças e adolescentes, além de levar em conta o estágio de desenvolvimento das crianças para quem a mensagem está sendo transmitida.

Além disso, a legislação nórdica traz proibição sobre convites para que o grupo infantil e adolescente adquira produtos ou serviços pela internet e desautoriza a prática de “advergaming³³⁹” ou de promoção de prêmios advindos de atividades online

PÁGINA 63

Publicidade online

A autorregulação trouxe um grande número de regras e padrões para a proteção da criança e adolescente no âmbito da publicidade, inclusive em relação à proteção de dados infantis (International Chamber of Commerce’s (ICC), Advertising and Marketing Communication Practice, International Advertising Bureau UK, Federation of European Direct and Interactive Marketing (FEDMA) entre outros).

Muitos desses instrumentos são amplos e aplicados na proteção de todos os consumidores de publicidade, em qualquer faixa etária e qualquer meio de comunicação. Outros asseguram direitos em meio online ou servem como escudo para faixas etárias específicas, como no caso das legislações voltadas a crianças e adolescentes. Neste último, a regulamentação infantil varia bastante de acordo com a faixa etária e nível de compreensão do indivíduo (algumas leis são aplicadas apenas para crianças com menos de 13 ou 14 anos por exemplo), e formam uma proteção adicional àquela estabelecida pelo conjunto de lei dos países.

Existem códigos complementares à legislação vigente, elaborados por organizações publicitárias e provedores de conteúdo, que fornecem informações valiosas na busca de uma publicidade ética, como é o caso das informações fornecidas sobre bebidas e comidas com alto nível de sódio, gordura e açúcar (os alimentos conhecidos como HFSS foods – high in fat, sugar

³³⁹ Advergaming é uma fusão das palavras inglesas “advertising” – publicidade e “game” – jogo. O termo traz a ideia de uma comunicação publicitária que usa de jogos eletrônicos como ferramenta para divulgar e promover marcas, produtos e serviços. Tal estratégia é bastante utilizada atualmente e tem bastante sucesso diante do fato que o público alvo dessas ações publicitárias encontra-se totalmente imerso no ambiente virtual, em um momento de lazer, por vezes sem se dar conta do conteúdo publicitário da mensagem.

and salt). Tais instrumentos são utilizados nas publicidades vinculadas aos serviços de de mídia online e de outras mídias audiovisuais.

Nesse sentido, a colaboração da autorregulação e correção na busca pela proteção da criança e adolescente em meio online é inquestionável. São inúmeros os avanços feitos por tal instrumento na mitigação de risco desse público na internet.

Entretanto, o cenário da autorregulação enfrenta alguns desafios, como as fronteiras nacionais, a falta de adesão das regras por alguns setores da indústria e algumas lacunas que persistente durante o processo de construção de normas. Como exemplo, podemos citar o fato de que algumas técnicas publicitárias como a publicidade embutida³⁴⁰, a inserção de marcas e publicidade comportamental voltadas às crianças em ambiente digital ainda são pouco mencionadas nesses trabalhos regulatórios.

Nesse sentido, citamos o Artigo 29 do Working Party³⁴¹ que menciona que provedores de publicidade online não deverão observar categorias de interesse para oferecer publicidade comportamental ou influenciar crianças, diante da dificuldade de se obter consentimento de acordo com a lei, levando-se em conta ainda, a vulnerabilidade da criança.

1.3. Conclusões do relatório da OCDE

As crianças são submetidas a diferentes níveis de riscos em diferentes países do mundo. Tudo depende da educação e da cultura em que estão emergidas, além, é claro, das condições sociais em que vivem. Alguns países conseguem controlar tais riscos de forma mais efetiva que outros.

De acordo com a OCDE³⁴², na Suécia e Dinamarca, ainda que exista um massivo uso da internet por parte das crianças, os riscos relacionados ao seu uso podem ser considerados menores que em muitos outros países com menos acessibilidade ao universo digital. Isso sugere

³⁴⁰ Entre as publicidades embutidas, ou “embedded advertinsing”, podemos citar a técnica de product placement, amplamente discutida neste trabalho.

³⁴¹ De acordo com o site oficial da União Européia, o Artigo 29, Working Party é um artigo independente, da União Européia, que trata de assuntos ligados à proteção da privacidade e dos dados pessoais na internet, datado de 25 de maio de 2018 ([Article 29 Working Party | European Data Protection Board \(europa.eu\)](http://www.europa.eu))

³⁴² De acordo com De Haan and Livingstone, 2009, p. 5; Livingstone and Haddon, 2009, p. 17. Vide: OECD (2011-05-02), “The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them”, OECD Digital Economy Papers, No. 179, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcjf71pl28-en> p. 30.

que uma política forte de uso responsável e uma educação *on-line* podem melhorar a segurança e a qualidade da vida *on-line* das pessoas.

Assim como as habilidades, a cultura e a educação variam entre os públicos infantis de diferentes países, também variam seus comportamentos³⁴³. Isso porque a vulnerabilidade da criança em ambiente digital depende de suas experiências, capacidades críticas, educação e do conhecimento sobre o ambiente em que ela circula.

A consequência dos riscos a que são submetidas as crianças na internet também varia, e pode incluir complicações desde psicológicas até físicas, além de questões econômicas e sociais, que podem afetar toda a sociedade contemporânea. Dessa forma, são necessários informação e educação sobre riscos *on-line*, não só por parte da família, como também do Estado, para que políticas públicas evitem todos os riscos aqui expostos, que influenciam não só o indivíduo, mas também toda uma sociedade, sua cultura e seus valores.

2. Publicidade na internet

As transformações experimentadas no século XXI advindas da internet alcançaram também, e principalmente, a forma de consumir e de apresentar os produtos e serviços aos consumidores.

Inúmeras foram as comodidades oferecidas pela tecnologia e pelo advento das redes; junto com elas, os desafios no uso das suas ferramentas, que evoluíram sobremaneira e tornaram-se complexas, não só pelos usuários, como também pelos anunciantes e legisladores. De fato, são diversos os temas e impactos no mundo jurídico decorrentes do uso da tecnologia também em relação aos anúncios publicitários, alguns superados e normatizados e outros em lento e tímido processo de estudo e regulamentação³⁴⁴.

³⁴³ A OCDE cita como exemplo a preocupação do Japão em relação aos *sites* de encontros amorosos *on-line* e a algumas páginas que incitam métodos de suicídio, uma grande questão social no país; a Finlândia, que enxerga o marketing digital e informações pessoais como uma questão que necessita ser regulamentada urgentemente; o Canadá, a Austrália e o Reino Unido, que têm enfrentado grandes problemas relacionados ao *cyberbullying*.

³⁴⁴ “Destarte, num cenário hodierno em que os consumidores estão cada vez mais sofisticados, sensíveis, seletivos e céticos, sendo cada vez mais exigentes e apresentando novos comportamentos que forcem frequentemente a eficácia do marketing praticado na rede, denota-se um desafio às empresas – especialmente quando operam na Internet – a revisitarem suas práticas comerciais e publicitárias, de modo que possam ser verdadeiramente competitivas em face da grande concorrência e, ainda, estejam realmente aptas a assumir e explicitar ao consumidor uma postura confiável, prática e de qualidade de forma a convencer o consumidor a investir no produto oferecido. Para cumprir tal meta, as empresas recorrem a recursos tecnológicos que permitem o exercício do chamado marketing segmentado, pelo qual as estratégias empresariais são remodeladas para que se faça determinado anúncio ser apresentado ao consumidor que se saiba ter a necessidade de consumir o produto ou serviço respectivo (LIMEIRA 2003, p. 9) – e isto se faz com mecanismos como *machine learning* e algoritmos. Nesse sentido, se antes a venda em domicílio era feita de porta em porta, com a entrega de catálogos de produtos pelo próprio vendedor ou por correspondência, hoje tais catálogos adentram a residência do consumidor pela tela

Juliano Madalena, ao traçar uma teoria geral do direito digital, afirma que os desafios relacionados à internet demandam respostas jurídicas aos questionamentos postos por esse fenômeno, sugerindo a criação de um microssistema jurídico próprio, especialmente em razão da ubiquidade. É nesse aspecto que se desenvolve a noção de infinitude. O autor afirma:

Com efeito, a virtualização é a característica que instrumentaliza a internet, mas é a ubiquidade que instiga muitas estruturas jurídicas e sociais da vida contemporânea. Instiga, pois, ao permitir a aproximação das pessoas, empresas e estados, também os distância. A mesma internet que aproxima, afasta. Nesse ponto, Antonio Segura-Serrano discorre que em virtude da natureza virtualizada da internet, a primeira discussão a ser feita sobre a sua regulação versa sobre a sua resistência natural para ser regulada. Daí, porque ocorre a ruptura do ordenamento jurídico, principalmente quanto a sua efetividade para regular fatos da vida virtual. Efetividade, pois do ponto de vista estrutural, a norma é eficaz, mas pouco efetiva em situações virtualizadas. Um exemplo é a coibição de crimes praticados pela internet onde o agente infrator, caso detenha a técnica, poderá criar inúmeros entraves às autoridades e ao Estado. É que pela ubiquidade o ato poderá ocorrer em diversos *locus*, países, estruturas ou região³⁴⁵.

Em relação aos aspectos da publicidade digital, tanto o provedor quanto anunciantes, consumidores, fornecedores e legisladores devem estar atentos, em consonância e equilíbrio com as relações nesse meio estabelecidas, evitando conflitos que podem surgir a partir do uso e compartilhamento de dados, da eventual ausência de clareza das informações e dos anúncios, além de outras questões que podem ser suscitadas.

Nesse sentido, Basan afirma que a publicidade e o *e-commerce* passaram a ser repensados a partir de novos instrumentos de marketing, com uso de recursos tecnológicos, interatividade, animações, além da contratação de influenciadores digitais. Dentre as técnicas de publicidade virtual, o autor enumera os seguintes exemplos: o microssite, o *banner*, o *pop-up*, os *links patrocinados*, o *e-mail marketing*, o *adverlog*, o *Search Engine Marketing*, o *podcasting* e os *spams*³⁴⁶. Podemos também citar o *advergame* como técnica de publicidade virtual que muito interessa à seara da proteção da infância.

do computador. Outrossim, muito embora a publicidade em si seja uma atividade lícita, é utilizada cada vez mais em detrimento do discernimento do consumidor, recorrendo a práticas que, no extremado propósito de seduzir o comprador a qualquer preço, podem ser consideradas abusivas, tal como se dá por exemplo com a publicidade indutiva, as distorções de informações sobre produtos e serviços, incitação a superstições, violação de valores morais, à segurança, as vendas casadas, dentre outras (LORENZETTI, 2004, p. 390)” (ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; VERSIANI, Rodrigo Luiz da Silva. A proteção do consumidor diante das práticas publicitárias abusivas do comércio eletrônico. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 45, p. 244-245, 2020).

³⁴⁵ MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital: direito privado e internet**. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 173.

³⁴⁶ BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados: o direito ao sossego**. Indaiatuba: Editora Foco. 2020, p. 162.

O autor define *microsite* como “pequenos sites de marcas que se transversam em links dentro de sites de conteúdo” e *banner* como “o tipo de publicidade feita por meio de espécies de cartazes virtuais inseridos em algum lugar da página, como uma espécie de outdoor virtual”. Já o *pop-up* pode ser, conforme o autor, definido como “uma pequena janela que se abre automaticamente assim que o internauta visualiza determinada página na Internet”; o *link patrocinado* “promove-se por meio da associação entre uma marca e um site, visando oferecer o conteúdo da página ao patrocinador, divulgando ao consumidor como se tivesse mero cunho informativo”; o *e-mail marketing* “consiste no envio de mala direta através de e-mails”; o *adverlog* “promove-se por meio de uma espécie de diário eletrônico, usado para elogiar um produto ou serviço”; o *Search Engine Marketing* “é uma ferramenta paga para promover anúncios diretamente nos mecanismos de buscas, como o Google e o Yahoo”. Por fim, o *podcasting* é um arquivo “de som, onde empresas patrocinam de maneira velada os produtores de conteúdo”³⁴⁷.

De fato, é possível observar uma crescente necessidade de regulamentação da publicidade em meio digital, de modo a suprir necessidade específica aos usuários das redes, provendo proteção às informações por eles fornecidas bem como tornando-os conscientes da utilização e do uso de seus dados, tanto para questões publicitárias e promocionais quanto para eventuais outras finalidades.

A problemática vai além quando se percebe que o usuário passa a ter uma espécie de vida estendida no meio cibernético em razão do perfil criado em meios virtuais. A personalidade do indivíduo, os gostos, a aparência, as competências profissionais e a vida familiar estão, em sua grande maioria, expostos aos outros usuários, anunciantes e provedores, criando-se um perfil do usuário na rede de computadores. É através do *profiling* que os fornecedores utilizam algoritmos para direcionar a publicidade pela rede mundial de computadores.

A utilização dos dados dos consumidores para direcionamento da publicidade fez surgir a denominada “publicidade comportamental”. O debate do tema é absolutamente essencial quando se trata de publicidade digital e proteção de dados do consumidor, em especial pelo uso de *cookies* e *spams*, conforme será estudado a seguir.

De fato, a coleta de informações sobre o perfil do consumidor na rede e suas preferências em relação a produtos e serviços, entre outros dados, torna a publicidade direcionada ao consumidor muito poderosa no sentido de que, ao conhecer o comportamento deste, o algoritmo pode ser utilizado para direcionar publicidade de produtos e serviços que, teoricamente, são de

³⁴⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados**: o direito ao sossego. Indaiatuba: Editora Foco. 2020, p. 162.

interesse desse consumidor. Daí a necessidade expressa de o consumidor consentir com o uso dos seus dados para o direcionamento da publicidade. Sobre o tema, Laura Schertel já afirmou:

Primeiramente, não há dúvida de que o pressuposto inicial de legitimidade da publicidade comportamental é o consentimento do consumidor, que deve ser informado, expresso, específico e anterior, nos moldes do sistema *opt in* (art. 7.º, VII e IX, Marco Civil e 6.º, II, CDC). Tendo em vista os riscos dessa atividade, não restam dúvidas de que um modelo de consentimento *opt out* não supriria em absoluto os seus requisitos de legitimação. Não obstante, outros critérios relacionados ao consentimento precisam ser observados para que essa prática seja tida como legítima: a) é preciso que o consentimento seja específico em relação a essa prática e se refira à autorização do monitoramento da sua navegação; assim, não basta o consumidor concordar com termos genéricos de navegação da página ou funcionamento do serviço; b) se a decisão do consumidor se basear em informações enganosas ou omissivas, o consentimento não será válido e a prática será considerada abusiva; c) se o consentimento for obtido a partir da veiculação de informações enganosas ou por meio de práticas abusivas (como, por exemplo, por meio da prática de requerer incessantemente o consentimento do consumidor a cada acesso ou não permitir que ele acesse outro *site* enquanto não consentir), ele será claramente inválido; o consentimento deve ser limitado a um curto período de tempo, devendo ser constantemente renovado; d) mecanismos de revogação do consentimento devem estar facilmente disponíveis ao consumidor³⁴⁸.

Diante dessas questões, surgem as divergências sobre os limites da atuação dos provedores na internet, *sites* de busca, bem como sobre a maneira como se explora a publicidade no meio digital. O fato de sermos, por diversas vezes, representados pelas informações que ali foram guardadas traz a necessidade de alcançar regulamentação eficaz e adequada a balancear os princípios constitucionais da intimidade e privacidade com os direitos de expressão e liberdade comercial.

É premente a necessidade de preservar a autonomia e a intimidade do usuário da internet. Nesse contexto, Magalhães, Faleiros Júnior e Basan complementam:

Se a formação de uma projeção da personalidade, um avatar, corpo eletrônico ou persona digital dá indícios de um novo arcabouço de valores da dignidade individual – passível de proteção e tutela jurídica –, nasce uma preocupação desdobrada das inúmeras consequências que esse indivíduo enfrentará em sua “vida tecnológica”. Se “cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”, com uma dimensão individual e própria, dotada de valor, e outra extrínseca, orbitada por deveres para com outrem, será desumano, portanto, tudo aquilo que puder reduzir o indivíduo à condição de objeto³⁴⁹.

Os autores trazem o conceito denominado *habeas mente*, a proteção à liberdade mental dos indivíduos e, com ela, a dignidade, efetivando as liberdades físicas (do corpo) e psíquicas (da mente), no mundo real e virtual, à procura de um desenvolvimento independente.

³⁴⁸ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016.p. 60

³⁴⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz; BASAN, Arthur. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 29, v. 128, p. 227-253, mar.-abr. 2020. p. 230

Faz-se mister observar a necessidade de proteção contra as práticas e publicidades abusivas que podem ocorrer no mundo digital. É preciso ter atenção aos limites legislativos e de autorregulação da publicidade e dos negócios jurídicos que se realizam na internet, trazendo garantias dos direitos fundamentais aos consumidores já contemplados pelo nosso sistema normativo.

Tratando-se de um usuário mirim no meio digital, a questão toma maior proporção. Seria possível falar do “corpo eletrônico” de uma pessoa menor de 18 (dezoito) anos? Como proteger esse “avatar” e garantir aos usuários mirins espaço para que eles possam, respeitando sua autonomia progressiva, ter a devida compreensão a respeito dos meios utilizados para inserção de produtos pela rede mundial de computadores?

2.1. O conceito de consumidor, fornecedor e estabelecimento comercial na internet

De acordo com o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O mesmo dispositivo equipara consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

No mesmo sentido, em seu art. 3º, o código consumerista traz a definição de fornecedor, estabelecendo-o como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Dadas as definições dos termos pelo nosso ordenamento jurídico, importante destacar que não existe tratamento específico em relação aos consumidores e fornecedores em ambiente virtual. Dessa forma, independentemente do ambiente em que a relação comercial é estabelecida, o mesmo tratamento é destinado aos consumidores e fornecedores, seja virtual ou presencial, ressalvando o direito de arrependimento em relação à compra quando esta for realizada a distância³⁵⁰.

Em relação ao estabelecimento comercial virtual, este não carrega grandes discussões sobre seu tratamento em nosso ordenamento jurídico. O art. 1.142 do Código Civil definiu

³⁵⁰ Antonia Klee conceitua comércio eletrônico como “termo utilizado para expressar toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente” (KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71).

estabelecimento comercial como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Nesse sentido, sua existência deve ser real, constituída de bens corpóreos (como imóveis, móveis) e bens incorpóreos (aqui incluindo a marca, registro de patente, entre outros). Independentemente do tipo de serviço ou produto oferecido através de plataforma da internet, o estabelecimento comercial é necessário para realização da atividade econômica.

Claro é que, dependendo do tipo de atividade desenvolvida, o chamado estabelecimento comercial pode se dar em espaço físico, *website* da internet ou aplicativo. No último caso, não existe diferença no tratamento jurídico dado aos direitos e deveres da atividade empresária, que se sujeita às regras dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que questionamentos sejam levantados em relação à localização do estabelecimento.

Nessa toada, ressalta-se que, ainda que a página da internet represente o estabelecimento comercial de determinada empresa, a doutrina entende necessário existir uma sede física, entre outros elementos, que permita encontrar o anunciante, caso necessário.

De acordo com Cristina Cantú Prates,

na prática, o que se verifica por parte dos legisladores e operadores do direito é a tendência de que todo estabelecimento virtual, ou seja, que comercializa na internet, se faça representar por uma sede física, endereço, telefone, nome do representante legal e CNPJ. [...] essa exigência faz sentido sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, eis que o fornecedor tem o dever de prestar informações claras e precisas, não somente sobre o produto vendido, mas sobre sua própria identidade³⁵¹.

Nesse contexto, importante ressaltar que, apesar de a lei consumerista não trazer nenhuma previsão específica relacionada ao comércio eletrônico, os princípios e as regras ali estabelecidos levam ao dever de informação ao consumidor, seja qual for o ambiente em que a atividade se desenvolva.

Assim, de acordo com o art. 31 Código de Defesa do Consumidor, a oferta e a apresentação de produtos e serviços no meio virtual também devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, com todos os atributos do produto, desde o preço até a validade e composição deste.

De outra banda, o art. 33 do Código de Defesa do Consumidor, em complemento ao dispositivo anterior, prevê a necessidade de informação sobre o nome e endereço do fabricante, em casos de oferta ou venda realizada via telefone ou reembolso postal. Diante da norma, tem-se clara a intenção do legislador, no tempo da elaboração do dispositivo, de abarcar o direito à informação do consumidor em todos os meios de transação comercial que possam existir.

³⁵¹ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 66.

2.2. Cookies e a obtenção de dados dos consumidores

No meio digital, um instrumento muito empregado para armazenar dados e direcionar publicidade é o *cookie*. Trata-se de um fragmento de texto armazenado por servidor da *web* no disco rígido do usuário, amplamente utilizado por páginas da internet com a finalidade de identificar e armazenar dados dos visitantes. Tais dados podem ter diversos propósitos, como facilitar o *login* no *site* por meio da conservação de senhas de acesso e preservar o idioma e as configurações escolhidas pelo usuário, bem como suas preferências de navegação.

Dessa forma, cada usuário gera uma espécie de número de identificação, que contém as informações de como o cliente utiliza a página da internet, além de seus dados, fornecidos por ele próprio, de forma a facilitar, teoricamente, o acesso do cliente à página da internet. De acordo com Cristina Cantú:

Em tese, os *cookies* não podem acessar informações do sistema. Podem apenas armazenar uma cópia dos dados que são fornecidos no momento do preenchimento de formulários e gravar informações sobre a maneira pela qual os usuários se movimentam dentro do sítio consultado e apenas nele (pelo menos em teoria nenhum sítio pode consultar *cookies* enviados por outro). Em suma: um *cookie* armazena em seu próprio disco rígido informações sobre as preferências pessoais exclusivamente referentes ao sítio que o enviou e teoricamente serve para tornar a navegação mais confortável e proveitosa³⁵².

Ana Paula Gambogi Carvalho conceitua *cookies* como

programas de dados gerados com objetivo principal de identificação do usuário e de rastreamento e obtenção de dados úteis a seu respeito, tais como seus hábitos de navegação e de consumo. Frequentemente utilizados por provedores da internet, estes fichários de dados são enviados aos programas navegadores (*browsers*) e salvos em diretórios específicos do computador do usuário³⁵³.

Nesse sentido, os *cookies* tornaram-se importante ferramenta de obtenção de informações sobre o perfil do cliente e seus interesses nas páginas da *web*. A ferramenta é bastante útil aos fornecedores no comércio eletrônico, principalmente aos provedores e anunciantes da internet, podendo inclusive ser considerada um dos principais instrumentos destes, tornando a utilidade do consumidor irrelevante, se comparada à dos fornecedores.

Isso porque a ferramenta é bastante utilizada para entender o comportamento dos clientes dentro daquele ambiente. Entre suas finalidades, é fácil compreender os gostos, as

³⁵² PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 162.

³⁵³ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 46, p. 114, 2004.

preferências, os hábitos e, principalmente, as prioridades de consumo. Estas últimas, inclusive, tornaram-se bastante proveitosas ao fornecedor, sendo fonte de informações sobre potenciais consumidores de seus produtos e serviços.

Fabíola Meira esclarece a utilidade e os riscos envolvidos na utilização dos *cookies*:

Entre as inúmeras consequências da existência de *cookies* nos computadores, pode-se citar que possuem a função de: (i) avisar o “fornecedor” que um consumidor específico retornou ao site para uma busca; (ii) automaticamente customizar a tela com as preferências daquele consumidor identificado ou até mesmo para sua última compra, que não pode ser concluída, por exemplo, pois a conexão “caiu”, visto que com o *cookie*, se o cliente quiser continuar a compra no ponto em que parou estes “lembrarão” o que possuía em seu “carrinho”, tornando desnecessário que o consumidor reinicie o processo; (iii) conservar a identificação do consumidor e própria senha quando transportado para outra página; (iv) manter a lista das páginas visitadas pelo consumidor em determinado dia e hora, ou seja, possuem todo o histórico de visitas virtuais do consumidor.

Uma das graves consequências da instalação de *cookies* diz respeito à comercialização das informações da esfera íntima do consumidor-internauta para que os fornecedores, de posse de ditos cadastros, utilizem os perfis dos usuários e, por meio de spams “bombardeiem” as caixas de correio eletrônico do internauta ofertando produtos ou serviços não solicitados³⁵⁴.

Ainda de acordo com Cristina Cantú, “a utilidade dos cookies para a publicidade no meio eletrônico reside na salutar importância do estudo do comportamento do cliente como uma estratégia de planejamento empresarial através do filtro trazido pelo cookie”³⁵⁵. Tal aspecto torna possível que o fornecedor entenda se a divulgação de seus produtos ou serviços é ou não interessante para aquele usuário da internet e, principalmente, quais as chances de a publicidade inserida naquele contexto resultar em lucros para aquele fornecedor.

Fabíola Meira, por sua vez, ressalta a relação entre os *cookies* e a falta de informação aos consumidores quanto à automática sujeição a esse tipo de prática comercial eletrônica, tema que fora devidamente regulamentado pela Lei Geral de Proteção de Dados. Antes da regulamentação legal, os consumidores não tinham conhecimento de que seus dados estavam sendo capturados em sua máquina, o que já denotava violação à legislação consumerista³⁵⁶.

³⁵⁴ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 84.

³⁵⁵ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 157.

³⁵⁶ Antes da regulamentação pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a ABA editou o denominado Código de Ética Anti-Spam e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Em seu art. 11º, trazia regulação sobre a coleta de informação e uso de dados dos usuários: “Artigo 11º. Para a Coleta de Informações e Dados de Consumidores ou Usuários de meios eletrônicos, deve ser observado o seguinte: a) As informações dos usuários para uso e envio de Mensagens Eletrônicas deverão ser coletadas para esse fim exclusivo através de formulários de cadastramento nos sites e/ou e-mails; participação em concursos ou promoções; formulários de ‘e-commerce’ ou qualquer outra forma que exponha explicitamente a finalidade de captação das informações; b) Constará obrigatoriamente do documento eletrônico acima referido a autorização do usuário para o posterior recebimento de Mensagens Eletrônicas e Mala Direta Digital, que jamais poderá ser presumida; c) O usuário deverá ter livre acesso e a qualquer tempo ao seu cadastro no Banco de Dados, seja para retirar seus dados do mesmo, seja para editar seus dados, seja ainda para suspender ou cancelar a autorização antes dada para o recebimento de Mensagens

Nessa toada, verifica-se a possibilidade de o fornecedor tratar os dados dos consumidores conforme seus próprios interesses, incluindo ou excluindo consumidores de acordo com seus perfis (*profiling*) e escolhendo aqueles que pretendem alcançar e aqueles que não lhe são interessantes. Tal prática pode tornar-se abusiva na medida em que pode discriminar o consumidor de acordo com seu poder aquisitivo, sexo, idade, nível intelectual e outros³⁵⁷.

Nesse sentido, adverte Laura Mendes:

Ao mesmo tempo que são úteis, por possibilitar a memorização de senhas e a personalização de serviços, os *cookies* podem trazer riscos à privacidade, quando o computador passa a ser associado a um determinado usuário, a partir dos dados pessoais fornecidos a um *site* ou por meio dos dados pessoais armazenados pelo provedor de conexão que possui um contrato de prestação de serviços com o usuário. Além disso, se armazenados por um longo período de tempo, esses marcadores podem rastrear o comportamento do usuário *online* em diversos *sites*³⁵⁸.

Evidencia-se, portanto, a invasão à privacidade e intimidade do consumidor, que tem seus dados e comportamentos rastreados, muitas vezes sem permissão para tanto e sem nem sequer ter conhecimento sobre esse fato. Tal circunstância representa transgressão de diversos dispositivos da legislação vigente, tais como o art. 5º da Constituição Federal e, mais precisamente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)³⁵⁹.

A preservação da privacidade e da intimidade e o direito à informação são consagrados na Constituição Federal, além dos recentes deveres impostos às empresas que manipulam dados

Eletrônicas ou Mala Direta Digital; d) É vedada a coleta de quaisquer dados que possam expor o usuário a situações de constrangimento de qualquer tipo; e) A pessoa física ou jurídica responsável pela coleta de informações deve apresentar ao usuário sua “Política de Privacidade de Dados”; f) A “Política de Privacidade de Dados” acima referida deve descrever claramente como serão utilizadas ou comercializadas as informações coletadas, assim como se serão utilizados ‘cookies’ nos navegadores de acesso à Rede Internet”.

³⁵⁷ “Verifica-se que conhecer o comportamento do consumidor surge como uma necessidade em tempos de pós-modernidade. Se de um lado a alta competitividade do mercado exige a habilidade do fornecedor em oferecer produtos e serviços que vão ao encontro das necessidades e dos interesses do consumidor; de outro, os fornecedores passam a ter uma ferramenta poderosíssima em suas mãos, que lhes permite estreitar relações com os consumidores potenciais e afastar os indesejáveis” (PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 161).

³⁵⁸ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016. p. 59

³⁵⁹ Nesse sentido, afirma Basan: “Em verdade, o uso do monitoramento permite ao fornecedor saber, dentre outras informações relevantes, se o consumidor é novo ou está retornando no acesso à página virtual, qual foi o tempo de acesso, os períodos de acesso mais comum, além da origem geográfica do internauta. Obviamente, todas as informações são utilizadas posteriormente para promover o convencimento do ato de consumo. Conforme se nota, surgem polêmicas questões envolvendo a proteção de dados, que é evidentemente violada a partir do momento em que as empresas, por meio dos *cookies*, promovem a vigilância do usuário em rede. Além disso, outra questão ilícita relacionada a essa prática é utilização dos perfis dos usuários para a promoção de publicidades de produtos e serviços não solicitados, os *spams*. Assim, tendo como base as regras contidas no CDC e, ainda mais, as previsões contidas na LGPD, **não se admite que os *cookies* sejam utilizados automaticamente em desfavor dos consumidores, coletando informações e alimentando banco de dados, sem a necessária informação das finalidades e sem exigida a permissão do consumidor, na figura do consentimento esclarecido**” (grifo nosso). BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade digital e proteção de dados: o direito ao sossego. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 163.

de consumidores na internet. De fato, agora o tratamento de dados fornecidos por consumidores *on-line* só pode ocorrer mediante autorização, conforme disposto pelo art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados³⁶⁰, e nos limites por ela estabelecidos.

O conhecimento de informações pessoais e sensíveis sobre a intimidade dos usuários da rede através de *cookies*, desde informações como nome, endereço e profissão, as páginas acessadas, preferências de consumo e dados bancários, depende do consentimento expresso do portador dos dados, ou diante das hipóteses tratadas no referido artigo.

Sobre as utilidades dos *cookies* na internet, é perfeitamente possível (e fácil) que muitos consumidores sejam enganados quanto à destinação dos dados por ele fornecidos ao entrar em uma página da *web*. Dessa forma, para que exista harmonia com as regras estabelecidas pela nova Lei Geral de Proteção de Dados e com a lei consumerista, é necessário que os *cookies* sejam claramente explicados ao consumidor, bem como todas as suas utilidades, trazendo perfeito entendimento aos usuários que fornecem suas informações pessoais.

Laura Mendes já afirmava a necessidade de consentimento expresso do consumidor para a utilização dos *cookies*, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet. Vejamos:

³⁶⁰ “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (*Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.*) IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. § 1º Revogado (*Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.*) § 2º Revogado (*Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.*) § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no *caput* deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. § 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do *caput* deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei. § 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular. § 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei. (*Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019.*)”

À luz do direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais, é importante analisar quais os pressupostos de legitimidade para a utilização de *cookies*. Partindo da condição de legitimidade do tratamento de dados pessoais nas relações de consumo, segundo a qual o processamento de dados pessoais deve ser autorizado pelo consumidor (art. 7.º, VII e IX, Marco Civil), ao menos que seja imprescindível para o cumprimento do contrato, é preciso analisar em que situações será exigido o consentimento pelo consumidor e em que situações o consentimento será dispensado. Adaptado ao mundo virtual e baseado nas funções que os *cookies* podem exercer para facilitar a comunicação e a navegação, o pressuposto da necessidade da execução do contrato pode ser reinterpretado. Isto é, se o *cookie* for utilizado exclusivamente para a transmissão de comunicações na Internet ou for estritamente necessário para a realização de um serviço *online* solicitado pelo consumidor, não lhe acarretando riscos, não será necessário o seu consentimento.

Por outro lado, sempre que o *cookie* visar outras funções, será necessária a obtenção do consentimento prévio do consumidor. Esse é o caso, por exemplo, dos *cookies* das redes sociais (*social plug-in tracking cookies*), que são capazes de monitorar tanto os membros como os não membros dessas redes. Além disso, os *cookies* utilizados para realizar a publicidade comportamental (*third party advertising*) também não são isentos do consentimento, pois, ao visarem a coleta de dados pessoais para terceiros, naturalmente não são essenciais para a relação entre o usuário e o *site*. Por isso, todos os *cookies* de terceiros exigem o consentimento prévio do consumidor, antes de serem instalados. Por fim, os *cookies* dos *sites* chamados de *first part analytics* também necessitam do prévio consentimento do consumidor. Esses *cookies* geralmente são usados pelos responsáveis dos *websites* para estimar o número de visitas ou para monitorar a navegação do usuário.

Para passar pelo pressuposto objetivo de legitimidade, os *cookies*, em nenhum dos casos, podem apresentar graves riscos para os usuários. Isto é, em nenhuma hipótese é legítimo submeter o usuário a uma vigilância ininterrupta, transformando-o em mero objeto de monitoramento, o que, naturalmente, violaria o seu direito à intimidade e à vida privada e o princípio da dignidade, protegidos constitucionalmente. Além disso, em qualquer dos casos é preciso que seja divulgada por meio da política de privacidade ou no contrato de prestação de serviços da empresa publicado no *site* a forma de utilização dos *cookies* e para quais finalidades eles são instalados (7.º, VI, VIII e XI, Marco Civil, e art. 6.º, III, do CDC)³⁶¹.

No âmbito da comunidade europeia, a Diretiva 2009/136 alterou importantes diretivas europeias relativas à utilização da proteção da privacidade e dos usuários das redes e comunicações eletrônicas³⁶². Em relação aos *cookies*, a alteração do art. 5º da Diretiva 2002/58 trouxe a seguinte redação ao dispositivo:

³⁶¹ MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016.

³⁶² Sobre as alterações introduzidas pela Diretiva, afirma Cíntia Rosa: “Esta revisão teve como pontos principais: – garantir o acesso à Internet e às comunicações eletrônicas a todos os cidadãos europeus em prol de uma sociedade da informação inclusiva, com destaque para os portadores de necessidades especiais; – mais qualidades nos serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet e aplicativos de Internet; – elevar o grau de harmonização das regras dos Estados-Membros quanto à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade, já garantidos pela Dir. 2002/58/CE, independentemente da tecnologia adotada (em especial, os dispositivos de identificação ou localização por radiofrequência – RFID devem respeitar estes direitos fundamentais); – impõe, aos provedores de acesso à Internet e de aplicativos de Internet, a obrigação de adotar medidas para evitar que sejam instalados *spyware* nas máquinas dos usuários de maneira inadvertida; – em consequência, impõe um dever de informação destes provedores; – as regras aplicadas ao *spam* são estendidas aos serviços SMS, MMS e outros semelhantes; – estimula a cooperação entre os Estados-Membros para o combate de *spam* ilícitos e *spyware* transfronteiriço, dentre outros” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 511-543, ago. 2015. p. 519).

Artigo 5.º Confidencialidade das comunicações

1. Os Estados-Membros garantirão, através da sua legislação nacional, a confidencialidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis. Proibirão, nomeadamente, a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outras formas de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores, sem o consentimento dos utilizadores em causa, excepto quando legalmente autorizados a fazê-lo, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º O presente número não impede o armazenamento técnico que é necessário para o envio de uma comunicação, sem prejuízo do princípio da confidencialidade.

2. O n.º 1 não se aplica às gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respectivos dados de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas para o efeito de constituir prova de uma transacção comercial ou de outra comunicação de negócios.

3. Os Estados-Membros velarão por que a utilização de redes de comunicações electrónicas **para a armazenagem de informações ou para obter acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador só seja permitida na condição de serem fornecidas ao assinante ou ao utilizador em causa informações claras e completas, nomeadamente sobre os objectivos do processamento**, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, e de lhe ter sido dado, pelo controlador dos dados, o direito de recusar esse processamento. Tal não impedirá qualquer armazenamento técnico ou acesso que tenham como finalidade exclusiva efectuar ou facilitar a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas, ou que sejam estritamente necessários para fornecer um serviço no âmbito da sociedade de informação que tenha sido explicitamente solicitado pelo assinante ou pelo utilizador (grifo nosso).

A diretiva é conhecida como *cookies directive*, tendo ficado esclarecido que, no âmbito da comunidade europeia, a utilização do *cookie* não é proibida, mas deve ser regulamentada, havendo sempre o consentimento prévio e esclarecido do usuário para que a prática seja admitida³⁶³⁻³⁶⁴.

³⁶³ “Tendo em vista a regulamentação do uso de *cookies* por esta diretiva que alterou o art. 5 (3) da Diretiva 2002/58/CE, esta diretiva é conhecida como *Cookies Directive*. Assim, a utilização destes *softwares* não é totalmente proibida, mas deve ser limitada segundo as regras estabelecidas, ou seja, mediante o consentimento prévio e esclarecido do usuário (que teve informações claras e completas sobre a prática). Mas não só, observada também a finalidade para qual a informação foi coletada” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 511-543, ago. 2015. p. 520).

³⁶⁴ Ainda sobre os *cookies* na comunidade europeia, Cíntia Rosa esclarece: “Em uma obra que analisa os sete anos de proteção de dados pessoais na Itália, faz-se um balanço sobre a proteção dos dados pessoais na legislação italiana e sugestões para o futuro. Nesta oportunidade, destacou-se o atual esforço para regular o *marketing* no contexto das novas tecnologias, em especial os *cookies*. A sugestão é alcançar um ponto de equilíbrio entre a tutela da pessoa mediante a proteção de seus dados e os interesses mercadológicos. Por isso, proibir realmente não seria a melhor saída, mas limitar a utilização desta tecnologia em favor do *marketing* na medida em que se condiciona a utilização dos *cookies* ao prévio consentimento esclarecido e informado do usuário e segundo a finalidade proposta. Tanto a *riservatezza*, quanto a proteção dos dados pessoais, deve ser tutelada mediante a ponderação em cada caso concreto. O direito ao esquecimento ora é fundamentado na primeira; ora, na segunda” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 511-543, ago. 2015. p. 522).

Veremos a seguir que a Lei Geral de Proteção de Dados exige expressa autorização dos pais para que haja tratamento dos dados de crianças e que os adolescentes, teoricamente, podem consentir com o uso dos seus dados e, conseqüentemente, com o uso dos *cookies*.

2.3. Spam

Spam, termo originário da língua inglesa, é designado para descrever mensagens eletrônicas recebidas, mas não solicitadas pelos usuários de páginas na internet. Pode, nesse contexto, significar “Sending and Posting Advertisement in Mass”, ainda que outras definições sejam encontradas para a sigla.

Na prática, são mensagens eletrônicas de conteúdos cibernéticos que chegam ao consumidor sem que tenham sido solicitadas ou permitidas, podendo causar incômodos e problemas aos navegantes da internet. No magistério de Fabíola Meira, o *spam* é

a técnica de marketing digital mais conhecida, mais antiga e também a mais criticada. Trata-se de envio de mensagens eletrônicas com anúncios publicitários não solicitadas pelo usuário da rede e que lhe acarretam inúmeras dificuldades, tais como recebimento de vírus, saturação da caixa postal, invasão de privacidade, entre outros graves problemas da Era Digital³⁶⁵.

Nesse sentido, Basan acrescenta que não apenas as mensagens enviadas por correio eletrônico podem ser consideradas um *spam*. Devem-se acrescentar, aqui, as mensagens enviadas através de computadores, *smartphones*, notificações de aplicativos, entre outras possibilidades:

[...] o spam não se limita unicamente à mensagem enviada por correio eletrônico, isto é, parte-se da ideia de que essa prática perturbadora deve ser considerada também a partir de outras vertentes, de modo que se pode qualificar como spam qualquer tipo de publicidade não solicitada e importunadora enviada por meio de tecnologias de informação e comunicação, como por meio de computadores, smartphones, smartwatch, através de e-mail, short message servisse (mensagem sms), ligações telefônicas, notificações em aplicativos, etc. Inegavelmente, a questão deve ser tratada com vistas à imposição de limites aos abusos da publicidade virtual, que, além de assediar indevidamente ao consumo, é perturbadora de sossego³⁶⁶.

O Código de Ética Anti-Spam e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas da Associação Brasileira de Anunciantes (ABA) define *spam* como segue:

“Spam” é a designação para a atividade de envio de Mensagens Eletrônicas e Mala Direta Digital que não possam ser consideradas nem Marketing Eletrônico, nem Newsletter, e nas quais se verifique a simultânea ocorrência de pelo menos 2 (duas) das seguintes situações: a) Inexistência de identificação ou falsa identificação do

³⁶⁵ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 90.

³⁶⁶ BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados: o direito ao sossego**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 163.

Remetente; b) Ausência de prévia autorização (opt-in) do Destinatário; c) Inexistência da opção “opt-out”; d) Abordagem enganosa – tema do assunto da mensagem é distinto de seu conteúdo de modo a induzir o destinatário em erro de acionamento na mensagem; e) Ausência da sigla NS no campo Assunto, quando a mensagem não houver sido previamente solicitada; f) Impossibilidade de identificação de quem é de fato o Remetente; g) Alteração do Remetente ou do Assunto em mensagens de conteúdo semelhante e enviadas ao mesmo Destinatário com intervalos inferiores a 10 (dez) dias.

Assim, tais mensagens são recebidas através de e-mail ou pela navegação nas redes sociais e em outros *websites*. Seu conteúdo é majoritariamente publicitário, com a finalidade de promover marca, produto ou serviço, podendo, entretanto, conter intenção criminosa ao difundir notícias falsas ou requerer dados financeiros e pessoais dos usuários.

As mencionadas mensagens indesejáveis têm grande poder de massificação, podendo atingir um número significativo de usuários na internet, por diversos meios: e-mails, canais de bate-papo, grupos de interesse, mensagens de texto em telefones celular e outros meios de comunicação. De fato, as mensagens são disparadas aos usuários, sem que tenham demonstrado interesse em recebê-las.

É incontestável que o *spam* afeta a todos os usuários da rede, em maior ou menor grau. Em virtude da sua grande propagação, é causa de aborrecimento e transtorno pelos navegantes, caracterizando, inclusive, prejuízos ao consumidor, que, de acordo com Cristina Cantú, “paga a conta da remessa indevida dos e-mails”³⁶⁷.

Ainda nesse sentido, são diversos os dispositivos de nosso ordenamento transgredidos pelo uso inadequado da ferramenta. Os princípios constitucionais da intimidade e privacidade, o direito consumerista à informação e a proteção advinda da recente Lei Geral de Proteção de Dados abarcam o tema.

Exemplificando, podemos citar a concorrência desleal que pode derivar do uso do *spam*, uma vez que, ao optar por esse tipo de divulgação, torna desigual a competição daquelas empresas que usam dos meios mais caros e tradicionais (e legais) para difusão de publicidade, ou ainda o desrespeito ao direito dos usuários, de informação sobre o uso de dados pelo *spam*.

Cristina Cantú Prates³⁶⁸ enumera diversas iniciativas de regulamentação jurídica acerca do tema no Brasil. Segundo a autora, foram apresentados dez projetos de lei na Câmara dos Deputados e a mesma quantidade no Senado Federal. De acordo com o número de projetos em tramitação, é possível perceber que o assunto tem chamado a atenção das casas legislativas,

³⁶⁷ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 173.

³⁶⁸ PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 180.

mostrando a crescente necessidade de regulamentação de tais ferramentas e meios de propagação de publicidade dentro da internet.

Nesse sentido, podemos observar a variedade de assuntos que envolvem a seara jurídica e a necessidade de legislação específica. Observa-se, da mesma maneira, a importância de que a legislação acompanhe o ritmo no qual essas ferramentas se desenvolvem, adaptando as leis às novas realidades da atualidade tecnológica. A razão é clara: ainda que existam diversas legislações abrangentes que protegem a integridade do usuário da internet, os avanços tecnológicos muitas vezes são mais dinâmicos que o processo legislativo.

2.4. As celebridades dos meios digitais: influenciadores digitais

O influenciador digital pode ser definido como um produtor de conteúdo que utiliza seus canais em redes sociais, tais como YouTube, Facebook, Instagram e Twitter, para tratar de temas que são de sua *expertise* ou interesse. Ao difundir o seu conteúdo, usuários da rede que têm o mesmo interesse passam a “seguir” o influenciador, que insere seus produtos digitais com assiduidade para manter o canal, com vídeos, áudios e fotografias, bem visitado.

De fato, tal qual uma celebridade da televisão ou do rádio, os produtores de conteúdo influenciam o comportamento dos seus seguidores, que passam a imitar e compartilhar suas ideias, utilizar as marcas indicadas ou comprar os produtos desenvolvidos pelos próprios influenciadores (como livros de receitas, cursos, entre outros). Assim, os influenciadores passam a receber boa quantia em dinheiro ou outras compensações e muitos deles desenvolvem a profissão de youtuber, com forte patrocínio de marcas famosas.

Para se ter uma breve noção da força dos influenciadores digitais, cite-se o canal de Whindersson Nunes³⁶⁹, que conta com mais de 41 (quarenta e um milhões) de inscritos e é disputado por muitos fornecedores para *merchandising* ou outras formas de publicidade de seus produtos.

Vale notar que o espaço dos influenciadores é segmentado e formado por grupos de interesse nas redes sociais, alcançando um público-alvo e chamando a atenção de diferentes marcas que identificam semelhanças entre a audiência do *influencer* e a sua marca.

No entanto, conforme já dissemos, os fornecedores utilizam os influenciadores digitais para difundir suas marcas e produtos, mas muitas vezes não é possível a identificação da

³⁶⁹ Disponível em: <https://www.youtube.com/user/whinderssonnunes/videos>. Acesso em: 20 set. 2021.

publicidade, em total desrespeito ao princípio insculpido no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse cenário, a publicidade testemunhal, concebida por meio dos influenciadores digitais, além do *product placement* e do *merchandising*, tem tomado grande parte do mercado publicitário, transformando-se em uma das principais fontes de promoção de produtos e serviços. A sensação de autenticidade passada nas mensagens publicitárias dissimulando relatos pessoais do uso de produtos pode gerar sucesso de vendas dos produtos, mas cria falsa ideia de credibilidade na mente dos consumidores.

Nesse sentido:

O uso dos chamados “influenciadores digitais” é uma importante ferramenta de expansão de marcas, levando ao crescimento dos negócios. De acordo com o Business Insider UK, “o marketing realizado através desses influenciadores pode alcançar um lucro entre \$5 a \$10 bilhões de euros em 2022”. O sucesso do marketing realizado através dos influenciadores digitais se dá em razão da busca pela conexão mais autêntica entre as marcas e seus consumidores. Indiscutivelmente, funciona como uma ferramenta dada ao consumidor, que pode escolher quando e qual informação receber, sem precisar que o mercado o faça por ele. Ao mesmo tempo, marcas baseiam-se na ilusão de proximidade, amizade e confiança que reúne pessoas em uma rede de interesses similares. De acordo com Trzaskowski, o uso de influenciadores pelas empresas cresceu diante da percepção de que consumidores confiam mais nos seus pares do que nelas, o que resultou em combinação de marketing perfeita³⁷⁰.

Denota-se que o mercado publicitário percebeu uma grande oportunidade de introduzir mensagens com intenção promocional de modo discreto e transmitindo credibilidade com os influenciadores digitais.

Isso porque, ao transmitir mensagens por meio dessas pessoas que atraem determinados grupos específicos de consumidor, com estilo de vida compatível com o produto ou serviço anunciado, a credibilidade da mensagem publicitária aumenta consideravelmente.

Além disso, no âmbito da internet, é complexa a prova de possíveis abusos na técnica de publicidade testemunhal, uma vez que a relação financeira entre o influenciador digital e o

³⁷⁰ Tradução livre. No original: “The use of digital influencers is now an important tool in the quest to expand a brand and increase business. According to Business Insider UK, ‘influencer marketing ad spend is poised to reach between \$5 billion and \$10 billion in 2022’. The success of digital influencers’ marketing is based on the search for more authenticity in the connections a brand makes with its customers. Arguably, it acts as a “power shift” tool enabling the consumer to choose when and what information to gather, rather than relying on the business to provide the right information. Brands rely on the idea of proximity, the illusion of connection, friendship and trust that forms in a network of people who share similar interests. According to Trzaskowski the use of influencers has grown due to the realisation that consumers trust their peers more than businesses and thus traders have thought to influence the ‘buzz’ created amongst individuals” (RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers’ Marketing Practices. **Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)**, April 12, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364251>. Acesso em: 20 set. 2021).

representante do produto ou serviço nem sempre é clara. A percepção e a prova dessa relação são sempre difíceis de obter e é tênue a linha divisória entre a relação promocional do *influencer* e as suas reais considerações, livres de intenção promocional, sobre o produto ou serviço.

Nesse sentido, Christine Riefa e Laura Clausen afirmam que,

[e]ntretanto, os influenciadores digitais passaram a deixar de esclarecer se a opinião sobre determinado produto ou marca por eles divulgados seria fruto ou não de uma relação comercial com uma empresa. Um dos maiores problemas dessa prática, comum atualmente, reside no fato de que se tornou extremamente difícil de determinar, e ainda mais complicado de provar, que o influenciador foi pago para expressar determinada opinião de um produto ou serviço por alguma empresa. Nesse sentido, o estudo mais recente realizado pela Comissão Europeia revela que consumidores expressam confiança em conseguir determinar quais os conteúdos têm intenção comercial e quais não, enquanto os resultados em relação aos seus comportamentos revelam uma história completamente diferente³⁷¹.

Desse modo, percebemos os desafios que permeiam a fiscalização e aplicação das regras consumeristas no mundo cibernético, induzindo o consumidor a erros em muitas situações diante da dificuldade em reconhecer a publicidade oculta em testemunhos de influenciadores digitais.

Tanto assim que o Conar já analisou, nos últimos anos, casos em que a publicidade não era clara ao consumidor. Vejamos:

Caso Authenticgames e Habib's/Ragazzo – Nasceram novos bebês! Minicraft cidade#10

Mês de julgamento: Março/2020

Representação: 301/19

Autor: Conar por iniciativa própria

Anunciante: Authenticgames e Habib's/Ragazzo

Decisão: Sustação e advertência

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 28, 37 e 50, letras “a” e “c”, do Código e seu Anexo H

Ação publicitária com o título acima, **veiculada em redes sociais em canal destinado ao público infantil, carece de clara identificação como publicidade**, conforme recomendado pelo Código em seus artigos 9º e 28. Por isso, a direção do Conar propôs representação ética, questionando também se há estímulo ao consumo excessivo pela associação da refeição e a aquisição de diversas unidades de brinquedo. A Habib's/Ragazzo enviou defesa ao Conar explicando que a veiculação foi ato espontâneo da AuthenticGames, que não enviou manifestação ao Conar.

A relatora iniciou seu voto lembrando que identificar a natureza publicitária de postagens de influenciadores digitais tem sido um grande desafio para a ética

³⁷¹ No original: “However, digital influencers have been found to inadequately disclose whether their review or endorsement has been paid for or that they have a financial relationship or interest in connection with any of the products featured. 10 One of the main issues with this practice is that it is very difficult to detect and even harder to prove that someone has been paid by a business to write a specific review. 11 The latest study from the European Commission reveals that consumers are normally confident that they are able to recognise commercial content on social media, but the results of the behavioural experiment tell a different story” (RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices. **Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)**, April 12, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364251>. Acesso em: 20 set. 2021).

publicitária. “Isso porque, na internet, mais conhecida como #terra de ninguém#, em teoria tudo pode”, escreveu ela.

No caso em tela, a relatora considera que a Habib’s/Ragazzo não pode se eximir de responsabilidade, até pelo fato de ter outras campanhas publicitárias desenvolvidas com a AuthenticGames, com o mesmo influenciador que aparece na publicidade objeto desta representação.

No mérito, ela deu razão à denúncia, considerando que há falta de clareza sobre a finalidade da peça, apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e associação antiética entre brinquedo colecionável e o consumo de três refeições compostas por hambúrgueres ou esfihas, refrigerante e batata frita.

Por isso, propôs a sustação da ação agravada por advertência à Habib’s/Ragazzo e AuthenticGames. Seu voto foi aceito por unanimidade (grifos nossos).

Caso: Nestlé, Masterfoods, Mondelez, Fini Hershey, Chocolates Garoto e Luccas Neto – Castelo de chocolate com Kit Kat e Oreo

Mês/ano julgamento: Abril/2020

Representação: 040/2020

Autor: Conselho Superior do Conar

Anunciante: Nestlé Brasil, Masterfoods Brasil, Mondelez Brasil, Fini, Hershey do Brasil, Chocolates Garoto e Luccas Neto

Decisão: Advertência ao influenciador e arquivamento da representação em face dos fabricantes

Fundamento: Respectivamente artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra “a”, do Código e seu Anexo “H” e artigo 27, nº 1, letra “a”, do Rice

O Conselho Superior do Conar propôs representação contra ação publicitária em redes sociais do influenciador Luccas Neto, na qual ele se utiliza de guloseimas de vários fabricantes para montar uma miniatura de castelo. A representação foi motivada por denúncia enviada ao Conar pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que questionou se não há estímulo ao consumo excessivo de doces por crianças e adolescentes e se a natureza publicitária da ação está claramente expressa.

Todas as fabricantes, excetuando-se a Hersheys, enviaram defesa ao Conar, nas quais informam não terem participado de qualquer forma da ação objeto desta representação. O influenciador também enviou defesa, em que ratifica a informação de que as fabricantes não solicitaram ou pagaram pela ação, sendo ela de sua livre iniciativa.

Para a relatora, restou demonstrado que não se tratou de publicidade contratada, tampouco de conteúdo patrocinado, pelo que propôs o arquivamento da denúncia contra as fabricantes.

Em relação ao influenciador Luccas Neto, a relatora recomendou a advertência. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Mês/Ano Julgamento: Junho/2019

Representação nº: 106/18, em recurso extraordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ferrero do Brasil e Luccas Neto

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30, 37 e 50, letra “a”, do Código e seu Anexo H

Queixa de consumidora residente em Guariba (SP) motivou esta representação, contra vídeo veiculado em redes sociais no qual o influenciador Luccas Neto desembala 50 Kinder Ovos. Acompanhado por uma criança, ele vai mostrando os brinquedos contidos dentro dos ovos e ingerindo uma grande quantidade de chocolate. Para a consumidora, há claro desrespeito na peça publicitária em relação às recomendações do Código para a publicidade de produtos e serviços destinados a menores de idade. Além disso, como notou a direção do Conar, cabe questionamento sobre a correta identificação publicitária do anúncio.

Em sua defesa, o influenciador negou tratar-se de publicidade e sim de *unboxing*, formato corriqueiro no meio. Informou não ter sido contratado pela Ferrero, tendo ele próprio adquirido os produtos mostrados. Estas informações foram ratificadas em defesa enviada pela Ferrero.

Tais alegações convenceram os integrantes da Segunda e Quarta Câmaras que, por maioria de votos, deliberaram pelo arquivamento da representação, seguindo proposta do relator.

A direção do Conar recorreu da decisão levando-a à Câmara Especial de Recursos. Lá, por maioria de votos, deliberou-se pela alteração agravada por advertência aos anunciantes, atendendo à proposta do autor do voto divergente. Ele levou em conta a natureza do produto – uma guloseima destinada a crianças de pouca idade –, o evidente estímulo ao consumo exagerado do produto e o fato de a Ferrero não ter adotado qualquer providência para retirar o vídeo do ar, o que lhe seria possível, dado ser a proprietária da marca.

Apenas a Ferrero recorreu da decisão, apoiando o seu pedido no fato de ter ficado comprovado que ela não contratou a veiculação. Estas e outras alegações não convenceram a maioria dos 48 conselheiros que participaram da reunião plenária do Conselho de Ética, onde são julgados os recursos extraordinários. Por 20 votos a 18, deliberou-se pela manutenção da recomendação anterior.

Ainda nesse sentido, com a pandemia do Coronavírus, um fenômeno foi percebido e consolidado entre consumidores na internet: diante das medidas de distanciamento social, quarentenas e *lockdown*, houve aumento e fortalecimento das chamadas *lives*, realizadas por intermédio das redes sociais, que movimentaram artistas e empresas, trazendo novas formas de publicidade através das pessoas públicas.

Ainda de acordo com Michael César Silva, Caio César do Nascimento Barbosa e Glayder Daywerth Pereira Guimarães:

No Brasil, patrocinadores vislumbraram as *lives* de artistas como meio altamente rentável de promover seus produtos e serviços. Enquanto, a plataforma do Instagram conta com o recurso para promoção de aulas, lançamento de livros, bate-papos descontraídos ou explicativos, exercícios de ginástica, etc., o YouTube se tornou uma ferramenta com escopo de proporcionar a realização de “shows em casa” por artistas, que se encontram impedidos de realizar suas apresentações devido ao Coronavírus, com a indústria do entretenimento sendo o setor que mais passou a utilizar o referido recurso.

Segundo a revista EXAME, as buscas pelas *lives* na plataforma do YouTube cresceram 4.900% no Brasil durante a quarentena, as quais se converteram em eventos diários, em que as pessoas passaram a acompanhar de forma pontual as transmissões ao vivo dos artistas, popularizando-as. O YouTube, inclusive, criou a campanha “#Fique em Casa e Cante Comigo”, proporcionando uma coletânea de shows exibidos em tempo real, com diversos artistas³⁷².

A título exemplificativo, os autores destacam o ocorrido com Gustavo Lima, que alcançou a posição de cantor brasileiro com mais seguidores na rede social *Instagram*, justamente em razão de suas primeiras *lives*, que lhe proporcionaram grande notabilidade, culminando, inclusive, em Representação Ética no Conar (RE n. 078/20), com vistas a apurar a integridade das ações publicitárias incluídas em suas *lives*.

³⁷² SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: LONGHI, João Victor; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; GUGLIARA, Rodrigo. **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: entre dados e danos. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 314.

Nessa toada, de acordo com os autores,

[a] Representação Ética nº 078/20 foi instaurada após dezenas de denúncias de consumidores ao CONAR, que, ao analisar, julgou pela necessidade de abertura por dois motivos: i) falta de identificação clara do público-alvo, uma vez que não possuía restrições a menores de idade; ii) influência ao consumo exagerado e irresponsável de bebidas alcoólicas, contrário ao anexo “P” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), que assevera a necessidade de responsabilidade social nos anúncios publicitários, que não devem induzir o exagerado ou irresponsável consumo de bebidas alcoólicas³⁷³.

Nesse sentido, necessário ressaltar a discussão concernente à possibilidade de responsabilidade civil do influenciador em relação à ocorrência de danos advindos da veiculação de publicidade ilícita no mercado de consumo digital.

De acordo com Michael César Silva, Caio César do Nascimento Barbosa e Glayder Daywerth Pereira Guimarães,

[e]m consonância com exposto, o digital influencer, também, deverá observar nessas relações jurídicas e, em sua atuação no mercado de consumo digital, os preceitos normativos da função social dos contratos – consagrada no artigo 421 do Código Civil – sendo igualmente reconhecida como norma de ordem pública e de interesse social. Destarte, as relações jurídicas e socioeconômicas necessitam, de modo imperioso, atentarem-se ao interesse coletivo como forma de preservar o contexto social que priorize a sociedade como um todo e não apenas os interesses meramente individualistas. Nesse giro, os efeitos sociais decorrentes da relação entre anunciante e fornecedor devem ser compatibilizados aos seus interesses exclusivos, resguardando-se a coletividade de eventuais condutas inadequadas que porventura possam vir a causar danos. Portanto, toda e qualquer publicidade veiculada no mercado de consumo pelos influenciadores digitais, deverá considerar os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, sob pena de imputação de responsabilidade civil³⁷⁴.

Os autores completam salientando a diferença entre o caráter “roteirizado” das celebridades, que recebem um *script* ou *briefing* do produto ou serviço, emprestando a representação do seu nome e imagem para promover a marca, e o caráter livre da publicidade vinculada aos influenciadores digitais, que possuem uma maior liberdade criativa para desenvolver o roteiro publicitário.

2.4.1. Conar: o manual de boas práticas para influenciadores digitais

³⁷³ SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: LONGHI, João Victor; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; GUGLIARA, Rodrigo. **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 314.

³⁷⁴ SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. In: LONGHI, João Victor; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; GUGLIARA, Rodrigo. **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 320.

Diante da quantidade de casos envolvendo a publicidade feita por influenciadores digitais, e na tentativa de amenizar os problemas e as discussões daí advindos, o Conar lançou, em 8 de dezembro de 2020, um guia de publicidade para influenciadores digitais.

O Guia foi elaborado pelo Grupo de Trabalho para a Publicidade Digital, que contou com a participação de especialistas, representantes da Associação Brasileira dos Anunciantes (ABA), da Associação Brasileira das Agências de Publicidade (Abap), da Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), da Interactive Advertising Bureau Brasil (IAB) e do Conselho de Ética e Corpo Técnico do Conar.

O documento define a publicidade por influenciador³⁷⁵ e estabelece três elementos essenciais para que se configure publicidade:

Em geral, três elementos cumulativos são necessários para caracterizar a referida publicidade:

- i) a divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associado;
- ii) a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com Anunciante e/ou Agência; e
- iii) a ingerência por parte do Anunciante e/ou Agência sobre o conteúdo da mensagem (controle editorial na postagem do Influenciador).

O terceiro requisito previsto, a ingerência por parte do Anunciante e/ou Agência, também chamada de controle editorial, configura a contratação (formal ou informal), por meio da qual se solicita ou sugira a divulgação publicitária, com maior ou menor detalhamento de conteúdo, tempo, frequência ou forma de postagem a serem propostos ao Influenciador.

Não é considerado controle editorial o mero contato do Anunciante junto ao Usuário, com a simples apresentação do produto, orientação quanto ao consumo ou cuidados necessários no caso de sua eventual e incerta divulgação, em observância às normas éticas e legais aplicáveis³⁷⁶.

Sendo assim, em qualquer publicidade feita em meio digital por meio de influenciador, é essencial que seja informado o conteúdo publicitário ao consumidor, tudo graças ao princípio da identificação da publicidade, já amplamente estudado³⁷⁷.

³⁷⁵ “**Publicidade por Influenciador:** é assim considerada para a autorregulamentação publicitária a mensagem de terceiro destinada a estimular o consumo de bens e/ou serviços, realizada pelos chamados Influenciadores Digitais, a partir de contratação pelo Anunciante e/ou Agência.”

³⁷⁶ Disponível em: <http://conar.org.br/index.php?codigo&pg=influenciadores>. Visita em 20 set. 2021.

³⁷⁷ Sobre a identificação da publicidade, orienta o Manual: “1.1 **Identificação:** o referido conteúdo deve ser claramente identificado como publicitário. Quando não estiver evidente no contexto, é necessária a menção explícita da identificação publicitária, como forma de assegurar o cumprimento deste princípio, por meio do uso das expressões: ‘publicidade’, ‘publi’, ‘publipost’ ou outra equivalente, conforme exemplos na tabela anexa, considerando o vocábulo que for compreensível para o perfil de seguidores com quem se pretende comunicar. Levando em conta o volume e diversidade de conteúdos nas redes, enfatiza-se a necessidade atual de adoção padronizada da aplicação dos termos ou ferramentas de identificação publicitária, como forma de garantir a pronta percepção sobre a natureza da mensagem divulgada. 1.1.1 **Forma:** sempre que possível, é recomendável o uso de ferramenta de identificação disponibilizada pelas plataformas. Alternativamente, recomenda-se a menção explícita dos termos indicados, de forma ostensiva e destacada, podendo tal menção ser feita em qualquer elemento das postagens, inclusive legenda, desde que a informação sobre a natureza publicitária seja visível de plano, sem, entretanto, prejudicar a mensagem publicitária. 1.1.2 **Crianças e adolescentes:** considerando a característica da publicidade por influenciadores, imersa ou integrada ao conteúdo editorial circundante, todos os envolvidos na divulgação da publicidade devem ser particularmente cuidadosos para que a identificação da natureza publicitária

De se notar que o Conar entende absolutamente necessária a ingerência do fornecedor no conteúdo publicitário, bem como a compensação financeira, ainda que seja na forma de cupom de desconto, envio de produtos ou pagamento em dinheiro. Assim, nas hipóteses em que o *influencer* não tenha sido previamente contratado pelo fornecedor para fazer a publicidade do produto ou serviço, não há falar em publicidade.

A questão é delicada e merece atenção. De fato, não se pode impedir que pessoas utilizem os canais de redes sociais (Youtube, Instagram, Facebook) para falar sua opinião a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo. Ora, sendo essa opinião positiva, mesmo que sem autorização expressa do fabricante, não se pode impedir a fala do consumidor, desde que este, de fato, trate do produto ou serviço de forma verdadeira e sem desprezar os limites legais estabelecidos para a publicidade.

Do mesmo modo, sendo a opinião negativa ou neutra, também não se pode tolher a liberdade de expressão do consumidor para fazê-lo através de redes sociais, desde que, da mesma forma, sejam observados os limites legais e que a opinião seja embasada em fatos reais.

No entanto, entendemos que deve o fornecedor notificar o influenciador sempre que estiver ciente do uso indevido da sua marca, ou em situações recorrentes de falta de respeito à legislação vigente³⁷⁸.

Sobre recebimento de brindes, cortesia, convites e afins, embora o Conar compreenda que não há filtragem do conteúdo por parte do fornecedor, o envio dos “mimos” ao influenciador deve ser informado ao consumidor. Vejamos a orientação do manual:

2. Mensagem Ativada (“recebidos/brindes”): é assim considerada a referência feita por Usuário a produto, serviço, causa ou outro sinal característico a eles associado, a partir de conexão ou benefício não remuneratório oferecido por Anunciante ou Agência, sem que tenha havido controle editorial sobre a referência.

seja aprimorada, assegurando o reconhecimento pelas crianças e adolescentes do intento comercial, devendo ser perceptível e destacada a distinção da publicidade em relação aos demais conteúdos gerados pelo influenciador”.

³⁷⁸ É nesse sentido a orientação do Manual: “3. **Conteúdo Gerado pelo Usuário sem relação com o Anunciante ou Agência:** em regra, a menção de produtos, serviços, marcas, causas e/ou sinais característicos pelos Usuários, feita de modo espontâneo (sem que tenha sido precedida de qualquer interação, comunicação ou contato com o Anunciante e/ou a Agência) não constitui publicidade. A conduta ativa dos Anunciantes e Agências compartilhando as mensagens de usuário em seus próprios perfis e canais oficiais implica em divulgação autônoma, deixando de constituir mera postagem do usuário, configurando tal postagem do Anunciante novo conteúdo de natureza publicitária e sujeito a conformar-se a todas as regras aplicáveis. 3.1 **Boas práticas:** nos segmentos sensíveis ou que possuam restrição de comercialização, consumo e divulgação comercial, o Anunciante poderá, ao ser notificado de possível conteúdo irregular postado por usuário, considerar a importância de enviar mensagem educativa ao autor da postagem sobre a regulamentação existente ou, quando membro do CONAR, beneficiar-se da assessoria da entidade para tal contato. Também se inserem nesta sessão as interações realizadas pelos perfis oficiais de Anunciantes com conteúdos gerados por Usuários (comentários, curtidas/‘likes’, entre outras interações). Caso se venha *a posteriori* apurar que aquele conteúdo abranja divulgação potencialmente prejudicial envolvendo marcas e produtos identificáveis, poderá ser considerada a importância da adoção das medidas disponíveis para alteração ou remoção do endosso (curtida, comentário ou outras formas de interação) por parte dos perfis oficiais de Anunciantes, também neste caso com a possibilidade de ele, quando membro do CONAR, recorrer à assessoria da entidade para o contato com o autor da postagem original”.

Exemplificadamente: as postagens de retribuição, agradecimento por brindes (“recebidos”), viagens, hospedagens, experiências, convites, etc. Para os fins da autorregulamentação publicitária, os referidos conteúdos não configuram anúncios, por não possuírem natureza comercial, com os três requisitos acima descritos. Entretanto, considerando que tal conteúdo submete-se ao princípio da transparência, ao direito à informação e tendo em conta que tal conexão ou benefício pode afetar o teor da mensagem, é necessária a menção da relação que originou a referência. Pode ser necessária, ainda, a orientação pelo Anunciante e/ou Agência, a ser observada pelo Influenciador, acerca da regulamentação aplicável.

2.1. **Engajamento:** pode inserir-se nesta modalidade o conteúdo gerado pelo Usuário mediante oferta de brindes ou benefícios por meio de ações promocionais, concursos, “desafios” ou assemelhados que estimulem a postagem do Usuário a partir de engajamento. Para a conformidade da publicidade dos Anunciantes e suas marcas que promovam a ativação de tais postagens é peça chave que esteja baseada em mecânicas promocionais compatíveis com a regulamentação de distribuição gratuita de prêmios e que reflita o respeito às regras do Código Guia de Orientação – Publicidade Por Influenciadores de Autorregulamentação, no quanto aplicável e, em particular, para os segmentos sensíveis ou com restrição de consumo.

O manual ainda reforça a necessidade de os influenciadores respeitarem a legislação específica sobre publicidade no Brasil, e obriga os fornecedores a oferecerem orientações necessárias ao cumprimento das normas, nos seguintes termos:

1.2 **Regras gerais e específicas do CBAP:** aplicam-se ao teor das publicidades por Influenciadores contratados, devendo o Anunciante e/ou a Agência envidar os maiores esforços e adotar as melhores práticas para informar o Influenciador sobre os cuidados que devem acompanhar a divulgação e zelar pelo cumprimento das regras. Fica também o Influenciador incumbido do conhecimento e conformidade com as normas aplicáveis, em especial que o seu depoimento, ao retratar uma experiência pessoal, seja genuíno e contenha apresentação verdadeira do produto ou serviço anunciado.

Por fim, vale notar que, em relação à publicidade digital dirigida ao público infantil, o Ministério Público de São Paulo e a Google do Brasil firmaram termo de composição para adequar a publicidade destinada ao público infantil no meio digital.

O termo de composição foi firmado em ação civil pública em que se discutia publicidade dirigida ao público infantil. A ação havia sido proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Google do Brasil pelo uso de estratégias abusivas de publicidade dirigida ao público infantil, realizada por meio da campanha “Você Youtuber Escola Monster High”.

De acordo com o documento, a Google e o Conar produzirão um Manual de Boas Práticas com foco em publicidade infantil no ambiente digital, que deverá conter princípios gerais norteadores da publicidade direcionada ao público infantil na internet, bem como casos hipotéticos ilustrativos que representem um rol exemplificativo de formas adequadas de comunicação publicitária dirigida às crianças. Por fim, salienta-se que ainda não se tem notícia da entrega e análise do Manual de Boas Práticas voltado para o público mirim.

3. Da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), reconhecendo a vulnerabilidade de todas as pessoas em relação ao tratamento de suas informações pessoais, foi aprovada com a finalidade de trazer um **dirigismo informacional**, conforme afirma Bruno Ricardo Bioni³⁷⁹, e busca corrigir a assimetria e garantir a autonomia do cidadão no que se refere aos seus dados pessoais.

Impossível não reconhecer a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes nessa seara, dada a ausência de capacidade civil para a compreensão de seu conteúdo e alcance. Por essa razão, a Lei nº 13.709/2018, em consonância com a Constituição Federal, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil, reservou espaço para tratar da proteção da criança e do adolescente. Vejamos:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

O dispositivo é amplo e merece atenção especial do intérprete. Em primeiro lugar, vamos trabalhar o significado e alcance do “princípio do melhor interesse” em relação à

³⁷⁹ “Conclui-se que as relações do mercado de consumo demandam um novo tipo de dirigismo – *dirigismo informacional* – que se afasta daquele do século passado – dirigismo contratual. Deve haver uma *releitura ambivalente* do paradigma da autodeterminação informacional – *procedimental e substantiva* – que embora mantenha o papel de protagonismo do consentimento, empresta-lhe um novo roteiro normativo: *a percepção de que o titular dos dados pessoais amarga uma (hiper)vulnerabilidade, o que demanda, respectivamente, o seu empoderamento para emancipá-lo e a sua intervenção para assisti-lo*” (BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. XXVII).

proteção de dados pessoais bem como os destinatários da proteção legal, a extensão e forma do consentimento para o tratamento dos dados dos infantes.

3.1. O melhor interesse e a proteção dos dados pessoais

Já vimos que o princípio do melhor interesse é de suma importância na seara do direito de infância e, ao mesmo tempo, é conceito vago e enfrenta inúmeras dificuldades de aplicação no caso concreto.

Conforme dissemos, o melhor interesse não deve ser visto como princípio orientador para o alcance da felicidade, mas a garantir a individualidade, a autonomia progressiva e o desenvolvimento de cada criança, o que deve ser amplamente aplicado à proteção de dados.

Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais andou bem ao inserir o princípio do melhor interesse em relação à proteção e ao tratamento de dados pessoais, tendo em vista a autonomia progressiva da criança e do adolescente no que se refere às suas informações pessoais e à necessidade de proteção pelos pais ou responsáveis.

Por outro lado, a aplicação do princípio pode gerar dúvidas quanto ao efetivo direcionamento a ser oferecido aos dados pessoais. Poderiam, por exemplo, os dados pessoais de crianças e adolescentes que estão à espera de adoção ser objeto de tratamento por parte do controlador e do operador? A resposta é afirmativa, com o devido cuidado e a preservação da sua identidade, nos termos do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 7º, inciso IV e § 3º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Ademais, o tratamento desses dados deve ser direcionado ao melhor interesse da criança, isso porque tais informações são de suma importância para a análise da situação de crianças e adolescentes que estão em medidas de proteção e desenvolvimento de políticas públicas voltadas para essa faixa etária.

O mesmo deve ser dito em relação aos casos de violência, desistência escolar, vacinação, saúde e outras informações de cunho pessoal. Todos esses dados são de extrema importância para o direcionamento das políticas públicas voltadas para a infância e adolescência³⁸⁰, tudo em consonância com o art. 7º, III, IV, VII e VIII, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

³⁸⁰ Indiscutível a utilização de dados pessoais para a formulação de políticas públicas. Sobre o assunto, assevera Ricardo Alexandre de Oliveira: “Pensemos, por exemplo, nas *smart cities*, termo comumente utilizado para cidades com alto grau de automação e conexão por meio da internet das coisas (IoT) em serviços de interesse público, como trânsito, serviço de saúde ou infraestrutura urbana. Diferentemente do que poderíamos encontrar há algumas décadas atrás, atualmente um agente público pode dispor de informações importantes para a sua gestão na palma de sua mão, incluindo dados pessoais. Tal fato não é negativo, se considerarmos que o acesso à informação por um gestor público possibilitaria, se houvesse interesse político, o aumento de grau de eficiência

Por outro lado, conhecendo o seu público por meio das informações pessoais, os fornecedores poderiam oferecer, com melhor direcionamento, novos produtos e serviços, bem como atuar de forma mais eficiente na publicidade e oferta para o público infantil, o que poderia desrespeitar o princípio do melhor interesse.

Já analisamos a necessidade de cuidados em relação às mensagens publicitárias direcionadas ao público infantil nos meios digitais, de modo que a criança possa identificar o caráter publicitário das mensagens patrocinadas.

Além disso, na publicidade digital, os dados das crianças não podem ser capturados sem o consentimento dos pais, muito menos para direcionar mídias de “seu interesse” ou fundamentadas em seus “hábitos de navegação”, vedado ainda o direcionamento para *links* ou URLs comerciais de produtos e serviços.

3.2. Os destinatários da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Conforme dissemos, o *caput* do art. 14 da Lei nº 13.709/2018 afirma que o tratamento de dados pessoais de **crianças** e de **adolescentes** deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos do referido artigo e da **legislação pertinente**.

A **legislação pertinente** referida pelo dispositivo legal deve ser entendida, essencialmente, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil. Isso porque a lei menorista trouxe um rol de direitos fundamentais que deve ser respeitado em relação aos dados pessoais dos destinatários, e o Código Civil trata da teoria das incapacidades e do exercício de poder familiar.

Por outro lado, o § 1º do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais dispõe que o tratamento de dados pessoais de **crianças** deverá ser realizado mediante consentimento específico e em destaque por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Da dicção legal podemos entender que a lei brasileira optou por não exigir o consentimento específico dos pais ou responsável para os **adolescentes** com a finalidade de tratamento dos dados pessoais. Sendo assim, é possível afirmar que o consentimento do próprio adolescente pode ser considerado suficiente para o tratamento dos seus dados? O dispositivo deve ser analisado à luz da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil.

do Estado” (OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 241-261, dez. 2018).

3.3. Consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

O art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais determina que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária
- IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Por outro lado, o art. 5º, XII, define consentimento como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Demais disso, determina a lei que o consentimento deve ser fornecido por escrito, com cláusula destacada das demais cláusulas, ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (art. 8º). O ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com a lei é do controlador (art. 8º, § 2º), sendo vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (art. 8º, § 3º).

Adverte Bioni que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais adjetivou o consentimento (livre, informado e inequívoco), exigindo dois elementos essenciais para ser considerado válido: o dever-direito a informação clara, transparente útil ao indivíduo, com uma quantidade suficiente de elementos para permitir que o consumidor saiba das qualidades e características do bem de consumo e, ainda, a sua utilização atenta aos riscos que lhe possam sobrevir³⁸¹.

O mesmo autor esclarece que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais utiliza adjetivos específicos para o consentimento em determinadas situações: i) quando há envolvimento de terceiros (art. 7º, § 5º); ii) em razão da natureza do dado coletado (art. 11, I); iii) quando envolve

³⁸¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 193.

crianças e adolescentes (art. 14º, § 1º; iv) na transferência internacional para um país sem o mesmo nível de proteção de dados que o Brasil (art. 33, III).

De fato, quando exigido, o consentimento é o fundamento essencial para a autodeterminação do sujeito em relação aos seus direitos de personalidade. Analisaremos, agora, o consentimento de crianças e adolescentes pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

3.3.1. Consentimento de crianças e adolescentes

Conforme dissemos, a regra para o tratamento de dados é o consentimento livre, informado e inequívoco, conferido pelo seu titular (art. 7º, I). Por exceção, o consentimento não será exigido nas hipóteses expressas da lei (art. 7º, II a X). Evidentemente, o mesmo dispositivo se aplica aos direitos da criança e do adolescente, razão pela qual, nas hipóteses previstas em lei, não será necessário o consentimento para o tratamento dos dados.

Mais ainda, o art. 14, § 3º, prevê a possibilidade de coleta de dados pessoais de crianças sem o consentimento quando ela for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção. Nessas hipóteses, nenhum dado pode ser repassado a terceiros sem o consentimento dos pais ou responsável.

Por outro lado, dispõe o art. 14, § 1º, que “o tratamento de dados pessoais de **crianças** deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal” (grifo nosso).

Eis o dispositivo que pode causar polêmica e dificuldade de interpretação. Ora, pela regra do art. 14, § 1º, os **adolescentes** não precisariam dar expressa anuência para coleta e tratamento dos dados. Com isso, menores impúberes (entre 12 e 16 anos) estariam aptos, conforme a lei, a consentir sem a representação paterna, e os relativamente incapazes (entre 16 e 18 anos), da mesma forma, não precisariam de assistência dos pais ou do representante legal.

Aparentemente não se equivocou na redação da norma que dispensa a assistência ou representação dos adolescentes, razão pela qual a leitura imediata da lei nos leva ao entendimento de que não se fez necessária a presença dos pais ou responsável quando o titular dos dados for adolescente, podendo o consentimento ser por ele oferecido.

Conferiu, portanto, a lei autonomia maior ao adolescente que o próprio Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, é necessário cautela na interpretação do dispositivo.

Na hipótese de a coleta e o tratamento de dados advirem de um negócio jurídico como, por exemplo, um contrato de prestação de serviços escolares, ainda que destinado aos adolescentes, a coleta do consentimento deve ser colhida junto com a assinatura do contrato. Isso porque as informações são provenientes de um contrato que depende de representação ou assistência dos pais, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato. A coleta de dados, nesse caso, é acessória ao contrato principal, devendo ser observados os requisitos do negócio jurídico principal.

Ademais, em qualquer hipótese, os dados de crianças e adolescentes devem respeitar o princípio do melhor interesse e a sua progressiva autonomia. Certamente, a casuística ajudará a trazer mais esclarecimentos ao longo da aplicação da lei, em especial quanto ao consentimento.

Outra advertência trazida pelo art. 14, § 4º, é de que o controlador não deve condicionar o consentimento à participação de crianças (e também adolescentes?)³⁸² em jogos ou em outros aplicativos disponíveis na internet, salvo as informações estritamente necessárias à atividade oferecida. A barganha aceita entre pessoas maiores e capazes não pode ser aqui exercida, dada a maior vulnerabilidade do grupo.

3.3.2. Forma de coleta e controle

O art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também determina que os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, bem como a sua forma de utilização e os procedimentos para o exercício de acesso e correção dos dados (art. 14, § 2º).

Sendo assim, deve o controlador esclarecer de forma inequívoca aos pais e responsáveis quais dados estão sendo coletados e de que forma serão utilizados. Não é demais lembrar que a utilização estará sempre sujeita ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Outra questão relevante que toca a forma e o tratamento dos dados diz respeito à comunicação com o público infantil. Vejamos a redação do § 6º do art. 14:

As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de

³⁸² “Reiterando os princípios da finalidade, necessidade e adequação, nesse parágrafo consta que qualquer tratamento de dados de crianças, especialmente em jogos e pela internet, deve se restringir ao mínimo necessário. Entendemos que essa obrigação também pode se estender ao tratamento de dados de adolescentes, uma vez que se trata de natural extensão dos princípios da finalidade, necessidade e adequação, os quais têm ampla aplicação” (MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 210).

recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Assim, sugere-se que os controladores utilizem imperativos como “fale com a mamãe e com o papai” ou mesmo cores e animações para advertir que as crianças devem se reportar aos pais para que estes apresentem o consentimento.

3.3.3. Do Marco Civil da Internet

Nessa toada, vale lembrar que o Marco Civil da Internet³⁸³ também revelou preocupação do legislador com o uso da internet pelos menores e reforça a obrigação dos pais no dever de cuidado com os filhos. Nesse sentido, o art. 29 do Marco Civil da Internet deixa livre aos pais a opção de instalar *softwares* colocados no mercado de consumo batizados de *parental control* (ou controle parental) e que são extremamente úteis para a orientação do conteúdo na internet.

Em rápida pesquisa sobre esses dispositivos, podemos verificar algumas importantes funcionalidades. Com eles, os pais podem definir limite de tempo de utilização do computador; impedir que a criança execute programas específicos não desejados pelos pais; filtrar ou bloquear as ferramentas de diálogo *on-line*; filtrar e bloquear *sites* catalogados em categorias consideradas não adequadas, tais como *sites* de violência, sexo, nudez, racismo, pornografia; bem como escolher os jogos que as crianças podem brincar (de acordo com a classificação etária), entre outros.

De forma acertada, o legislador deixou a critério dos pais a instalação de *softwares* para monitoramento e orientação dos filhos (crianças e adolescentes); todas as funcionalidades aqui descritas não cerceiam a liberdade dos menores e asseguram o uso com privacidade e cautela.

Entre as funcionalidades dos *softwares* colocados no mercado de consumo, existe a possibilidade de escolher os jogos que as crianças podem brincar de acordo com a classificação etária do entretenimento. Destacamos, igualmente, a necessidade de manter a classificação indicativa de filmes e outras obras audiovisuais na internet.

³⁸³ “Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Parágrafo único. Cabe ao Poder Público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso de programas de computador previstos no *caput*, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.”

Seria de bom tom que os *softwares* também pudessem identificar os endereços eletrônicos e aplicativos que coletam e tratam os dados pessoais e de que forma o fazem, para que os pais pudessem ser imediatamente advertidos de seus termos.

4. Proteção de dados *on-line* nos Estados Unidos

A regulação americana é apresentada em três diferentes documentos: o CIPA (Children’s Internet Protection Act: governs the filtering of Internet access and digital citizenship education)³⁸⁴, o FERPA (Family Educational Rights and Privacy Act) e o COPPA (Children’s Online Privacy Protection Act).

O CIPA é o regulamento que trata da proteção de crianças na internet, em especial da filtragem do acesso e uso adequado da rede, e dispõe sobre educação e cidadania digital. É aplicável aos serviços de tecnologia que gerenciam medidas de proteção além de ser aplicável aos funcionários distritais, incluindo professores e funcionários de apoio, que são responsáveis por monitorar o uso, pelos alunos, recursos de tecnologia e educação dos alunos sobre o comportamento *on-line* adequado na rede.

O documento exige que cada distrito use a denominada “medida de proteção de tecnologia” (filtro de internet) para filtrar todos os dispositivos conectados à internet e bloquear o acesso a representações visuais consideradas obscenas ou prejudiciais a menores e a pornografia infantil

Os distritos também devem adotar políticas que abordem o monitoramento das atividades *on-line*, a segurança e proteção de dados de todas as formas de comunicação eletrônica direta, devem ocupar-se do acesso *on-line* não autorizado (*hacking* e outras atividades ilegais), da divulgação não autorizada ou informações de identificação pessoal, bem como educar os alunos sobre o comportamento *on-line* adequado (cidadania digital).

O FERPA regulamenta a privacidade informativa das crianças e da família e é aplicável às agências ou instituições educacionais públicas e privadas que recebem fundos por meio de programas específicos administrados pela Secretaria de Educação dos Estados Unidos.

Nesse sentido, o documento garante aos pais o acesso aos registros educacionais de seus filhos, para que estes acompanhem a vida escolar e, eventualmente, para que haja correção das informações sempre que necessário. Ademais, a escola deve ter, entre outras obrigações, o

³⁸⁴ Disponível em: <https://www.fcc.gov/consumers/guides/childrens-internet-protection-act>. Acesso em: 20 set. 2021.

consentimento do aluno quando este completa 18 (dezoito) anos para eventual divulgação dos registros educacionais.

O COPPA, inserido no Título de Práticas Comerciais do Federal Trade Commission³⁸⁵ (FTC) em 1998, traz disposições sobre a coleta de dados pessoais de crianças, bem como sobre outras práticas relacionadas à privacidade do público infantil na internet.

A proteção dos dados das crianças começou a ser discutida naquele país diante das oportunidades que surgiram na mídia ao coletar informações pessoais com intenção de dirigir publicidade a esse público. Diante do fato de a criança não compreender de pronto a intenção da coleta de dados, foi necessário criar mecanismos de proteção à sua privacidade.

O COPPA criou regras específicas para proteção de crianças com menos de 13 (treze) anos, envolvendo a coleta de dados e práticas que requerem privacidade em *websites*, aplicativos e outras páginas *on-line*. Para os fins das regras dispostas no COPPA, **criança é toda pessoa que tenha menos de 13 (treze) anos de idade**. Ainda assim, é expressa a recomendação de que o operador também observe as diretrizes do COPPA de coleta e uso dos dados de adolescentes dos 13 (treze) aos 16 (dezesesseis) anos.

Adam Thierer³⁸⁶ ressalta que a questão do consentimento não é pacífica naquele país e informa que nos últimos anos alguns Estados propuseram expandir o regime do COPPA de várias maneiras. Esses esforços tentaram expandir a estrutura de consentimento dos pais para incluir todos os menores até os 18 (dezoito) anos, ampliando o leque de *sites* atendidos, aumentando a quantidade de informações que devem ser coletadas para obter o consentimento verificável dos pais, entre outras sugestões.

O autor informa que nenhuma dessas reformas foi implementada até o momento. Há uma variedade de preocupações em relação aos *sites* que os menores podem visitar, além da quantidade de informações a que eles estão expostos na rede. Aponta, ainda, que uma pesquisa feita em 2010, estima-se que até 7,5 milhões de usuários do Facebook têm menos de 13 (treze) anos de idade, e dois terços dessas pessoas têm menos de 10 (dez) anos de idade. Como a maioria dos outros grandes operadores *on-line*, o Facebook não permite que usuários menores de 13 (treze) anos se inscrevam no serviço. Na prática, porém, tais restrições são de difícil aplicação. Este é um dos fatores que lidera os formuladores de políticas públicas, além da pressão dos defensores da regulamentação pela expansão do COPPA e das regras de privacidade de crianças e adolescentes na rede.

³⁸⁵ Disponível em: <https://www.ftc.gov>. Acesso em: 20 set. 2021.

³⁸⁶ THIERER, Adam. **Kids. Privacy, Free Speech and the Internet**: Finding the Right Balance. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1909261>. Acesso em: 20 set. 2021.

O objetivo do regulamento é trazer proteção aos dados pessoais de crianças em *websites* e serviços *on-line*, exortando sempre o envolvimento dos pais ou representantes nessas atividades e possibilitando maior proteção aos seus filhos ou representados.

Nesse sentido, ensina Adam Thierer³⁸⁷, afirma que um dos objetivos da COPPA era aumentar o envolvimento dos pais nas atividades online de seus filhos e proteger melhor as informações pessoais das crianças online.

O COPPA é aplicado aos operadores de dados de *websites* e serviços *on-line* **dirigidos para crianças** e, também, àqueles que são voltados ao público em geral, **mas que coletam informações sobre o público infantil**³⁸⁸.

Afinal, como é possível determinar se o *site* ou serviço é direcionado às crianças? A Federal Trade Commission (FTC) considera uma série de fatores para isso, incluindo o assunto; o conteúdo visual ou de áudio; a idade dos modelos; a linguagem ou outras características; se a publicidade promovendo ou aparecendo no *site* é direcionada a crianças; as evidências empíricas sobre a composição do público; a audiência pretendida; e se um *site* usa personagens animados e/ou atividades voltadas para crianças e incentivos³⁸⁹.

Ademais, é preciso enfatizar que o regulamento não é aplicado às agências governamentais ou entidades sem fins lucrativos, já que os operadores, de acordo com tal regulamentação, são considerados pessoas, sociedades ou corporações que organizam seus negócios com a finalidade de lucro³⁹⁰.

³⁸⁷ “Concerns about children’s privacy are an important part of this debate. The Children’s Online Privacy Protection Act of 1998 (COPPA) already mandates certain online-privacy protections for children under the age of 13. The goal of COPPA was to enhance parent’s involvement in their children’s online activities and better safeguard kids’ personal information online”. THIERER, Adam. **Kids, Privacy, Free Speech and the Internet: Finding the Right Balance**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1909261>. Acesso em: 20 set. 2021.

³⁸⁸ Foi com fundamento no COPPA que o FTC em 2019 impôs multa ao Google no valor de US\$ 170 milhões por violações à privacidade de crianças no YouTube (a multa mais alta aplicada pelo órgão até hoje). Conforme o acordo firmado, a Google LLC e a subsidiária YouTube LLC teriam violado as regras do COPPA ao coletar informações pessoais de crianças utilizando *cookies* para rastrear usuários na internet sem antes identificar e obter o consentimento expresso dos pais ou responsável. Com tais dados, o YouTube, usando os identificadores, praticou a denominada publicidade comportamental direcionada a crianças e adolescentes, sem expresso consentimento dos pais (Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/09/google-youtube-will-pay-record-170-million-alleged-violations>). Acesso em: 20 set. 2021).

³⁸⁹ BAVITZ, Christopher; GUPTA, Ritu; OBERMAN, Irina; RITVO, Dalia. Privacy and Children’s Data – An Overview of the Children’s Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act. **Berkman Center Research Publication No. 23**, [S.l.], nov. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354339>. Acesso em: 20 set. 2021.

³⁹⁰ Em tradução livre, assim explicam Oberman, Bavitz, Gupta e Topelson: Organizações sem fins lucrativos ou agências ou instituições governamentais precisam cumprir o COPPA? Um operador, conforme definido pela COPPA, não inclui qualquer entidade sem fins lucrativos que estará isento da cobertura da Lei da Comissão de Comércio Federal. A Seção 5 da Lei da Comissão de Comércio Federal (FTC) afirma que a jurisdição de execução da FTC aplica-se apenas a “pessoas, parcerias ou corporações”. Uma “corporação” é definida como uma entidade que “está organizada para executar negócio para obtenção de lucro ou de seus membros”. Portanto, entidades sem fins lucrativos ou entidades que não são “corporações” e geralmente não são sujeitas à jurisdição da FTC e, portanto, não são obrigadas a cumprir o COPPA. De acordo com a FTC, no entanto, entidades sem fins lucrativos

Por dados pessoais de crianças devemos compreender qualquer informação pessoal coletada pelo operador, incluindo, no rol do COPPA: nome, sobrenome, endereço domiciliar ou qualquer outro endereço físico, geolocalização, informações sobre contato *on-line*, como nome de usuário, e-mail e outros, número de telefone, número de segurança social (*social security number*), número identificador de usuário de serviços *on-line* ou *websites* ou de protocolos *on-line*, fotografias, vídeos ou áudios.

O dispositivo definiu como coleta dessas informações a reunião de qualquer dado pessoal da criança, com qualquer propósito, incluindo: i) requerer ou encorajar a criança a submeter informações pessoais na internet; ii) habilitar o fornecimento da criança de seus dados pessoais, tornando-os disponíveis, de forma que possa ser identificada; e iii) monitorar as atividades das crianças *on-line*.

Da mesma forma, divulgação de dados pessoais se relaciona: i) ao lançamento de informações pessoais identificáveis³⁹¹, coletadas por operador³⁹², oferecidas por criança com menos de 13 (treze) anos de idade, com qualquer finalidade, exceto nas hipóteses em que o operador provê tais informações com o intuito de suporte ao próprio *website* ou serviço *on-line*³⁹³; ii) à acessibilidade de informações pessoais identificáveis, através de postagens em páginas da internet, sejam elas do próprio operador dos dados ou de outros *websites* e serviços *on-line* como *pen pall*, compras *on-line*, *message boards* e salas de bate-papo.

De acordo com o dispositivo, diversas condições são impostas aos operadores dos dados pessoais infantis, sendo as principais:

- obter consentimento dos pais para a coleta dos dados pessoais da criança³⁹⁴;
- elaborar uma política de privacidade clara e compreensiva; além de
- manter as informações obtidas de crianças em segurança e confidencialidade.

que operam *sites* ou serviços para o lucro de seus membros comerciais podem estar sujeitas a responsabilidade sob o COPPA. As escolas geralmente não se qualificam como instituições comerciais que estão sujeitas à jurisdição da FTC. Dito isso, se uma escola se envolver em atividades comerciais (por exemplo, venda de camisetas *on-line*), então esse comportamento pode estar sujeito a supervisão pela FTC. Da mesma forma, mesmo que uma escola não esteja sujeita à supervisão da FTC, os prestadores de serviços contratados pelas escolas estarão sujeitos a ela. Para esse fim, sempre que uma escola contrata um serviço, deve garantir que o provedor de serviços está em conformidade com o COPPA (BAVITZ, Christopher; GUPTA, Ritu; OBERMAN, Irina; RITVO, Dalia. *Privacy and Children's Data – An Overview of the Children's Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act. Berkman Center Research Publication No. 23*, [S.l.], nov. 2013. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2354339>. Acesso em: 20 set. 2021).

³⁹¹ Definido pela lei como compartilhamento, venda, aluguel ou transferência de informações pessoais a terceiros.

³⁹² Definido pela lei, de forma geral, como a pessoa física ou jurídica que gerencia *website* ou serviço *on-line*, coletando informações pessoais de seus usuários ou visitantes para diversos fins comerciais.

³⁹³ A lei define suporte ao *website* ou serviço *on-line* como aqueles que servem para manter ou analisar funcionalidade, performance, conformidade e segurança do serviço, autenticidade dos usuários.

³⁹⁴ Nesse sentido, o consentimento dos pais ou responsáveis deve ser assegurado pelo fornecimento pelo operador sobre a coleta e eventual uso ou divulgação de informações pessoais de seus filhos, devendo obter dos representantes autorização **verificável** para qualquer das ações descritas.

4.1. O consentimento dos pais ou responsáveis no COPPA

O COPPA ressalta diversas vezes, ao longo de sua redação, a necessidade de que os pais ou responsáveis tenham conhecimento de todas as condições de oferecimento dos dados pessoais da criança de forma clara e precisa, e de que possam revisá-las constantemente, sempre que entenderem necessário ou que atualizações forem feitas.

De acordo com seus dispositivos, o operador deve, em qualquer caso, assegurar aos representantes legais das crianças que todas as informações obtidas serão protegidas, garantindo confidencialidade, segurança e integridade de todos os dados por ele obtidos.

Ainda nesse sentido, as informações oferecidas com o consentimento dos pais e responsáveis não podem ser utilizadas como condição para participação de jogos com oferecimento de prêmios ou qualquer atividade que exija mais elementos pessoais do que aqueles necessários para participar dessas atividades.

As informações podem ser requeridas de diversas formas e em diversos casos. Pode ocorrer de o próprio operador desejar informar aos pais ou responsáveis sobre o uso de sua plataforma pelos seus representados, bem como a possibilidade de requerer dados pessoais dessas crianças.

Para tanto, é possível que requeiram às crianças as informações sobre o contato dos pais ou responsáveis. Diante desse caso, deverá o operador notificar: i) que coletou as informações de contato dos pais ou representantes por intermédio da criança, e que entrou em contato para informar que seus filhos ou representados fazem uso do *website* ou serviço *on-line* do operador; ii) caso venham a necessitar de dados pessoais de seus filhos, que necessitam de sua aprovação para tanto; iii) que os dados de contato dos pais ou representantes coletados pelo operador não poderão ser usados para outro fim descrito; iv) que os pais ou representantes podem recusar a permissão do uso do *website* ou serviço *on-line* ou a coleta e o uso de dados pessoais da criança, bem como que seus contatos podem ser excluídos, caso manifestem vontade. Na última hipótese, deverá o operador informar a maneira como se fará a exclusão; v) que enviou um *hyperlink* com aviso sobre as práticas utilizadas na coleta dos dados pessoais da criança, inclusive sobre a parte do *website* ou serviço *on-line* requerida.

No mesmo sentido, caso o operador já tenha obtido as informações de contato dos pais ou representantes por intermédio da criança³⁹⁵ e pretenda adquirir mais dados pessoais para o

³⁹⁵ Em ambos os casos, o mero requerimento do contato *on-line* dos pais ou responsáveis para assegurar a segurança da criança diante do uso do serviço *on-line* ou *website* do operador, ou ainda para solicitar novos dados

uso do *website* ou serviços *on-line*, deverá também requerer o consentimento deles. Se os pais ou responsáveis não responderem em tempo razoável, deverá o operador deletar as informações de contato de seus registros.

Por fim, enfatiza-se que o consentimento dos pais e responsáveis deve ser verificável, além de retratável, o que torna necessário ao operador possibilitar que ele se dê de forma descomplicada e rápida. Ademais, tal consentimento deve ser parcial, permitindo que os pais ou responsáveis consentam com a coleta e o uso dos dados pessoais da criança e proibindo que sejam divulgados a terceiros³⁹⁶.

4.2. Métodos verificáveis de obtenção do consentimento

O COPPA trouxe disposição expressa em relação aos métodos utilizáveis para a verificação dos esforços na obtenção do consentimento dos pais. São eles:

- os esforços em utilizar todos os métodos necessários na busca da autorização, levando em conta o uso de todas as tecnologias disponíveis na atualidade. Nesse sentido, é preciso que seja possível verificar a autoria dos pais na autorização, sempre que possível;
- existindo métodos verificáveis, deverá o operador: oferecer formulário a ser assinado pelos pais e devolvido por e-mail ou escaneado; pedir que os pais tenham controle de notificação dos pagamentos *on-line* feitos via internet, quando possível; buscar o contato dos pais por meio de videochamada ou telefonema gratuito, entre outros.

Nota-se que os parâmetros e as orientações utilizados pelo COPPA podem perfeitamente nortear a compreensão do dispositivo nacional em comento, especialmente quanto à forma de coleta do consentimento dos pais e dos adolescentes.

pessoais de seus filhos/representados, não exige o consentimento de seus responsáveis. Ainda nesse sentido, também é dispensado seu consentimento caso o uso do contato tenha intenção de prover informação de cunho judicial, de previsão legislativa, para prover informações a agências públicas ou para fins de investigação no âmbito judicial.

³⁹⁶ Importante notar que, embora a regulação geralmente não se aplique a informações pessoais coletadas de pais sobre seus filhos, como prática recomendada os operadores devem salvaguardar informações obtidas dos pais da mesma forma que fariam se fossem coletadas diretamente de uma criança. No mínimo, espera-se que eles mantenham a confidencialidade das informações coletadas dos pais quando fornecem consentimento para a liberação de informações de seus filhos ou quando revisam as informações coletadas de seu filho (BAVITZ, Christopher; GUPTA, Ritu; OBERMAN, Irina; RITVO, Dalia. Privacy and Children's Data – An Overview of the Children's Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act. **Berkman Center Research Publication No. 23**, [S.l.], nov. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354339>. Acesso em: 20 set. 2021).

4.3. Os programas *Safe Harbor*

O COPPA inclui disposição que permite que grupos do setor da mídia publicitária e outros similares criem programas de autorregulação complementares ao guia da comissão. Nesse sentido, exige que a classe apresente proposta a ser analisada de acordo com os requisitos exigidos no próprio código.

Nesse cenário, é válido destacar que o Children's Advertising Review Unit (CARU), conforme analisamos, é uma forma de autorregulação responsável por proteger as crianças da publicidade enganosa e abusiva, além de garantir o uso seguro dos menores de 13 (treze) anos na internet, tendo incluído o programa *Safe Harbor* como uma extensão do COPPA, a fim de garantir que as empresas cumpram suas diretrizes e protejam os interesses das crianças.

Assim, estando em conformidade com tal programa, os participantes que aderem a eles estão de acordo com o COPPA e sobretudo protegidos de ações coercitivas da Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos (Federal Trade Commission).

Para que um programa *Safe Harbor* tenha validade, a proposta poderá ser apresentada ao COPPA, que publicará o documento no Registro Federal, para que a opinião pública tenha chance de se manifestar. Após a submissão da proposta, a comissão tem 180 (cento e oitenta) dias para apresentar análise do projeto.

Deve a comissão avaliar:

- se o programa sugerido dispõe de regras iguais ou ainda mais abrangentes em relação à proteção das crianças que as garantidas pelo COPPA;
- a adoção de mecanismo obrigatório e efetivo para avaliação independente do cumprimento das diretrizes do programa de autorregulação. O mecanismo deve conter revisão abrangente e anual sobre as políticas e práticas, além das representações dos operadores participantes;
- se foram implementadas ações disciplinares por não conformidade das regras pelos operadores sujeitos às diretrizes do programa de autorregulação. Nessa perspectiva, tais ações poderão ser relatadas em relatórios públicos³⁹⁷ das medidas tomadas contra os operadores infringentes, com reparação ao consumidor, pagamento voluntário ao tesouro americano ou encaminhamento de relatório ao COPPA sobre

³⁹⁷ As ações retratadas no COPPA não são taxativas. Dessa forma, caberá a análise do caso concreto, sendo possível a adoção de outras ações disciplinares mais efetivas que as descritas no código.

os operadores que adotam padrão ou prática de violação de diretrizes da autorregulação.

4.3.1. Requisitos exigidos para o pedido de aprovação do programa

Para que seja apresentado programa de *Safe Harbor* compatível e passível de autorização pelo COPPA, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- demonstração detalhada do modelo de negócios do setor responsável pelo programa, além das tecnologias e dos mecanismos disponíveis para a avaliação dos operadores sujeitos, tanto na implantação quanto durante a vigência do programa de *Safe Harbor*;
- cópia do texto completo do código submetido à aprovação;
- comparação das regras que apresentam correspondência com as disposições do COPPA, além da demonstração de que os dispositivos refletem as regras da Comissão.

Nesse sentido, importante ressaltar que, ainda que um programa seja aprovado pela Comissão, ele deverá se submeter a nova aprovação sempre que novas regras e mudanças forem propostas.

4.3.2. Deveres dos programas de *Safe Harbor* aprovados

Os programas aprovados deverão, anualmente, submeter à Comissão um reporte, contendo os resultados das avaliações realizadas e sanções aplicadas aos operadores. Além disso, devem atender a todas as demandas da Comissão em relação às informações adicionais possivelmente requeridas e manter registros das reclamações recebidas de consumidores, das sanções aplicadas e propostas de mudanças já submetidas à Comissão, durante a vigência dos programas.

4.3.3. Revogação da concessão do programa autorregulatório

O COPPA pode, a qualquer tempo, revogar as aprovações concedidas aos programas sempre que concluir que implantam condutas e códigos em desacordo com a Comissão. Programas de *Safe Harbor* que foram aprovados antes da publicação da emenda de março de

2013 devem submeter suas regras à Comissão novamente, a fim de provar sua conformidade com as regras atuais do documento.

Parte 07

- Qual o fundamento político e jurídico para a proteção da criança e do adolescente em relação à publicidade e às práticas comerciais abusivas?

Conforme os fundamentos apresentados no trabalho, parte-se da ideia de que os direitos fundamentais devem ser garantidos a todos indistintamente, já que são esses direitos que assegurarão ao indivíduo o desenvolvimento de suas capacidades e de sua autodeterminação.

No entanto, os mesmos direitos podem sofrer restrições, que só serão aceitas quando houver conflitos entre as diversas liberdades (sempre com o objetivo maior de proteger o sistema global de liberdades) e nas ocasiões em que as restrições forem necessárias para que a pessoa possa gozar das liberdades individuais.

Adotando essa concepção política, entende-se que os direitos fundamentais devem ser construídos sempre com vistas a garantir a maior liberdade possível, sendo admissíveis restrições quando houver conflito entre as diversas liberdades individuais.

A teoria liberal dos direitos fundamentais é alicerçada no princípio distributivo, segundo o qual o **Estado deve justificar a intervenção, e não o indivíduo o uso da sua liberdade**. Outro princípio que precisa ser observado é o da estrita separação entre a atividade de legislar e de aplicar o direito. Esse é o fundamento da Lei de Liberdade Econômica e a orientação seguida para o desenvolvimento desse trabalho.

Partindo do pressuposto do Estado Liberal, devemos estabelecer critérios racionais para legislar a respeito da proteção da criança em relação à publicidade de modo a estabelecer restrições aos fornecedores de produtos e serviços que visam à tutela da liberdade e da

autonomia da criança e do adolescente consumidores. Esses critérios racionais, portanto, não podem ser moldados na ideia de bem-estar e de felicidade, mas na proteção da Pessoa. Além disso, as restrições também são fundamentadas no dever de segurança na colocação de produtos e serviços considerados seguros no mercado de consumo.

Este é o fundamento proposto: toda proteção da infância e juventude deve ser baseada na teoria das incapacidades, nas liberdades individuais e no direito à autodeterminação progressiva de crianças e adolescentes. Ou seja, restrições podem ser impostas pelo Estado aos fornecedores por meio da lei, e em razão da especial vulnerabilidade em que aqueles se encontram, para garantir a liberdade de escolha do consumidor mirim.

Em relação ao tema do estudo, há flagrante coalisão entre direitos fundamentais. De fato, o art. 5º da Constituição Federal garante o direito à liberdade, à livre expressão do pensamento e à autodeterminação.

De um lado, temos, portanto, o direito dos fornecedores à liberdade de produção de bens e serviços para atender às demandas dos consumidores e anunciá-los no mercado de consumo. De outro lado, temos o direito à liberdade da criança e do adolescente na escolha dos produtos, o direito à autodeterminação da pessoa e da família, ficando-lhes asseguradas a intimidade e a vida privada.

Sem dúvidas, o direito à liberdade de expressão, comunicação e econômica do fornecedor entra, muitas vezes, em colisão com o direito à liberdade de escolha dos infantes: a ausência de capacidade plena para escolha dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo impede que menores, sem o devido auxílio dos seus pais, possam manifestar plenamente a sua vontade para exercer a sua liberdade de escolha.

Estamos, portanto, diante de um grande desafio que se traduz na necessidade de solução de aparente antinomia. Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo imprescindível a harmonização entre eles de modo a conceder a cada um dos direitos maior amplitude possível, devendo ser buscado o ponto de coexistência entre ambos de forma que cedam reciprocamente em prol da convivência.

Além da concordância prática, o critério de razoabilidade e proporcionalidade deve ser utilizado de forma a harmonizar os interesses dos fornecedores e consumidores: o princípio da razoabilidade e proporcionalidade determina que as normas constitucionais sejam interpretadas de maneira razoável e proporcional, de modo que os meios utilizados sejam adequados aos fins perseguidos pela norma, devendo o intérprete buscar conceder aos bens jurídicos por ela tutelados a aplicação mais justa e equânime possível.

A questão não é simplista e requer grande esforço e racionalidade para se chegar a uma solução minimamente adequada, tendo em vista que estamos nos referindo aos direitos fundamentais (de fornecedores e consumidores), duramente defendidos pela sociedade ao longo de anos.

Em relação ao tema das classificações indicativas, o ordenamento jurídico brasileiro é relativamente bem desenvolvido, com critérios delineados e sempre respeitando a autodeterminação da família, a proteção da vontade do menor e a liberdade de expressão dos fornecedores. Já em relação à publicidade dos produtos voltados para a criança e o adolescente, não há a mesma clareza de interpretação, devendo ainda ser amplamente discutida.

- Quem são as crianças e os adolescentes para os fins da nossa legislação?

Os destinatários da proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do seu art. 2º, *caput*, são as crianças e os adolescentes. Para os fins de aplicação da lei, criança é a pessoa que tenha de 0 (zero) até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente é a pessoa que tenha entre 12 (doze) anos completos até 18 (dezoito) anos incompletos.

Conforme o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990), entende-se por criança todo ser humano que tenha menos de 18 (dezoito) anos, salvo se, em conformidade com a lei aplicável, a maioria seja alcançada antes.

O critério adotado pela lei é o cronológico, ou seja, tendo completado 12 (doze) anos, a criança passa a ser considerada adolescente; tendo completado 18 (dezoito) anos, a pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil, e imputável no direito penal.

Poder-se-ia ter adotado o critério psicológico, situação em que seria analisada a capacidade de entendimento e consciência da pessoa para dizer se deve ser considerada capaz de direitos e obrigações ou se se poderia imputar a ela uma conduta criminosa, mas essa não foi a opção do legislador.

A distinção feita entre crianças e adolescentes pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem especial importância para a aplicação de medidas de proteção ou medidas socioeducativas. As medidas protetivas são aplicáveis às crianças e aos adolescentes nas ocasiões em que estes estiverem em situação de risco (art. 98 e art. 101 do ECA). Já as medidas socioeducativas são aplicáveis aos adolescentes quando da prática de ato infracional (rol taxativo do art. 112 do ECA). Caso a criança pratique um ato infracional, somente poderá ser aplicada a ela uma medida protetiva.

Outra distinção essencial diz respeito ao consentimento da criança ou do adolescente na hipótese de colocação em família substituta. Deve o juiz, nessas circunstâncias, ouvir a criança e o adolescente respeitando o seu grau de discernimento e compreensão da medida. No entanto, caso a medida recaia sobre o adolescente, este deverá, além de ouvido, consentir com a medida.

- Quem são os agentes responsáveis pela proteção da criança e do adolescente no que concerne à publicidade e às práticas comerciais abusivas?

Na forma do art. 227 da Constituição Federal, a responsabilidade pelo cuidado de crianças e adolescentes é da família, da sociedade e do Estado.

Em relação à **família**, a *parentalidade responsável* está prevista no art. 226, § 7º, da Constituição Federal e traz a ideia inerente às consequências do exercício do direito reprodutivo pelas pessoas, na plenitude da capacidade de fato, representando a assunção de deveres parentais em decorrência da reprodução.

Em complemento ao mandamento constitucional, o Código Civil, a partir do art. 1.583, traz uma série de regras sobre o direito de família e a proteção da pessoa dos filhos, definindo as relações de parentesco, a adoção, o exercício do poder familiar, os alimentos e o direito assistencial, nestes inserindo os alimentos e a assistência que é devida aos pais em relação aos filhos e aos filhos em relação aos pais.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente complementa a disciplina do Código Civil, trazendo regras sobre o direito à convivência familiar, sobre a família natural e substituta, bem como oferecendo medidas em relação aos pais e responsáveis caso estes descumpram com suas obrigações familiares.

O exercício do poder familiar é conferido aos pais, que devem exercê-lo de forma igualitária, e definido pela doutrina como o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa dos filhos menores para que possam desempenhar a responsabilidade que a lei lhes impõe, tudo com vistas à proteção dos filhos.

Esses deveres estão desenhados no art. 1.634 do Código Civil, que trata do poder familiar e estabelece a competência dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, para dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O exercício do poder familiar tem como objetivo a proteção do ser humano, que, em razão da sua natural vulnerabilidade, precisa de cuidados especiais para a própria sobrevivência. O Estado determina regras em relação ao exercício do poder familiar justamente para garantir aos infantes o pleno exercício dos direitos fundamentais à vida, saúde, liberdade e outros tantos elencados na Carta Magna.

É dever dos pais garantir a educação e criação por meio da imposição de limites necessários a uma saudável convivência em sociedade e com a família e à proteção da vida e saúde das crianças. É árdua a tarefa dos pais.

Embora muitas críticas possam (e devam) ser tecidas em relação à forma como os pais educam seus filhos, não caberia ao Estado determinar, por meio de lei, questões éticas, morais e religiosas nesse âmbito, salvo nas hipóteses em que os direitos fundamentais da criança não estejam sendo observados pelos pais.

O art. 1.634, I, do Código Civil impõe aos pais o dever de criar e educar seus filhos: cumpre aos pais dirigir a criação e educação dos filhos. Percebe-se que a lei, de forma acertada, não define de que maneira os pais devem educar e criar seus filhos. Os modelos de educação dependem, evidentemente, da experiência dos pais, da cultura em que está inserida a família e do contexto histórico a que estamos nos referindo.

Já afirmamos a responsabilidade dos pais em relação à educação dos filhos. Essa responsabilidade não se limita aos aspectos técnicos e teóricos do aprendizado e deve ser estendida aos aspectos éticos, culturais e, evidentemente, ao consumo. Também é dever dos pais ensinar os filhos a lidar com as questões que envolvem a sociedade de consumo.

Segundo Gilles Lipovetsky³⁹⁸, a epidemia “hipermoderna do mal-estar” está diretamente relacionada à educação familiar, que deixou de ser a educação tipo tradicionalista e autoritária e foi substituída pela educação psicologizada, sem obrigação nem punição, voltada à felicidade imediata dos filhos, sem pensar nas consequências disso a longo prazo.

Ainda segundo o autor, os pais deixaram de disciplinar seus filhos, permitindo que estes não sintam insatisfação, frustração e infelicidade; muitas vezes deixam de disciplinar para evitar desgastes e conflitos e evitam a situação constrangedora de dizer “não”. A consequência disso é a ausência de limites, de noção de respeito ao próximo (e aos próprios pais), e a sujeição dos pais em satisfazer os desejos dos filhos.

Sem dúvida, essa educação “psicologizada” trouxe profundas mudanças na personalidade dos indivíduos, influenciando diretamente o consumo infantil. É preciso ensinar crianças e adolescentes a lidar com o dinheiro, a ter educação financeira, a consumir conforme suas necessidades e possibilidades e a lidar com as frustrações daí advindas. Evidentemente, apesar do grande peso da educação familiar, essa responsabilidade não é só parental, estendendo-se também ao Estado e à sociedade.

³⁹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. P. 202.

Entre as regras para o exercício do poder familiar, dispõe o art. 1.634, IV, do Código Civil que os pais têm o dever de exigir que os filhos “lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Tendo em vista a autonomia progressiva da criança e do adolescente, o dever de obediência garante aos pais o efetivo exercício do poder familiar, dirigindo a vida dos filhos, e faz parte da educação destes.

O dever de obediência também traz sérios reflexos em relação ao mercado de consumo: a definição sobre a compra de produtos e serviços caberá aos pais, que poderão, por sua vez, oferecer margem de autonomia aos seus filhos.

Além da responsabilidade dos pais, a Constituição Federal impõe à **sociedade** o dever de cuidado em relação a crianças e adolescentes. É por essa razão que, no mercado de consumo, o fornecedor tem especial responsabilidade atribuída pela lei para com a proteção dos infantes.

Para que haja a proteção integral da criança e do adolescente, todas as regras inseridas no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser respeitadas pelos fornecedores, em especial o respeito à regulação e autorregulação publicitária.

Em relação ao **Estado**, conforme acima dissemos, cabe regulamentar a proteção da infância sempre com fundamento na teoria das incapacidades, nas liberdades individuais e no direito à autodeterminação progressiva de crianças e adolescentes.

- Qual o conceito de publicidade infantil? Qual o conceito de prática comercial abusiva?

O conceito de marketing é permanentemente revisitado pelos profissionais da área e da neurociência. Para Semenik e Bamossy, “marketing é uma filosofia de negócios”³⁹⁹, trazendo, portanto, a ideia de que a promoção de produtos e serviços da empresa tem como propósito fundamental a satisfação das necessidades de seus clientes.

Kotler, por sua vez, amplia esse conceito e define marketing como “um processo social e gerencial através do qual indivíduos e grupos obtêm aquilo que desejam e de que necessitam, criando e trocando produtos e valores uns com os outros”⁴⁰⁰. Para o autor, o marketing está diretamente relacionado à conquista do cliente e à manutenção dos relacionamentos com ele.

Além disso, a meta do marketing é atrair novos clientes, buscando sempre a maximização dos valores e a satisfação de todos os clientes, atendendo às necessidades e demandas dos consumidores, criando-se um elo entre empresa e cliente, com objetivo de gerar valores mútuos.

Em outra obra, denominada *Marketing 4.0*, o mesmo autor defende a ideia de que o mundo e o cenário dos negócios estão se tornando mais horizontais, inclusivos e sociais e que o marketing deve se adaptar à nova realidade da economia digital, sendo que o papel do marketing passa a ser o de guiar o cliente por uma jornada de consumo denominada pelo autor “os cinco As”: assimilação, atração, arguição, ação e apologia. O objetivo do marketing 4.0 seria o de conduzir o consumidor da assimilação à apologia, não apenas demonstrar o produto e incitar desejo nos consumidores.

Neuromarketing é a aplicação da neurociência ao marketing, que busca compreender o funcionamento do cérebro e ajuda a desvendar a razão pela qual escolhemos determinadas marcas. Como uma nova luz, os conceitos do neuromarketing surgem para entender o que realmente se passa na mente dos consumidores, e ir muito mais além do que eles dizem nas pesquisas tradicionais.

399 SEMENIK, Richard J.; BAMOSSY, Gary J. **Princípios de marketing**: uma perspectiva global. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 12.

400 KOTLER, Philip; GARY, Armstrong. **Princípios de marketing**. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1998. p. 3.

O neuromarketing passa a analisar o comportamento do consumidor a partir dos estímulos cerebrais, levando em consideração a influência das cores, dos aromas, do *design*, das emoções e do comportamento irracional (ou subconsciente) dos consumidores. Essa nova metodologia ganha cada vez mais espaço no mundo dos negócios, alcança a mente do consumidor e tem uma interpretação mais direta e confiável do que palavras utilizadas no marketing tradicional.

Oferecidas as breves noções acima, verifica-se que o conceito de **marketing** parece mais amplo que **publicidade**. O Código de Defesa do Consumidor insere a regulação da publicidade logo após o conceito de oferta, mas não nos oferece conceito sobre o que entende ser a publicidade.

É possível compreender, a partir dos dispositivos legais, que a lei insere a publicidade tal qual um **anúncio** feito pelo fornecedor, devendo ser observados três princípios: (i) princípio da identificação da publicidade, que visa impelir o anunciante a fazer anúncios publicitários de modo que o consumidor identifique, de plano, que aquilo que está vendo ou ouvindo tem como objetivo convencê-lo a adquirir produto ou serviço disponível no mercado de consumo; (ii) princípio da inversão do ônus da prova, trazendo o dever ao fornecedor de provar que o anúncio é verídico; (iii) princípio da veracidade, que proíbe qualquer tipo de publicidade enganosa (art. 37, § 1º) ou abusiva (art. 37, § 2º), o que reforça o princípio da veracidade, expresso no art. 31 do mesmo diploma legal.

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, sendo que o mesmo não ocorre com relação à publicidade abusiva.

Em relação à publicidade infantil, a dificuldade da doutrina e da jurisprudência está em entender o significado e a extensão da expressão *se aproveite da deficiência de julgamento da criança*⁴⁰¹.

De fato, a norma não proíbe expressamente a publicidade voltada para crianças e adolescentes. No entanto, não há clareza na dicção legal e, por essa razão, é necessário estabelecer critérios de interpretação que estejam de acordo com o ordenamento jurídico e com a Constituição Federal.

⁴⁰¹ A publicidade abusiva é toda “publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º).

Não, portanto, um conceito oferecido pela lei sobre “publicidade infantil”.

A Resolução Conanda 163/2014 proíbe todo “direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente” e conceitua 'comunicação mercadológica' como sendo “toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado” (art. 1º, § 1º). Ainda define que a “comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio, *banners* e páginas na internet, embalagens, promoções, *merchandising*, ações por meio de *shows* e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas”.

Nota-se, portanto, que pela resolução, qualquer forma de **marketing** de produtos infantis estaria proibida, já que a mera rotulagem de um produto infantil configura “comunicação mercadológica”.

Por outro lado, o Código de Autorregulação Publicitária, em seu art. 37, utiliza a expressão **publicidade**, referindo-se aos **anúncios** de produtos destinados a crianças e adolescentes, condenando toda ação de *merchandising* ou publicidade indireta que empregue crianças, elementos do universo infantil e outros artifícios que tem a finalidade deliberada de captar a atenção desse público específico.

Dessa forma, sugere-se compreender a expressão **publicidade infantil** como sendo **anúncio** ou ação de *merchandising* de produtos destinados ao público infantil. Qualquer outra forma de marketing que envolva os produtos infantis deve ser analisada à luz das práticas comerciais abusivas estabelecidas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

- Quais são os limites e critérios de intervenção do Estado para a proteção da criança e do adolescente no que diz respeito à publicidade conforme a legislação brasileira?

O art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, dispõe que é livre a manifestação do pensamento e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. No mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu art. 220, proíbe a restrição à manifestação do pensamento, à liberdade de criação, expressão e informação, bem como qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Esse dispositivo constitucional abrange, portanto, a **liberdade de expressão e pensamento**, a **liberdade de informação** e a **liberdade de comunicação social**.

São previstas na própria constituição algumas intervenções estatais relativas à comunicação social. Com o objetivo de proteção da infância e da juventude, há reservas expressas nos §§ 3º e 4º, do art. 220, relativas às classificações indicativas de shows, teatros, cinemas e programação televisiva.

De fato, a liberdade de comunicação social, garantida pelo art. 220, legitima a União a regular as diversões e espetáculos públicos, devendo informar a natureza, as faixas etárias a que se recomendem, os locais e horários adequados. É, ainda, dever da União estabelecer meios para que os pais possam efetivamente exercer o poder familiar diante dos entretenimentos colocados à disposição no mercado de consumo.

Em relação à publicidade, o art. 220, § 4º, da Constituição Federal estabelece restrições expressas à publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias, devendo conter, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. A Lei 9.294/1996, regulamentou o dispositivo constitucional restringindo fortemente a publicidade dos produtos nela mencionados. Tais restrições são fundamentadas na saúde pública dos cidadãos.

Por ora, de se concluir, que a publicidade de produtos e serviços no mercado de consumo está relacionada ao direito de os fornecedores comunicarem a existência de produtos e serviços no mercado de consumo, e que as restrições relativas à publicidade estão vinculadas apenas ao tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxico, medicamentos e terapias.

É de se notar que a Constituição Federal **não veta a publicidade de produtos voltados ao público infantil e não cria qualquer restrição específica para esse público**, nem mesmo relativa aos casos de saúde pública os anúncios de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sódio.

De outra banda, o art. 227 da Constituição Federal garante a proteção integral a crianças e adolescentes e o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, considera abusiva a publicidade “que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”

Sendo a publicidade uma ferramenta de persuasão e sendo a criança e o adolescente hipervulnerável, resta-nos analisar os limites de restrição das liberdades do anunciante e os critérios para determinar a proteção da criança frente aos mecanismos de marketing.

Considerando a hipervulnerabilidade da criança e do adolescente, a legislação nacional, a autorregulação publicitária, brasileira e internacional, sugere-se que as restrições utilizem os seguintes critérios: i) compreensão da mensagem publicitária; ii) respeito ao exercício do poder familiar; iii) respeito aos pares e às demais pessoas em sociedade; iv) proteção da saúde; e v) veracidade da informação publicitária.

Quanto ao primeiro critério proposto, de **compreensão da mensagem publicitária**, decorrente do disposto no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, qualquer mensagem publicitária deve ser de fácil e imediata identificação pela criança. Não se faz necessário que a criança compreenda os mecanismos que movimentam a economia, nem mesmo os fundamentos da sociedade de consumo, mas que entenda a mensagem publicitária como tal⁴⁰².

De fato, a criança deve distinguir, por exemplo, a programação televisiva da mensagem publicitária. Ademais, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária proíbe, em seu art. 37, I, “utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia”, e “apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares”. Já o inciso II do mesmo dispositivo estabelece que o anunciante respeite a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo e que ofereça atenção

⁴⁰² Aqui devemos fazer uma nota importante. Parte expressiva da doutrina brasileira faz uso do argumento de que crianças que tenham menos de 8 (oito) anos não conseguem compreender o **caráter persuasivo da mensagem publicitária**. Essa afirmação está fundamentada na obra de Jean Piaget, para quem a criança adquire capacidade cognitiva apenas a partir da idade mencionada. No entanto, conforme tratamos no estudo, o comportamento do consumidor mirim é influenciado por inúmeros fatores, não apenas pela publicidade, o que não requer pleno desenvolvimento das capacidades cognitivas para compreendê-la.

especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento.

Mais ainda, a publicidade deve **respeitar exercício de poder familiar dos pais**, nos termos do art. 1.634 do Código Civil, especialmente quanto aos incisos I – “dirigir-lhes a criação e a educação” – e IX – “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Nesse sentido, o inciso I do art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária obriga o anunciante a abster-se de: empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto; provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo. Já o inciso II do mesmo dispositivo obriga o anunciante a procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo.

O **respeito aos pares e às demais pessoas em sociedade** também deve ser um dos critérios para orientar o anunciante, visto que as crianças estão em fase de formação dos seus valores. Também nesse sentido, há previsão expressa no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, devendo o anunciante abster-se de “desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente”, “provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto”, “impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade” e “estimular comportamentos socialmente condenáveis”.

Outro critério orientador da publicidade infantil deve ser a **proteção da saúde** (física e psíquica), tudo com fundamento na Constituição Federal, no art. 6º, I, e nos demais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Bom exemplo de proteção da saúde está na Lei nº 9.294/1996, que regulamenta a publicidade de bebidas alcoólicas e produtos fumígenos.

Na mesma linha, o Conar proíbe ao anunciante “associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis”, “utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo”. Ademais, devem os anunciantes “obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo”.

Por fim, a **veracidade da informação publicitária** deve ser parâmetro a ser observado, não podendo a publicidade ser enganosa, seja por ação, seja por omissão, tudo nos termos do art. 37, I, do Código de Defesa do Consumidor.

- Como os países da União Europeia, o Reino Unido e os Estados Unidos regulam o tema e sob quais perspectivas essa regulação se dá?

A regulamentação da publicidade infantil nos países da União Europeia, no Reino Unido e nos Estados Unidos foi estudada na parte 03 do trabalho. Em resumo, quanto ao tema, afirma-se:

As diretivas da União Europeia tratam da publicidade de forma dispersa e em diferentes documentos, **não havendo uma diretiva específica sobre publicidade dirigida à criança**. No entanto, em diversos documentos, há regulação sobre a publicidade e comunicação social, conforme demonstrado a seguir:

- Diretiva 89/552/CEE (de 3 de outubro de 1989), relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros referentes ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva;
- Diretiva 97/36/CEE (de 30 de junho de 1997) altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros referentes ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva;
- Diretiva 2005/29/CEE (de 11 de maio de 2005), relativa às práticas comerciais desleais das empresas em face dos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CEE, 98/27/CEE e 2002/65/CE e o Regulamento (CEE) n° 2006/2004 (diretiva relativa às práticas comerciais desleais);
- Diretiva 2006/114/CEE (de 12 de dezembro de 2006), relativa à publicidade enganosa e comparativa;
- Diretiva 2007/65/CEE (de 11 de dezembro de 2007) altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros.

A **Diretiva 89/552/CEE**, alterada pela **Diretiva 97/36/CEE** e pela **Diretiva 2007/65/CEE**, expressa, *grosso modo*, a preocupação com a liberdade de emissões televisivas e, ao mesmo tempo, demonstra forte preocupação em regulamentar as classificações indicativas e publicidade em toda a comunidade europeia. Proíbe a publicidade clandestina, a publicidade

de cigarros e de outros produtos à base de tabaco e a publicidade de medicamentos e terapias. Regulamenta a publicidade de bebidas alcoólicas,

Em atenção específica às crianças e aos adolescentes, o art. 16 da Diretiva dispõe que a mensagem publicitária não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a proteção desses mesmos menores: i) Não deve incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, para a compra de um determinado produto ou serviço; ii) Não deve incitar diretamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão; iii) Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas; iv) Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.

A **Diretiva 2005/29/CEE**, alteradora da **Diretiva 89/522/CEE**, regulou, entre outros assuntos, as práticas comerciais desleais em face dos consumidores. Expressamente, o art. 5º considera práticas comerciais desleais aquelas contrárias às exigências relativas às diligências profissionais ou que distorcem ou são suscetíveis de distorcer o comportamento económico 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 influenciar o comportamento de grupos particulares, em razão de doença mental ou física, idade ou credulidade, devendo os profissionais efetuarem avaliação e previsão dos seus comportamentos do ponto de vista dos membros médios desse grupo.

Em relação ao *puffing*, o 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 proíbe a publicidade ou as práticas comerciais dirigidas ao público infantil.

A Diretiva **2005/29/CE** reforça, portanto, o art. 16 da Diretiva **89/552/CEE**, para que a ingenuidade e a credulidade da criança não sejam exploradas pelos fornecedores e, ainda, para

reafirmar a ideia de grupo especialmente vulnerável em face do mercado de consumo, com necessidade de proteção especial.

A **Diretiva 2006/114/CE**, por sua vez, trata da publicidade enganosa e comparativa e preocupa-se, de maneira mais clara, com as questões relacionadas à concorrência entre os fornecedores e a forma pela qual os consumidores recebem as informações em anúncios. Define publicidade enganosa como a publicidade que, de diversas formas, **induz ou pode induzir a erro as pessoas a quem se dirige**, ou ainda que afeta o comportamento econômico diante do anúncio, em virtude do caráter enganoso, que pode prejudicar o concorrente.

Verifica-se, mais uma vez, a ideia de que o público-alvo deve ser observado para que a publicidade não seja considerada enganosa, o que leva à compreensão de que os anúncios precisam observar a linguagem correta a se utilizar com o consumidor que desejam atingir. Nesse ponto, vale notar que não há proibição de publicidade comparativa de produtos destinados às crianças, que não é considerada enganosa *per si*, mas, a depender da forma e linguagem pela qual é veiculada, pode sim ser considerada enganosa.

Por fim, a **Diretiva 2007/65/CE**, que alterou a já mencionada **Diretiva 89/552/CEE**, insere, no item 37 das considerações preliminares, a necessidade de educar os consumidores para mídia, visando “as competências, os conhecimentos e a compreensão que permitem aos consumidores utilizarem os meios de comunicação social de forma eficaz e segura”.

Já no item 44, demonstra preocupação com os conteúdos inadequados a crianças e adolescentes, determinando, no item 45, aos Estados-membros manter “o cuidado de estabelecer um equilíbrio entre as medidas tomadas para proteger o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana e o direito fundamental à liberdade de expressão consagrada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tais medidas, que poderão consistir no uso de números de identificação pessoal (códigos PIN), em sistemas de filtragem ou na identificação, deverão, pois, ter por objectivo garantir um nível adequado de protecção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e da dignidade humana, especialmente no que respeita aos serviços de comunicação social audiovisual a pedido”.

E continua: “a Recomendação relativa à protecção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta já reconhece a importância dos sistemas de filtragem e identificação e inclui uma série de medidas possíveis em prol dos menores, como a disponibilização sistemática junto dos utilizadores de um sistema de filtragem eficiente, susceptível de actualização e de fácil utilização quando da assinatura de um serviço fornecedor de acesso, ou a protecção do acesso a serviços especificamente destinados a crianças com sistemas de filtragem automática”.

Já no item 46, determina-se aos fornecedores de serviços de comunicação social orientação quanto à proibição de difusão de pornografia infantil, e o item 47 dispõe que nenhuma das disposições introduzidas na Diretiva respeitantes à proteção dos menores “exige necessariamente que as medidas tomadas para proteger esses interesses devam ser aplicadas através do controlo prévio dos serviços de comunicação social audiovisual por entidades públicas”.

Verifica-se, portanto, que a Comunidade Europeia traz importantes nortes para a proteção da criança em relação aos aspectos da publicidade e das práticas comerciais abusivas.

Importante notar, no entanto, que cada país integrante da comunidade pode definir suas próprias regras relativas ao tema, e, de fato, cada um traz o seu sistema próprio de regulação.

No **Reino Unido**, através da correção, o governo atua junto com o órgão de autorregulação da publicidade, em um esforço conjunto a fim de se alcançar regras sólidas de publicidade no território.

O Ofcom é o órgão governamental que regula a publicidade, existindo ainda a Advertising Standards Authority (ASA), o Committees of Advertising Practice (CAP) e o Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP), organizações não governamentais que atuam junto a este na instituição e aplicação das regras sobre publicidade.

O Código de Publicidade do comitê CAP (denominado *CAP Code*) prevê a necessidade de se observar fatores como idade, experiência e contexto em cada mensagem publicitária enviada para crianças. Nesse sentido, mensagens publicitárias que podem ser direcionadas para adolescentes não são, em alguns casos, aceitáveis para crianças pequenas. Assim, a ASA leva alguns fatores em consideração na análise do cumprimento das regras contidas no Código. Nesse sentido, frisamos que o Código de Publicidade (*CAP Code*) definiu como criança o indivíduo de até 16 (dezesseis) anos de idade.

As principais disposições do *CAP Code* acerca da proteção da publicidade infantil observam os seguintes parâmetros:

- proteção da integridade física e mental;
- respeito à credulidade e inocência da criança;
- respeito à autoridade parental.

Quanto à **proteção de sua integridade física e mental**, as publicidades voltadas para crianças não podem ter conteúdo que resulte em danos físicos, mentais ou morais, razão pela

qual as crianças não podem ser encorajadas a entrar em lugares ou conversar com pessoas a ela estranhas.

Além disso, não deverão ser mostradas em conteúdo publicitário que exponha situação ou comportamento perigoso, a não ser que seja para promover alerta sobre questões de segurança, nem poderão ser exibidas andando sozinhas pela rua, a menos que tenham idade suficiente para tanto.

Da mesma forma, não podem submeter-se ao uso ou estar próximas de equipamentos ou substâncias impróprias sem a supervisão de um adulto, não devendo, ainda, serem encorajadas a tomar atitudes que possam lhes trazer danos.

Há também previsão quando há venda a distância, que podemos interpretar como a que ocorre em meio eletrônico ou mídia a distância. Nesse sentido, a publicidade deverá atentar-se ao uso das mídias utilizadas por jovens e crianças ao ofertar produtos, para que não seja oferecido conteúdo inapropriado aos usuários daquele meio de comunicação.

Em relação ao **respeito à credulidade e inocência da criança**, a publicidade não poderá usar de sua falta de experiência para fazê-la sentir-se inferior por não adquirir o produto ofertado, ou, ainda, sentir-se desleal ou irresponsável por não encorajar outras pessoas a comprá-lo. Além disso, devem ser facilmente identificáveis as dimensões, a performance e as características do produto objeto da publicidade, distinguindo a fantasia da realidade.

No mesmo sentido, publicidades direcionadas ao público infantil não podem exagerar no resultado alcançado na utilização do produto nem explorar suscetibilidade da criança à apelação pela caridade, explicando a extensão e a parcela destinadas a tal fim.

A permissão de adultos deve ser obtida antes de a criança comprometer-se a uma compra complexa ou cara. Além disso, a **autoridade dos pais e tutores deverá ser respeitada em todas as situações**. Assim, a publicidade dirigida à criança não deverá encorajá-la a perturbar os pais ou outros adultos ou, ainda, minar sua autoridade. Da mesma forma, não poderá incitar o público infantil a comprar um produto ou persuadi-lo a pedir aos pais ou a outros adultos que o comprem.

Já para publicidades sobre promoções incluindo prêmios, deverá deixar clara a necessidade da permissão dos pais para participação da criança, evitando o conflito com a autoridade dos pais. Nesse sentido, a publicidade deve, ainda, conter a data de encerramento da promoção, bem como não exagerar no valor do prêmio ou nas chances de ganhá-lo. Por fim, a promoção que inclui a compra antecipada de produto para sua efetividade não pode ser endereçada diretamente à criança.

Quanto às regras de promoção de dietas e produtos alimentícios, deve a publicidade incorporar todas as medidas impostas pelo manual de recomendações sobre prevenção, identificação, avaliação e gerência do sobrepeso e obesidade em crianças e adultos, publicado pelo “Health and Care Excellence”. Além disso, o *CAP Code* traz disposições específicas sobre o tema, especialmente em razão da problemática acerca da obesidade infantil em todo o Reino Unido (o assunto será mais bem tratado na próxima seção).

Entre as regras, está a proibição de publicidade para fórmulas infantis, exceto aquelas que tratem de pré-venda ou que sejam realizadas em prol de estudos científicos.

Já os produtos considerados de **alta caloria, gordura, açúcar** ou **sal** (chamados pelos britânicos pela sigla **HFSS**, ou *Hight in Fat, Salt or Sugar products*) são assim estudados e classificados pelo Departamento de Saúde sobre perfis nutricionais, que dispõe em sua página na internet as propriedades dos alimentos.

Algumas regras são impostas pelo *CAP Code* **em relação a dieta e estilo de vida**. Nesse sentido, a publicidade não pode incitar dietas de má qualidade nutricional ou desencorajar hábitos alimentares saudáveis, como a escolha diária por frutas e legumes variados, conforme o recomendado por médicos e especialistas.

Em relação às **ofertas promocionais** (práticas comerciais, conforme linguagem utilizada no Brasil), tais como a inclusão de brindes, entrega de amostras grátis, entre outras, o *CAP Code* determina que as comunicações de marketing sempre observem o senso de responsabilidade maior que as questões de saúde e alimentação carregam.

Ademais, os produtos classificados como HFSS não podem incluir as mencionadas ofertas promocionais, **quando endereçadas para crianças da denominada *pre-school* ou *primary school***.

Adicionalmente, em relação ao marketing de produtos alimentícios e bebidas direcionado para os menores de 16 (dezesseis) anos, são regras a serem observadas:

- salvo para os produtos frescos (verduras, legumes e frutas), a comunicação de marketing não pode encorajar a comer ou beber o produto apenas em virtude de uma oferta promocional. Em geral, o alimento deve ser oferecido pelos próprios méritos, sendo a oferta apenas um incentivo, devendo a publicidade ser voltada aos benefícios nutricionais e méritos dele;
- deve, ainda, respeitar a criança, no sentido de não a persuadir a comprar o alimento ofertado de forma urgente, ou encorajá-la a adquiri-lo em quantidade exagerada, através dela mesma ou pelos pais, ou, ainda, a comê-lo de forma exagerada.

Além disso, o **uso de celebridades** e de **personagens licenciadas** populares entre as crianças deve respeitar algumas regras, entre elas: os chamados produtos HFSS divulgados para as crianças na faixa etária de *pre-school* ou *primary school* (ou seja, aos menores de 12 [doze] anos) não podem conter personagens licenciadas ou celebridades famosas entre as crianças. O código deixa claro que a proibição nesse sentido refere-se apenas a comidas e bebidas HFSS. É permitido, no entanto, o uso de personagens criadas pela própria indústria alimentícia, que podem ser exibidos pelos fabricantes para anunciar os seus produtos.

Muito importante notar que personagens licenciadas ou celebridades populares entre crianças podem apresentar declarações genéricas sobre educação, nutrição, educação, segurança, entre outros.

Ainda que as crianças tenham preferências alimentares, os anúncios devem ser feitos de modo a refletir o senso de responsabilidade que o setor demanda, que não deve aconselhar que crianças comprem ou apelem aos seus pais para comprar os produtos ofertados. No mesmo sentido, a publicidade não deve demonstrar inferioridade da criança em comparação com outras, falta de lealdade ou sentimento de decepção caso o produto não seja adquirido.

Os apelos da publicidade também não podem contar com elementos emocionais como medo, lealdade, autoconfiança, nem sugerir que o produto anunciado confere superioridade, tornando a criança mais confiante, inteligente, popular ou bem-sucedida.

Na mesma toada, os anúncios dirigidos às crianças não devem incentivá-las a comprar ou convencer outras pessoas a comprar os produtos ou serviços ofertados, sempre evitando técnicas de pressão ou intimidação a adquiri-los. Assim, em relação aos produtos alimentícios, as comunicações de marketing não podem incitar nas crianças a “pressão para comprar”. Ademais, os produtos e/ou seus preços não devem ser apresentados de modo a parecer às crianças ou suas famílias que podem ser adquiridos pelo infante ou por seus responsáveis com extrema facilidade.

Por fim, os anúncios de produtos HFSS não podem utilizar meio de divulgação se mais de 25% (vinte e cinco por cento) do público-alvo for destinado a menores de 16 (dezesseis) anos.

Já de acordo com o *BCAP Code*, a publicidade dirigida à criança tem como **princípio** o dever de considerar a forma como ela percebe e reage ao marketing, levando em consideração a idade, a experiência e o contexto em que a mensagem é enviada. Esse princípio deve sempre ser ponderado pela ASA ao analisar a conformidade da publicidade. Para os fins do *BCAP Code*, a criança é a pessoa com idade inferior a 16 (dezesseis) anos, assim como no *CAP Code*.

Desde a introdução, o *BCAP Code* já indica a proteção dos jovens expectadores como prioridade, exortando a necessidade de consideração e proteção da criança quando a publicidade: i) for direcionada a ou interessar crianças; ii) apresentar crianças como profissionais ou amadoras; ou iii) influenciar negativamente as crianças, mesmo que a publicidade não seja de interesse delas.

Observa-se que as regras previstas no dispositivo são, no geral, bem parecidas com aquelas que encontramos no referido *CAP Code*. Lembramos, contudo, que a aplicação de um ou outro dependerá do tipo de veículo utilizado pela publicidade para levar sua mensagem, conforme esclarecido anteriormente.

Nesse sentido, os critérios do *BCAP Code* em relação à publicidade infantil seguem os mesmos critérios do *CAP Code*:

- proteção da integridade física e mental;
- respeito à credulidade e inocência da criança;
- respeito à autoridade parental.

Quanto ao critério de **proteção da integridade física e mental das crianças**, o *BCAP Code* proíbe que elas sejam encorajadas a reproduzir práticas que lhes possam ser perigosas. A publicidade, nesse sentido, não pode ter conteúdo que possa levar a criança a danos físicos e mentais, nem ser motivada a entrar em lugares estranhos ou a conversar com pessoas a ela estranhas, ou, ainda, ser mostrada em cenas que sugerem crianças sozinhas na rua, a não ser que tenha idade suficiente para tanto.

Da mesma forma, não será permitida a aparição de crianças em publicidade que se apresentem usando equipamentos ou substâncias impróprios para sua idade, ou, ainda, sem a supervisão de um adulto.

Ademais, é preciso levar em conta a **credulidade, lealdade, vulnerabilidade ou falta de experiência da criança**, não podendo ser explorados tais aspectos na tentativa de incitá-la a comprar um produto ou serviço. Há proibição, ainda, no sentido de usar da publicidade para sentirem-se desconfortáveis, culpadas, desleais, covardes ou impopulares por não comprarem os produtos demonstrados. Além disso, a publicidade não deve retratar a criança de forma sensualizada nem encorajar o assédio moral (*bullying*).

Os atores mirins podem participar de anúncios dirigidos às crianças, mas é necessário observar que esses anúncios não explorem a credulidade das crianças, nem sua inexperiência e lealdade.

A propaganda deve, ainda, deixar claros às crianças o valor, o tamanho, a performance e as características do produto ou serviço, distinguindo de forma clara a realidade da fantasia,

sem exagerar na performance alcançada pelo produto. Nesse sentido, devem os pais permitir a compra do produto antes de adquiri-lo, quando se tratar de produto caro ou complexo.

Da mesma forma, não deverá a publicidade explorar a suscetibilidade da criança ao apelo à caridade, explicando, inclusive, a extensão de sua participação na promoção daquela caridade.

Quanto ao tratamento **em relação aos pais e tutores**, deverá ser respeitada sua autoridade, sendo vedada a influência da publicidade infantil no desrespeito à soberania dos pais e tutores. Dessa forma, a publicidade não poderá induzir a criança a comprar ou persuadir seus pais ou outros adultos a comprarem o produto ofertado. Por fim, prevê que a publicidade não deverá sugerir que o preço daquela oferta é completamente acessível, e que a criança e sua família podem adquiri-lo facilmente.

Prevê, ainda, que a comunicação publicitária que estimula a compra de produto por meio de mecanismo de resposta direta não poderá ser endereçada diretamente à criança.

Caso a publicidade inclua o preço dos produtos ou serviços anunciados, fica proibido utilizar as expressões *apenas* ou *somente* para indicar que o preço está mais vantajoso, com desconto ou diferente do usual.

Para os anúncios veiculados em televisão que envolvam brinquedos, jogos ou produtos similares destinados à criança, é necessário incluir indicação de preço. Caso não seja possível a definição de valor exato, deve ser indicado preço aproximado caso o produto custe acima de 30 (trinta) libras.

Nos casos de publicidade ou promoção publicitária diretamente dirigida à criança, deve-se incluir todas as condições qualitativas e significativas sobre o produto e serviço, além de se esclarecer sobre a necessidade de permissão de um adulto para participar da promoção.

Anúncios de competições endereçados diretamente às crianças são admissíveis apenas se o público-alvo tiver habilidade para participação e se os valores dos prêmios e as chances de vitória não forem exagerados. Além disso, as promoções que exigem compra de produtos e serviços para participação não podem ser direcionadas diretamente às crianças.

Anúncios de promoções direcionadas diretamente às crianças devem ser conduzidos de maneira justa, e os prêmios devem ser descritos com precisão, com divulgação expressa e clara das regras sobre participação.

A publicidade de alimentos segue regras similares em relação ao *CAP Code*. Tendo em vista tratar-se de publicidade em rádio e televisão, a primeira distinção que se faz diz respeito ao horário de transmissão: as publicidades direcionadas ao público que tenha menos de 12

(doze) anos (*pre-school* e *primary school*) devem observar o horário de transmissão estabelecido no código (trataremos do tema a seguir).

Em relação aos anúncios de televisão, tal qual as regras do *CAP Code*, não pode o anunciante fazer publicidade dos produtos com alto teor de açúcar, sódio, sal e gordura (HFSS) direcionada aos menores de 12 (doze) anos.

As comunicações de marketing devem sempre observar o senso de responsabilidade, ficando impedidas de clamar pelo consumo excessivo de alimentos ou criar senso de urgência para a aquisição do produto.

Os anúncios de promoções de coleções ou objetos colecionáveis não devem instar as crianças a pedirem **quantidades excessivas de alimentos**, não devem incentivá-las a apenas colecionar os itens promocionais e devem enfatizar o número de itens colecionáveis. Ao mesmo tempo, obriga-se o anunciante a informar a data de encerramento das promoções, oferecendo prazo suficiente para a aquisição da coleção, sem necessidade de compras excessivas ou irresponsáveis do produto.

O uso de **personagens licenciadas e celebridades** em anúncios na televisão segue regras parecidas com as regras do *CAP Code*: devem ser empregadas de forma responsável e não podem constar nos anúncios de produtos HFSS direcionados aos menores de 12 (doze) anos, sendo permitida a utilização de personagens da marca do fornecedor.

Há, ainda, proibição expressa em relação a tratar os produtos HFSS como de alto valor nutricional ou saudável, nos casos de anúncios direcionados aos menores de 12 (doze) anos, sendo permitidos apenas para os produtos que não estejam classificados como HFSS e se tais alegações foram autorizadas pela Comissão Europeia.

Ainda que as crianças tenham preferências alimentares, os anúncios devem ser feitos de modo a refletir o senso de responsabilidade necessário à categoria de alimentos, e não devem aconselhar ou pedir que crianças comprem ou apelem aos seus pais para a compra. No mesmo sentido, as publicidades não devem demonstrar inferioridade da criança em relação às outras, falta de lealdade ou sentimento de decepção caso o produto não seja adquirido.

Os apelos da publicidade também não podem contar com o sentimento de medo, lealdade, autoconfiança, nem sugerir que o produto anunciado confere superioridade, tornando a criança mais confiante, inteligente, popular ou bem-sucedida.

Na mesma toada, os anúncios dirigidos às crianças não devem incentivá-las a comprar ou convencer outras pessoas a comprar os produtos e serviços anunciados, evitando técnicas de pressão ou intimidação a adquirir o produto.

Por fim, caso o anúncio tenha preço, este não poderá ter apelo por meio da utilização de palavras como *somente* ou *apenas*, dando a sensação de ser fácil a aquisição pela criança, sua família ou responsáveis.

Ressaltamos que as regras aqui mencionadas para os anúncios em televisão são aplicáveis também aos anúncios em rádio.

Nos **Estados Unidos**, a União de Revisão da Publicidade Infantil (conhecida como CARU – Children’s Advertising Review Unit) é órgão autorregulatório fundado em 1974 por membros das agências de publicidade infantil, por meio do Conselho Nacional de Revisão da Publicidade Infantil (conhecido como CBBB – Council of Better Business Bureaus).

O órgão é responsável por impor padrões em relação à publicidade infantil, impedindo que seja depressiva, inapropriada ou injusta para a audiência do público em questão. Levam-se em consideração, dessa forma, a **vulnerabilidade e a inexperiência da criança**, que pode ser facilmente influenciada, diante de sua falta de conhecimento e habilidades de cognição necessárias para um bom julgamento da publicidade.

O CARU também conta com uma diretoria acadêmica, que inclui conselheiros *experts* em educação, comunicação, desenvolvimento mental, saúde e marketing infantil, que oferecem conselhos em relação ao comportamento e à psicologia das crianças, além de informações sobre pesquisas e vendas nesse mercado. Seu papel, além de conduzir informações ao órgão, inclui a revisão dos parâmetros e das diretrizes do programa autorregulatório.

Por fim, o CARU conta ainda com um conselho de apoio, composto por representantes das companhias que constituem o mercado da publicidade infantil, fornecendo informações em relação às tendências do mercado, além de auxiliar na revisão dos parâmetros e das diretrizes do programa autorregulatório.

As diretrizes do programa CARU abrangem toda publicidade nacional direcionada para crianças menores de 12 (doze) anos. Nesse caso, serão analisados fatores como:

- o conteúdo e seu direcionamento para o público da referida idade, considerando o assunto, o formato e a audiência demográfica;
- o intervalo em que a publicidade é divulgada, levando-se em consideração se transmitido antes, durante ou depois de um programa de conteúdo infantil, além de exame dos períodos do dia e do meio de comunicação usado;
- a intenção de dirigir-se a criança com menos de 12 (doze) anos de idade, com a divulgação de informações tais como formato e conteúdo da publicidade, que permitam tal conclusão.

Vale ressaltar que o CARU também regulamenta dados *on-line* e políticas de privacidade de *websites* ou serviços *on-line* que têm como público-alvo as crianças de até 13 (treze) anos.

É preciso esclarecer que publicidade nacional é aquela:

- compreendida como qualquer mensagem comercial paga, em qualquer tipo de mídia, incluindo catálogos, que tem o propósito de divulgar venda ou qualquer transação comercial ou, ainda, de convencer uma audiência do valor de uma companhia, produto ou serviço;
- disseminada em todo ou em uma porção substancial do território americano, ou, ainda, ensaios publicitários de mercado para campanhas nacionais;
- em que o conteúdo é controlado pelo publicitário.

Nessa perspectiva, publicitário é aquela pessoa ou entidade que se dedica à publicidade nacional, incluindo aqueles que realizam tal serviço por meio de *websites* e serviços *on-line*.

Importante destacar que as regras e disposições do CARU são dispostas entre princípios fundamentais e recomendações gerais e específicas. Assim, quanto aos princípios fundamentais do dispositivo, prevê responsabilidades adicionais em relação a campanhas com público-alvo infantil e ao uso de dados pessoais com esse fim.

Devem-se levar em conta os limites de conhecimento, experiência e maturidade da audiência atingida, sendo reconhecido que o nível de discernimento e a capacidade de avaliar a credulidade das informações recebidas pelos meios de comunicação são menores. Nesse sentido, as crianças podem ter **dificuldade de entender a intenção de persuasão na campanha publicitária ou ainda não se dar conta de que são alvos dessa publicidade.**

A publicidade não pode ter caráter enganoso ou injusto às crianças para as quais é dirigida, levando-se em consideração a aplicação dos termos dispostos no Federal Trade Commission Act.

Além disso, deve ser fundamentada por objetivos razoáveis e que assim sejam interpretados pela sua audiência, além de se levar em conta a pertinência de seu conteúdo, sendo proibida a veiculação de publicidade de teor inapropriado.

Não poderá trazer expectativas exageradas sobre a qualidade do produto ou sobre sua performance, confundindo a criança.

A publicidade deve, ainda, evitar a caracterização de estereótipos ou conter assunto de cunho preconceituoso, encorajando a diversidade e a inclusão das minorias, apresentando modelos positivos variados de todos os grupos, além de **procurar desempenhar um papel de**

caráter educativo, influenciando a visão positiva e o respeito aos outros, incitando a honestidade e a precaução de ações potencialmente perigosas.

O código ainda ressalta que, apesar da influência causada pela publicidade e da necessidade de regulação desta em relação ao público infantil, **permanece como papel principal dos pais e tutores** prover instrução e civilidade no **desenvolvimento pessoal e social de seus filhos, sendo os meios de comunicação um elo de contribuição na relação familiar.**

- Quais recomendações os principais fóruns internacionais que discutem as relações de consumo (notadamente a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD – e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, entre outros) dispensam ao tema da publicidade infantil?

Os organismos internacionais que discutem as relações de consumo não têm orientações específicas relativas ao tema. São os seguintes documentos internacionais que tratam da proteção do consumidor de maneira mais ampla e genérica:

- **OCDE**
 - Recomendação do conselho de proteção ao consumidor no comércio eletrônico (2016);
 - Recomendação relativa a autorregulação da indústria (Industry selfregulation: role and use in supporting consumer interests) (março de 2015).

- **UNCTAD**
 - Guidelines for Consumer Protection (2015);
 - Manual de Proteção do consumidor da UNCTAD (2017).

Por outro lado, encontrou-se orientações relativas à publicidade em geral e orientações quanto aos riscos relativos às crianças e adolescentes em ambiente virtual. Além disso, há inúmeros estudos e orientações da OCDE em relação ao desenvolvimento da criança, em especial no que diz respeito às políticas públicas educacionais e de saúde. Na mesma linha, há estudos que indicam a necessidade de proteção da infância no ambiente digital que e tocam a publicidade nesse meio.

Em maio de 2011, o órgão publicou as primeiras diretrizes a respeito dos cuidados e das ferramentas relacionadas aos riscos do uso da internet por crianças e adolescentes, denominadas “The Protection of Children Online: risks faced by children online and policies to protect them”. Ainda na mesma linha, em maio de 2020, o órgão emitiu novas diretrizes com o título

“Protecting children online an overview of recent developments in legal frameworks and policies OCDE digital economy papers” (documentos anexos).

Os dois relatórios fazem um mapeamento dos riscos a que crianças e adolescentes estão expostos pelo uso das novas plataformas digitais. Grosso modo, o órgão divide os riscos em três categorias: i) riscos de tecnologia na internet; ii) riscos relacionados ao consumo; e iii) privacidade da informação e riscos de segurança.

A entidade demonstra preocupação em relação à publicidade *on-line* relacionada a produtos e serviços restritos a adultos, como álcool, cigarro e medicamentos. Isso porque, especialmente para adolescentes, pode ocorrer promoção e venda de produtos não apropriados para tal idade. Embora haja restrições de idade para a compra desses produtos *on-line*, elas não necessariamente são respeitadas pelos compradores.

Da mesma forma, o marketing *on-line* voltado ao público infantil, ou que seja vinculado à página da *web* destinada ao público infantil, pode ser considerado um problema, visto que, na maioria das vezes, inexistente uma separação entre conteúdo e publicidade, não deixando claro o conteúdo publicitário do anúncio para as crianças.

Segundo os documentos da OCDE, para menores de idade, especialmente crianças pequenas, conteúdos comerciais são de difícil identificação, especialmente se comparados aos anúncios destinados ao público adulto, uma vez que a criança não tem capacidade para fazer críticas ao conteúdo por ela recebido, tornando-a extremamente vulnerável às influências do marketing digital.

Advergame é um exemplo de técnica de marketing controversa que mistura publicidade com jogos ou vídeos *on-line*. Segundo estudo citado no trabalho da OCDE, crianças não têm compreensão suficiente de como o conteúdo da internet é produzido e financiado, o que traz maior dificuldade em avaliar criticamente as mensagens publicitárias. O estudo está fundamentado em análise feita pelo Departamento do Reino Unido para Crianças, Escolas e Famílias e pelo Departamento de Cultura e Mídia e Sport.

Por esse motivo, muito se tem questionado a respeito do uso de publicidade incorporada e *branding* comercial em *sites* voltados para crianças; além disso, discute-se a partir de que idade as crianças deveriam ser submetidas a práticas de marketing *on-line*.

O estudo também revela que existe preocupação relacionada ao conteúdo de produto ou serviço promovido por algumas publicidades, que podem expor crianças a riscos ainda maiores. Nesse sentido, conteúdos inadequados às crianças, tais como *banners* ou *e-mails* contendo *spam* de cunho sexual, ou, ainda, promoção de jogos, serviços de namoro, entre outros, podem

provocar a curiosidade do menor, levando-o a ter acesso a conteúdo impróprio e ocasionando até perdas financeiras para a família.

Outra preocupação trazida pelo documento diz respeito ao marketing de produtos alimentícios com altas taxas de açúcar, sal ou gordura (os chamados alimentos HFSS pela OCDE – *high in fat, sugar and salt*), visto que são considerados um grande risco para a saúde da criança, podendo ser um verdadeiro incentivo à obesidade infantil.

Essa questão tem sido discutida e regulamentada em muitos países tanto na televisão quanto em *websites* que tenham como público-alvo as crianças, especificamente com medidas contra o marketing desses produtos.

Outro risco relatado pela OCDE diz respeito ao compartilhamento de dados pessoais na internet. Nesse sentido, as crianças são um grupo particularmente vulnerável, visto sua capacidade reduzida de prever perigos e consequências da exposição de suas informações no meio digital.

Crianças também têm direito à privacidade, tanto *on-line* quanto *offline*. É necessário, por exemplo, que elas possam socializar *on-line* com seus pares sem a constante supervisão dos pais ou responsáveis. Nesse sentido, é possível que exista um paradoxo entre a privacidade a elas necessária e a proteção indispensável dos pais no meio cibernético.

Nesse contexto, a OCDE traz exemplos de controle parental na internet e do paradoxo entre a privacidade e a supervisão de pais e responsáveis. Algumas ferramentas de controle parental trazem dados detalhados sobre a atividade *on-line* de crianças aos pais e responsáveis, bem como escolas e bibliotecas oferecem programas que evoluem e ficam cada vez mais funcionais, demonstrando com precisão o comportamento das crianças no meio digital, tudo como estratégia de segurança cibernética.

Ocorre que, além de muitas vezes extrapolarem os limites da privacidade e liberdade do próprio indivíduo, os programas que auxiliam pais e responsáveis a rastrear os passos de jovens e crianças *on-line* podem levar a riscos ainda maiores em relação ao uso dos dados infantis. Isso porque os próprios serviços *on-line* de rastreamento podem usar as informações obtidas para além dos motivos inicialmente declarados ou, ainda, podem ter suas informações “roubadas” por outros servidores, com intenções maliciosas.

Tal paradoxo leva a diversas discussões sobre como se deve dar a proteção de crianças e adolescentes no mundo digital. Claro que os pais precisam conhecer os ambientes acessados pela criança, zelando pela sua integridade física e mental. É evidente, porém, que essa vigilância precisa respeitar os limites de privacidade, não só a fim de garantir seus direitos fundamentais, mas também de resguardar seus passos de intenções maliciosas.

O relatório conclui que as crianças são submetidas a diferentes níveis de riscos em diferentes países do mundo. Tudo depende da educação e da cultura em que estão emergidas, além, é claro, das condições sociais em que vivem. Alguns países conseguem controlar tais riscos de forma mais efetiva que outros.

De acordo com a OCDE, na Suécia e Dinamarca, ainda que exista um massivo uso da internet por parte das crianças, os riscos relacionados ao seu uso podem ser considerados menores que em muitos outros países com menos acessibilidade ao universo digital. Isso sugere que uma política forte de uso responsável e uma educação *on-line* podem melhorar a segurança e a qualidade da vida *on-line* das pessoas.

Assim como as habilidades, a cultura e a educação variam entre os públicos infantis de diferentes países, também variam seus comportamentos. Isso porque a vulnerabilidade da criança em ambiente digital depende de suas experiências, capacidades críticas, educação e do conhecimento sobre o ambiente em que ela circula.

A consequência dos riscos a que são submetidas as crianças na internet também varia, e pode incluir complicações desde psicológicas até físicas, além de questões econômicas e sociais, que podem afetar toda a sociedade contemporânea. Dessa forma, são necessários informação e educação sobre riscos *on-line*, não só por parte da família, como também do Estado, para que políticas públicas evitem todos os riscos aqui expostos, que influenciam não só o indivíduo, mas também toda uma sociedade, sua cultura e seus valores.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 496, ago. 1970.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMIN, Andrea Rodrigues. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1981.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. *In*: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio. **Do direito natural aos direitos humanos**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 15-32.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. **RT**, v. 790, p. 129, ago. 2001. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 779, ago. 2011. DTR\2001\368, p. 778-779.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados: o direito ao sossego**. Indaiatuba: Editora Foco. 2020.

BAVITZ, Christopher; GUPTA, Ritu; OBERMAN, Irina; RITVO, Dalia. Privacy and Children's Data – An Overview of the Children's Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act. **Berkman Center Research Publication No. 23**, [S.l.], nov. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2354339>. Acesso em: 20 set. 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 308.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, v. 476, fev. 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. **Revista Forense**, v. 102, n. 386, jul.-ago. 2006.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 2, n. 7, p. 1082, abr.-jun. 1992.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 46, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998.

CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem.

Revista de Direito do Consumidor – RDC, v. 84, p. 45, out. 2012.

COSTA, Jaderson Costa da. Publicidade infantil, saúde e desenvolvimento infantil. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco (org.). **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 14-21.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade**: hipervulnerabilidade? Rio de Janeiro: Lumen juris 2017. p. 110.

DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, p. 13-45, out.-dez. 2010.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação**: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 324.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 2, jul. 2013.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

FITZSIMONS, Emla; PONGIGLIONE, Benedetta. The impact of maternal employment on children's weight: evidence from the UK. **SSM Population Health**, v. 7, 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, abr. 2004.

GARCÍA, Francisco David Rodríguez; RUIZ, María Luisa Sanchiz; ALZINA, Rafael Bisquerra. Consumo de alcohol en la adolescencia. Consideraciones médicas y orientaciones educativas. **Salud Mental**, v. 37, n. 3, maio-jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252014000300010&lang=pt. Acesso em: 9 jul. 2015.

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.

GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet. **Autorregulação da publicidade infantil no Brasil e no mundo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2017. p. 171.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva. Edição do Kindle.

KELLY, Girard. A public policy analysis of the European Union's Data Protection Regulation Principles and U.S. Consumer Privacy Bill of Rights. May 1, 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2295659. Acesso em: 20 set. 2021.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KOTLER, Philip; GARY, Armstrong. **Princípios de marketing**. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1998.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle**. São Paulo: Atlas, 1998.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0: do tradicional ao digital**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*.

KOHM, Lynne Marie. Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence. **Journal of Law & Family Studies**, v. 10, n. 337, p. 4, nov. 2008.

LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão**. 14. ed. São Paulo: Summus, 1992.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 511-543, ago. 2015.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. São Paulo: Objetiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Direito digital**: direito privado e internet. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz; BASAN, Arthur. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 29, v. 128, p. 227-253, mar.-abr. 2020.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 161.

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

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Juliana; SILVA, Raphael Silva. Mecanismos de autorregulação do mercado de capitais: características e papel na proteção dos investidores. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 88, p. 127-156, abr.-jun. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, v. 3, p. 9, jul. 2000.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **A constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e

proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 21, n. 81, p. 40, jan.-mar. 2012.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 68.

MORTON, Bruce; KNAPP, Katie. Desenvolvimento do cérebro e funcionamento executivo. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.encyclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt-pt/2474/desenvolvimento-do-cerebro-e-funcionamento-executivo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2015.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 241-261, dez. 2018.

ORTEGA Y GASSET, José. A revolução das massas. Trad. Herrera Filho. Edição eletrônica disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000060.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. A epistemologia genética de Jean Piaget. **Revista FACEVV**, n. 2, 1º sem. 2009.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **O mundo da criança**. 11. ed. São Paulo: McGraw Hill, 2009.

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

PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e proteção da infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, v. 96, p. 89-104, nov.-dez. 2014, p. 103).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

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.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices. **Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)**, April 12, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364251>. Acesso em: 21 set. 2021.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; VERSIANI, Rodrigo Luiz da Silva. A proteção do consumidor diante das práticas publicitárias abusivas do comércio eletrônico. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, São Paulo, v. 23, n. 45, p. 235-255, 2020.

SANDEL, Michel J. **Contra a perfeição**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **O marketing digital e a proteção do consumidor**. 2009. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de**

Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente:** indo além do comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2001.

SIMÕES, Marcel Edvar. O poder familiar na teoria geral do direito privado: investigações de direito brasileiro e português. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 1, p. 133-154, jul.-set. 2014.

ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children’s consumer behavior.** E-book. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 20 set. 2021.

THIERER, Adam. **Kids. Privacy, Free Speech and the Internet:** Finding the Right Balance. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1909261>. Acesso em: 20 set. 2021.

TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa (ou à liberdade econômica). **Jota**, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-direito-fundamental-a-livre-iniciativa-ou-a-liberdade-economica-22052019>. Acesso em: 20 set. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; NAVARRO, Erik Wolkart. Direito e neurociência: por que uma opção pelo “pragmatismo profundo”? **Jota**, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-neurociencia-por-que-uma-opcao-pelo-pragmatismo-profundo-15052020>. Acesso em: 20 set. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; WOLKART, Erik Navarro. Direito e economia desmistificados: as contribuições da Behavioral Law and Economics. **Jota**, 18 out. 2018. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificados-parte-ii-18102018>. Acesso em: 20 set. 2021.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O regime constitucional do direito à educação básica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 81, out. 2012.

YEUNG, Luciana L. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

YOUNG, Brian. Does food advertising influence children's food choices? A critical review of some of the recent literature. **International Journal of Advertising**, v. 22, n. 4, p. 441-459, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/02650487>. Acesso em: 20 set. 2021.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **Publicidade e liberdade de expressão**: a defesa do direito de anunciar. Curitiba: Juruá, 2019.

SANDEL, Michel. **Contra a perfeição**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SCHIMITT, Cristiano Heinek. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHÜLLER, Bastian. The definition of consumers in EU consumer law. *In*: DEVENNY, James; KENNY, Mel. **European consumer protection**: theory and practice. New York: Cambridge University Press, 2012.

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.

SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. **Comportamento do cliente: indo além do comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus. *In*: LONGHI, João Victor; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura;

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

ŠRAMOVÁ, Blandína. **Children's consumer behavior**. *E-book*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.69190>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 331.

ZOTTO, Tânia Christina. Informação assimétrica na negociação coletiva: uma análise da greve como estratégia pela teoria dos jogos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, n. 55, p. 1-2, jul.-dez. 2005.

ANEXO I

JULGADOS

COCA-COLA X MPSP

Publicação – 03/09/2009

TJSP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelada: Coca Cola Indústrias LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0125013.34.2008.8.26.0000	Requer a apelante que a apelada altere seu marketing, excluindo de seus anúncios publicidades dirigidas à captação da clientela infantil, sem prejuízo de ser forçada a veicular, com total transparência, anúncios de advertência sobre a nocividade que o consumo das bebidas com açúcar provoca para a saúde. Ainda de acordo com a apelante, o objetivo da lide é o de proteger as crianças e adolescentes dos riscos da obesidade, diante da inércia e quiçá cumplicidade do Estado com a completa ausência de regulamentação sobre a temática.	Não configurou publicidade abusiva, conforme o Código de Defesa do Consumidor, §§ 1º, 2º e 3º, do art. 37.	Negou provimento ao recurso

AMBEV E “EPIDEMIA DA OBESIDADE”

Publicação – 29/04/2010

TJSP

Apelantes: Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), Pepsi Cola Industrial da Amazônia LTDA., Pepsico Inc.

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
9197805.66.2004.8.26.0000	Recurso proposto por AMBEV e terceiras interessadas com o fim de obter improcedência de ação civil pública que objetivou restringir a publicidade destinada às crianças e aos adolescentes dos produtos da apelante, sob o fundamento de que o açúcar contribui para a existência de epidemia de obesidade.	Princípios constitucionais contidos no art. 220 da CF da livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação; e art. 170 da CF da livre concorrência.	Deu provimento ao mérito do recurso.

NESTLÉ – CEREAIS MATINAIS

Publicação – 19/11/2011

TJSP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Kellogg Brasil e Nestlé Brasil LTDA.

Número do Processo	Fatos	Fundamentos	Decisão
Apelação nº 0029619-23-2010.8.26.0002	MPSP, entendendo que toda e qualquer campanha de conteúdo publicitário e estratégia de marketing, voltada ao público infantil, é ilegal, pugna pela imposição de obrigação de não fazer às rés apeladas, consistente em se absterem de promover, veicular ou de qualquer outra forma contribuir para a divulgação de peça publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida diretamente à criança, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos. De acordo com o órgão, havia promoção direta de estratégias mercadológicas dirigidas à crianças em relação aos seus cereais matinais, vinculando brinquedos a seus	O Tribunal confirmou a sentença, afirmando que a publicidade promovida pelas apeladas não fere os dispositivos do CDC, e evocou o art. 5, II da CF, ressaltando que não existe proibição legal da conduta da empresa ré: ‘Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para a sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim poderia o Poder Judiciário decidir. Contudo, não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil’.	Negou provimento ao recurso.

	produtos (o que configuraria prática comercial abusiva de venda casada). Foi proposta ação civil pública, com sentença negando os pedidos feitos pelo MP, que apelou.		
--	---	--	--

“MASCOTES SADIA”

Publicação – 27/11/2012

TJSP

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON)

Apelada: Sadia S/A

Número do processo	Fato	Fundamento	Decisão
0025180-44.2009.8.26.0053	A empresa Sadia S/A (autora), por ocasião dos Jogos PanAmericanos de 2007, veiculou campanha publicitária destinada ao público infanto-juvenil denominada “Mascotes Sadia”, cujo mote era a aquisição de um mascote da autora, caracterizado em 5 versões diferentes, respeitando-se 5 categorias esportivas distintas, representadas em diferentes uniformes que o boneco ostentava. Para tal, o público-alvo da campanha, circunscrita à região da Grande São Paulo, deveria juntar 5 selos coloridos, mediante a aquisição de certos produtos fabricados pela empresa autora, e, por mais R\$ 3,00, trocá-los por um dos referidos mascotes.	Não verificação de abusividade, nos termos do art. 37, § 2º, do CDC. Campanha publicitária que se ateu aos limites da livre concorrência e da legalidade. Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente.	Provimento parcial ao recurso apenas para reduzir verba honorária, mantendo-se os argumentos de todos os demais pontos da sentença.

“MASCOTES SADIA”

Publicação – 27/11/2012

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON)

Apelada: Sadia S/A

- A empresa Sadia S/A (autora), por ocasião dos Jogos PanAmericanos de 2007, veiculou campanha publicitária destinada ao público infanto-juvenil denominada “Mascotes Sadia”, cujo mote era a aquisição de um mascote da autora, caracterizado em 5 versões diferentes, respeitando-se 5 categorias esportivas distintas, representadas em diferentes uniformes que o boneco ostentava. Para tal, o público-alvo da campanha, circunscrita à região da Grande São Paulo, deveria juntar 5 selos coloridos, mediante a aquisição de certos produtos fabricados pela empresa autora, e, por mais R\$ 3,00, trocá-los por um dos referidos mascotes.
- O acórdão proferido pelo TJSP entendeu não haver abusividade nos termos do art. 37, § 2º, do CDC, uma vez que a campanha publicitária que se ateve aos limites da livre concorrência e da legalidade. Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente.

Nº REsp	Fundamento	Decisão Acórdão – TJSP
Resp 1613561 / SP	“O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças. Isso porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil, um grave problema nacional de saúde pública. Diante disso, consoante o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, estão vedadas campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil.”	Deu provimento ao Recurso Especial.

BAUDUCCO E CAMPANHA “GULOSOS”

Publicação – 08/03/2013

TJSP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Pandurata Alimentos LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0342384-90.2009.8.26.0000	Publicidade promocional vinculada pela apelada, que condicionava aquisição de relógios à compra de 5 produtos da linha “Gulosos”.	Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária Utilização de verbos no imperativo inadequada Proibição pelo Conar do uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças	Deu provimento ao recurso para julgar a Ação Civil Pública procedente, condenando a apelada a não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância das regras próprias, com a fixação da pena de multa no valor de R\$ 50.000,00.

PANDURATA E CAMPANHA “GULOSOS”

Publicação – 08/03/2013

STJ

Apelante: Pandurata Alimentos LTDA.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

- Publicidade promocional vinculada pela apelada, que condicionava aquisição de relógios à compra de 5 produtos da linha “Gulosos”.
- De acordo com acórdão proferido pelo TJSP, a campanha publicitária infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, utilizando verbos no imperativo, linguagem inadequada à publicidade voltada às crianças

Nº do REsp	Fundamento	Decisão
1.558.086 - SP	A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).	Negou provimento ao Recurso Especial.

Promoção Luzes, Câmera, Ação - Nestlé

Publicação – 21/10/2013

TJSP

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – PROCON SP

Apelada: Nestlé Brasil LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamentos	Decisão
0035929-18.2012.8.26.0053	Foi vinculada publicidade, apresentada pela artista famosa do universo infantil, Xuxa, de promoção voltada ao público infantil. A comunicação mercadológica oferecia prêmios periódicos como câmeras digitais, DVD da Xuxa e possibilidade de fazer parte do próximo filme da apresentadora infantil com cachê, câmeras digitais. De acordo com o Procon, houve abusividade na publicidade direcionada ao público infantil, além de ausência de informação ostensiva e adequada sobre o custo para envio de mensagem (SMS) para participação em promoção, o que levou a de multa pelo órgão. A Nestlé ajuizou ação anulatória sobre a questão.	O acórdão entendeu pela ausência de ofensa ao artigo 32, § 2º, do CDC e abusividade da empresa. Dessa forma, manteve a multa aplicada pelo órgão “em relação à ausência de informação ostensiva e adequada sobre o custo para envio da mensagem de participação na promoção “Luzes, Câmera, Ação!”, mas afastou a multa em relação à publicidade direcionada a crianças sob o argumento de que “não há vedação constitucional ou legal da divulgação de publicidade dirigida a esse público”.	Deu parcial provimento ao recurso, para afastar anulação de multa relativa à infração ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.078/90.

BAUDUCCO E CAMPANHA “GULOSOS”

Publicação – 08/03/2013

TJSP

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Pandurata Alimentos LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0342384-90.2009.8.26.0000	Publicidade promocional vinculada pela apelada, que condicionava aquisição de relógios à compra de 5 produtos da linha “Gulosos”.	Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária Utilização de verbos no imperativo inadequada Proibição pelo Conar do uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças	Deu provimento ao recurso para julgar a Ação Civil Pública procedente, condenando a apelada a não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância das regras próprias, com a fixação da pena de multa no valor de R\$ 50.000,00.

Bob's e Burger King – Trikids e Lanche BKids

Publicação – 08/03/2013

TJSP – 1º grau

Réu: VENBO Comércio de Alimentos LTDA. (Bob's), Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. (Mc Donalds), Burger King do Brasil

Autor: Ministério Público Federal

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0013789-65.2009.4.03.6100	Ação civil proposta pela MPF, com o objetivo de condenação na obrigação de não fazer, consistente na suspensão e não continuidade das promoções Mc Lanche Feliz, Lanche BKids e Trikids, e da venda promocional de brinquedos e objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos, conjuntamente ou não com a venda de lanches.	Entre outros argumentos, como a falta de previsão legislativa sobre tal proibição, a sentença afirma que “muito embora a criança possua limitação no discernimento de suas escolhas e possa ser mais frágil à publicidade exercida pelas empresas em geral, em especial, ao oferecimento de brinquedos, há de se ter em conta que a criança e o adolescente estão sob os cuidados diretos dos seus responsáveis, sendo fora da razão pressupor que estes seriam igualmente vulneráveis, ainda que em menor proporção, à prática comercial da empresa, a ponto de estarem incapazes de negarem aos seus filhos os alimentos comercializados pelas rés ou, ainda, de controlarem o consumo de produtos alimentícios altamente calóricos pelas crianças e adolescentes sob a sua responsabilidade”.	Julgou improcedente a ação. Houve apelação, ainda não julgada pelo Tribunal.

DOLLY - DOLLYNHO

Publicação – 04/03/2013

TJSP

Apelante: Ragi Refrigerantes LTDA.

Apelado: Ministério Público de São Paulo

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 0007025-09.2010.8.26.0004	Publicidade promocional vinculada pela apelante, que desenvolveu campanha publicitária com comerciais televisivos dirigidos à crianças, com animações gráficas, cenários fantasioso e linguagem e músicas próprias do universo infantil, com estímulo a ingestão de refrigerantes com alto teor de açúcares. Foi proferida sentença que interditou a publicidade, a pretexto de assim preservar a saúde da população contra a obesidade infantil. A empresa apelou da decisão.	A apelação foi acolhida pelo Tribunal, sob o argumento de que impor restrições e proibições a apenas algumas das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, sendo possível às demais empresas, fabricantes dos mesmos produtos, utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento das corres, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia. Ressaltou ainda que a solução alvitrada pela apelada poderia ser acolhida, desde que provada a ilegalidade, direta ou oblíqua. Nesse caso porém, não há lei proibindo a ação da apelante, que haja de acordo com as regulamentações sobre o tema.	Conheceu e deu provimento ao apelo.

Renner – HORA DA FUZARKA

Publicação – 09/04/2013

TJSP

Apelante: Ministério Público de São Paulo

Apelado: Lojas Renner S/A

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Processo nº 0037027- 62.2010.8.26.010 0	E empresa realizou a promoção “Hora da Fuzarka”, a fim de promover produtos da linha infantil para o Dia das Crianças. A campanha consistiu na oferta de seis tipos diferentes de ‘ecobichos’ – bichos de pelúcia em forma de sagüi, jacaré, tamanduá-bandeira, tartaruga-verde, jaguatirica e boto cor-de-rosa – a cada R\$40 em compras de produtos infantis. A publicidade foi transmitida em diversos canais de televisão, inclusive aqueles voltados apenas ao público infantil e consistia em duas crianças com menos de 10 anos de idade sugerindo movimentos de hipnose para convencer a mão adormecida a comprar produtos da campanha. O MP propôs ação civil pública requerendo o pagamento de multa e interrupção da campanha.	O processo correu em segredo de justiça e não tivemos acesso aos fundamentos utilizados na ação anulatória.	Houve sentença favorável à Renner, que foi mantida em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. (De acordo com o site do Projeto Criança e Consumo Renner - Promoção dia das crianças 2007 (outubro/2007) - Criança e Consumo (criancaeconsumo.org.br))

PROMOÇÃO “ESPRIMIDINHOS” – SUCOS DELL VALE

Publicação – 10/02/2014

TJSP

Apelante: Fundação Procon

Apelado: Sistema de Alimentos e Bebidas do Brasil Ltda - Sabb (Sucos Del Valle do Brasil Ltda)

Número do processo	Fato	Fundamento	Decisão
0008196-14.2011.8.26.0053	A empresa Sucos Dell Vale, no ano de 2008 veiculou promoção, na qual o consumidor que adquirisse 5 (cinco) litros de suco ganharia como brinde um boneco da promoção “Esprimidinhos”, cada qual representando um sabor. A apelante autuou a apelada, por entender tratar-se de propaganda	No presente caso, não se verifica nenhuma abusividade (não caracterizando publicidade abusiva nos termos do art. 37, §2 do CDC), pois trata-se de produto que não é comumente adquirido por crianças e sim por seus pais ou responsáveis. Portanto não há que se falar que o público-alvo é um grupo hipossuficiente.	Negou provimento ao recurso sobre sentença que anulou auto de infração do PROCON.

ÁLBUM DISNEY STAR – Editora Abril

Publicação – 13/10/2014

TJSP

Apelante: Editora Abril S.A

Apelada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (PROCON/SP)

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação n° 0035614-58.2010.8.26.0053	A editora ajuizou ação para requerer anulação de auto de infração e imposição de multa contra ela lavrada pelo PROCON, diante de prática de publicidade enganosa e abusiva na campanha do álbum 'Disney Stars'. A prática consistiu na venda de figurinhas, e entre os pacotes, haveria distribuição de alguns premiados. A divulgação foi veiculada em comercial televisivo que apresentava diversas crianças abrindo pacotes de figurinhas e encontrando um prêmio cada uma, dentre outras formas de exposição da publicidade. A sentença julgou improcedente a ação proposta pela Abril, que apelou em segundo grau.	O Tribunal julgou ser evidente que a propaganda veicula conteúdo enganoso e considerando que ela se destina ao público alvo infantil, com menor discernimento, a abusividade é manifesta. Além disso, reafirmou a que a ausência de informação adequada, clara (de fácil entendimento) e ostensiva (perceptível imediatamente), com especificação correta, impede a ciência do consumidor sobre os elementos da relação de consumo, e implica obviamente violação do dever de informação, de proibição de propaganda enganosa (arts. 6º, III e IV, 31 e 37, § 1º, do CDC) e do princípio da transparência, decorrente da boa-fé objetiva, que deve reger a relação de consumo (art. 4º, caput, CDC).	Negou provimento ao recurso.

MC DONALD'S E O "MC LANCHE FELIZ"

Publicação – 29/06/2015

TJSP

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo – PROCON

Apelado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA – MC Donald's

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0018234-17.2013.8.26.0053	Declaração de inexigibilidade de multa aplicada diante de prática publicitária supostamente abusiva destinada ao público infantil. De acordo com o PROCON, a vinculação de brinquedo ao kit Mc Lanche Feliz é considerada publicidade abusiva e uma estratégia de incentivo ao consumo, dirigida a público em desenvolvimento. Além disso, afirma que é nítida a estratégia para que os pequenos influenciem de forma determinante nas decisões de compra da família.	Não verificação de abusividade, art. 37, § 2º, do CDC. O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estímulos do público infantil.	Negou provimento à apelação da Fundação PROCON.

CLASSIFICAÇÃO ETÁRIA EM OUTODOORS DE BRASÍLIA

Publicação – 30/09/2015

TJDF

Apelante: Ministério Público do Distrito Federal, NET Brasília, Telecine Programação de Filmes LTDA e Look Painéis

Apelada: NET Brasília e Telecine Programação de Filmes LTDA, Look Painéis e Euro RSCG Contemporânea Comunicações LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamentos	Decisão
0009003-90.2008.8.07.0013	MP entrou com ação contra empresas, alegando que incorreram na prática da infração descrita no artigo 253 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, o autor afirmou que as rés NET BRASÍLIA LTDA e TELECINE PROGRAMAÇÃO DE FILMES LTDA anunciaram o filme “Duro de Matar 4.0”, sem indicar os limites de idade, na fachada do Condomínio do Edifício JK em Brasília (uma vez); na entrada do Guará I, na margem direito da EPTG (uma vez); nas margens da via Estrutural (uma vez) e em 60 (sessenta) ônibus da Viação Riacho Grande. A sentença determinou o pagamento de multa, que o MP pede que seja majorado.	Art. 253 do CDC, que prevê “multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade” para infração em comento.	Apelação parcialmente provida para o MP, que majorou a multa para cinco salários mínimos para cada uma das empresas rés. Negou provimento às demais apelantes.

MATTEL X PROCON

Publicação – 25/04/2016

TJSP

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Apelada: Mattel do Brasil LTDA.

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
1010889-46.2014.8.26.0053	De acordo com a apelante, a publicidade envolvendo as bonecas "Barbie Ultra Glam", "Barbie Idesign Kit Estilista", "Barbie Salão de Beleza" e "Barbie e as Três Mosqueteiras" teria conteúdo abusivo, supostamente se aproveitando da ingenuidade da criança para impor produtos e expor valores inadequados ao universo infantil, violando o art. 37, §2, o que a levou a aplicar multa administrativa no valor de R\$458.240,00.	As publicidades em questão não possuem condições de se enquadrarem como publicidade abusiva e, por conseguinte, inexistente a infração consistente na suposta violação do art. 37, §2 do Código de Defesa do Consumidor.	Negou provimento ao recurso.

BEBIDA “SPUNCH” X MPPR

Publicação – 17/05/2016

TJPR

Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná

Apelada: CRS Brands Indústria e Comércio

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0010645-96.2014.8.16.0188	A ação objetivou a proibição de comercialização da bebida “Spunch” no Estado do Paraná, bem como a obrigação da apelada em realizar o recall de referido produto. Sustentou que a bebida gaseificada tem embalagem idêntica a de um espumante, inclusive fechada com rolha e metal, ainda que não contenha álcool. Dessa forma, afirma, nos termos no art. artigo 227 da Constituição Federal, ser dever do Estado e da sociedade a proteção de crianças e adolescentes, com absoluta prioridade (Princípio da Proteção Integral). Assim, a publicidade e a comercialização da bebida “Spunch” violaria direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, pois induziria ao consumo de álcool.	De acordo com o acórdão, “criança é mesmo movida pelo princípio do prazer, cabendo aos educadores educá-las”. Assim, não será o Estado a entidade constituída para esse fim, mas pai e mãe (ou responsáveis). Ao Estado cabe a regulação das iniciativas desses segmentos. Ademais, é preciso levar em conta os direitos, também previstos na Constituição, de livre iniciativa, de liberdade de concorrência e de empresa	Negou provimento ao recurso.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – Estado da Bahia

STF

14/09/2016

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
ADIN nº 5631	<p>A empresa objetivava a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da Lei n. 13.582/2016, do Estado da Bahia, que, por sua vez, proibiu "... a publicidade, dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio".</p> <p>Afirmava inconstitucionalidade formal, vez que compete privativamente à União legislar sobre publicidade, além de inconstitucionalidade material, já que a lei ofenderia direitos constitucionais fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação (artigos 5, IV, IX, e 220, caput, da CRFB), do direito à informação (artigo 5, XIV, da CRFB); da livre iniciativa (artigo 1, IV, e 170, caput da CRFB); da livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB); e da proporcionalidade (artigo 5, LIV, da CRFB).</p>	<p>A Constituição não admite que a inação da União em regular a publicidade infantil nesses lugares possa ser invocada para impedir a adoção de medidas por parte de Estados para cumprirem as obrigações que decorrem diretamente dos instrumentos internacionais de proteção à saúde e à infância. Atende à proporcionalidade a restrição à liberdade de expressão comercial que visa a promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes e que implica restrição muito leve à veiculação de propaganda, porquanto limitada ao local para o qual é destinada, delimitada apenas a alguns produtos e a um público ainda mais reduzido.</p>	<p>Jugou improcedente o pedido formulado na ação direta.</p>

Dr. OETKER E A “PROMOÇÃO ZOOBREMESAS”

Publicação – 06/03/2017

TJSP

Apelante: Dr. Oetker Brasil LTDA.

Apelado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0044517-82.2010.8.26.0053	A apelante requereu nulidade do auto de infração e multa aplicados pelo PROCON. De acordo com o órgão apelado, foi veiculada propaganda considerada abusiva, nos termos do art. 37, § 2º do CDC. Trata-se da “Promoção Zoobremesas”, veiculada entre 16.09.2008 e 22.11.2008, direcionada ao público infantil e que permitia a troca de cinco códigos de barra de produtos da fabricante, mais R\$ 7,99 (sete reais e noventa e nove centavos) por mochilas em forma de animais.	Não ocorrência de publicidade abusiva, nos termos do art. 37, § 2º do CDC.	Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.

Google e Conanda – ACP Youtube

Publicação – 21/08/2017

TRF 1 - MG

Autor: Ministério Público Federal (MG)

Réu: Google e Conanda

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Processo n° 0054856-33.2016.4.01.3800	Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, contra a empresa Google e a União Federal (Conanda), com a finalidade de alterar a Resolução n° 163 de 2014 do Conanda, para incluir sanções administrativas em caso de descumprimento dos seus dispositivos; e além de requerer que o Google disponibilize aviso, na página inicial da plataforma YouTube ou em todos vídeos postados, no sentido de que é proibida a veiculação de publicidade infantil ou a promoção de produtos e serviço protagonizados por crianças.	<p>De acordo com o magistrado, a lei que criou o Conanda autoriza a elaboração de normas gerais de atendimento aos direitos da criança e do adolescente pelo Conselho, mas não há autorização legal para estipular sanções administrativas.</p> <p>No que se refere aos pedidos formulados em relação à empresa Google, a decisão indicou ser evidente a veiculação de <i>merchandising</i> infantil no YouTube e que tal prática é considerada abusiva pela Resolução n° 163 de 2014 do Conanda e pelas normas da política nacional de atendimento à criança e ao adolescente – art. 37, § 2° do CDC e art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente.</p> <p>Contudo, ao analisar o pedido sob a ótica do Marco Civil da Internet, o juiz concluiu que o YouTube não estaria obrigado por lei a realizar o controle prévio sobre os vídeos postados por seus usuários, de modo que a empresa só teria que tomar providências específicas para tornar indisponível o conteúdo infringente à lei após receber ordem judicial específica nesse sentido</p>	Conheceu e deu provimento ao apelo.

PROMOÇÃO GELATUBE ROYAL - GELATINAS ROYAL

TJSP

Publicação – 18/10/2017

Apelante: PROCON SP

Apelado: Kraft Foods Brasil

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 1043711- 20.2016.8.26.0053	A empresa ajuizou ação anulatória imposta pelo PROCON-SP diante de vinculação em mídias televisas de promoção que envolvia o uso de personagem infantil, o Bob Esponja. A publicidade foi exibida inclusive no canal em que o desenho do personagem é transmitido. Em primeira instância, foi julgada procedente a ação, sob os argumentos de que as crianças não são responsáveis pela compra de gelatina, e sim os pais.	O acordão manteve a decisão proferida na sentença, sob o argumento de que a publicidade com atrativo de personagens populares do universo infantil, não constituiu prática capaz de iludir o consumidor. Além disso, salientou que a família e escola são diretamente e integralmente responsáveis pela formação da subjetividade da criança. Assim, apesar da publicidade ser dirigida ao público infantil, somente os próprios pais irão adquirir os produtos ofertados pela apelado.	Negou provimento ao recurso.

LINHA MAX STEEL - MATTEL

Publicação – 18/06/2018

TJSP

Apelante: MATTEL DO BRASIL LTDA.

Apelado: PROCON SP

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 0021696- 50.2011.8.26.0053	A empresa ajuizou ação anulatória em face do PROCON, diante de multa aplicada pelo órgão, em virtude de publicidade que para promover os produtos utilizava imagens dos brinquedos realizando ações agressivas e autonomamente, como se os brinquedos pudessem de fato se movimentar sozinhos, sem auxílio humano. De acordo com o PROCON, a comunicação mercadológica era abusiva e enganosa, incitando comportamento violento e enganando a criança sobre a falsa ideia de que os bonecos se movimentam sozinhos. A sentença negou o pedido da empresa, mantendo a condenação do pagamento de multa, estabelecida pela órgão.	O acordão manteve a decisão proferida na sentença, sob o argumento de que “as práticas perpetradas pela apelante desconsideraram a imaturidade do discernimento de seu público alvo”e que”em se tratando de crianças, presumidas por lei, <i>juris et de jure</i> , pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, a proteção deve se dar com absoluta prioridade”.	Negou provimento ao recurso.

“HELLO KITTY FASHION TIME” E “GUGA K. POWER GAMES”

Publicação – 17/12/2018

TJSP

Apelante: Grendene SA

Apelada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (PROCON/SP)

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0014636-55.2013.8.26.0053	Apelação contra sentença que decidiu que a publicidade “Hello Kitty Fashion Time” é abusiva por induzir a criança a um comportamento de adulto, suscitando a ideia de “conquista”, sobre a necessidade ou desejo de a menina/mulher atrair a atenção de meninos/homens e, desta forma, se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e a associa a situações incompatíveis com sua condição. Na mesma sentença, condenou a campanha “Guga K. Power Games”, diante de publicidade disfarçada e abusiva, uma vez que se aproveita da deficiência do julgamento da criança, que é induzida a acreditar que programação se trata de um jogo com o tenista Gustavo Kuerten, quando na realidade há uma vinculação direta com a marca.	Violação do art. 37 do CDC.	Deu parcial provimento ao recurso para (i) afastar a multa relativa à campanha publicitária “Guga K. Power Games” e; (ii) determinar o recálculo da multa relativa à campanha “Hello Kitty Fashion Time” tomando-se por base o faturamento médio do trimestre anterior à lavratura do Auto de Infração.

MELAGRIÃO

Publicação – 19/11/2018

TRF – 1

Impetrante: Laboratório Catarinense S/A.

Impetrado: ANVISA

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
MS n° 2008.34.00.020386- 4	A ANVISA determinou suspensão de veiculação de filme publicitário, que utilizou-se de linguagem direcionada ao público infantil, porquanto apresentava animações de abelhas, com enredo que lembra um desenho animado que havia sido lançado, para promoção de seu remédio, Melagrião. A empresa impetrou Mandado de Segurança para anular tal suspensão.	Na hipótese, os motivos que levaram à suspensão da campanha publicitária do medicamento “Melagrião” não foram apontados no ato administrativo, razão pela qual não deve subsistir. O ato administrativo deve apresentar motivação para que seja válido.	Acolheu os pedidos da empresa, com a finalidade de retomar a transmissão da publicidade.

SBT – Novela Carrossel

Publicação – 24/07/2018

TJSP

Apelante: TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A

Apelado: Ministério Público, PROCON

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 0014146- 33.2013.8.26.0053	Ação civil pública promovida pelo MPSP, que afirma que foram exibidas 18 cenas contendo ações de merchandising dirigidas diretamente a crianças, o que é comprovado pelo fato de estarem mescladas ao conteúdo destinado ao seu entretenimento e utilizarem as personagens da novela para a promoção de diversos produtos, estimulando, assim, o seu consumo. No rol das empresas que anunciaram seus produtos estão: Banco do Brasil S.A., Mattel do Brasil Ltda., Malharia Brandili Ltda., Cacau Show Ltda., Nestlé Brasil Ltda., Unilever Brasil Ltda. e SKY Brasil Serviços Ltda.	Foi publicada sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública, condenando a emissora a pagar uma indenização de 700mil reais por danos morais coletivos em razão do reconhecimento das alegações do MPSP e da ilegalidade dos merchandising veiculados na novela Carrossel. Em segunda instância, foi mantida a integralidade da sentença. A Relatora Mariella Ferraz destacou que o SBT desenvolveu prática desleal e abusiva e eximiu-se de responsabilidade, persistindo em conduta que vinha sendo questionada por vários meios à época da veiculação da telenovela infantil Carrossel.	Negou provimento ao recurso de apelação.

MANDADO DE INJUNÇÃO – CRIAÇÃO DE LEI ANTIPUBLICIDADE NAS ESCOLAS

Publicação – 14/05/2019

TJDF

Impetrante: Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrado: Distrito Federal

Apelada

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
0008603-66.2018.8.07.0000)	Trata-se de Mandado de Injunção Coletivo formulado pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios visando ao reconhecimento e consequente suprimento da mora legislativa, consistente na eventual omissão do Governador do Distrito Federal em regulamentar a Lei distrital nº 5.879/2017, a qual coíbe a veiculação de propagandas no interior das escolas públicas e privadas de educação básica	Art. 5º, inciso LXXI, art. 206, art. 227 e outros na Constituição Federal. Sendo a lei 5.879/2017 não autoaplicável, necessária sua regulamentação.	Mandado de injunção julgado procedente (60 dias para que a lei seja regulamentada a partir da publicação deste acórdão).

LINHA TIROL CARROSSEL E PROJETO TIROLZINHO TRANSFORMA**Publicação – 06/05/2019****TJSC****Requerente** Ministério Público de São Paulo**Requerido:** Empresa de Laticínios Tirol LTDA

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Processo nº 0900005- 45.2018.8.24.009 1	A empresa Tirol promoveu diversas campanhas publicitárias realizadas diretamente para crianças, com o intuito de promover sua nova linha de produtos da novela Carrossel. Uma das campanhas exibidas em mídia televisiva, se passava dentro de uma escola, misturando um cenário real e elementos fantasiados com participação de crianças e da atriz Maísa Silva (intérprete da personagem Valéria da Novela Carrossel) e ao som do ritmo da música que acompanha o comercial. Além disso, desenvolveu promoção chamada “Projeto Tirolzinho transforma”, em que alunos, em parceria com suas escolas, deveriam criar brinquedos utilizando materiais recicláveis que, segundo o regulamento, deveriam ser em sua maioria embalagens cartonadas e “preferencialmente caixa de leite longa vida Tirol, caixinhas do suco Frutein, bebida láctea Fibrallis e achocolatado Tirolzinho”. As crianças responsáveis pelos brinquedos finalistas receberiam como prêmio uma bicicleta e uma mochila personalizada cheia de achocolatado Tirolzinho. A escola da criança vencedora, por sua vez, receberia como prêmio uma transformação em um ambiente já existente no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Diante das diversas denúncias, foi promovida ação civil pública pelo Ministério Público de Santa Catarina	Proferida sentença que acolheu os pedidos do MP. De acordo com o juiz “fica evidente a realização de marketing disfarçado de projeto social, direcionado diretamente a crianças na faixa etária de sete a nove anos, que não têm discernimento e maturidade para analisar a situação”. Argumentou ainda no sentido de que O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, §2º, é claro ao vedar publicidades que se aproveitem da falta de julgamento das crianças, o que ficou comprovado no caso em tela.	Proferida decisão em 1º instância que acolheu todos pedidos do MP, condenando a empresa na abstenção de realização de concursos ou distribuição de brindes em escola, além de multa. A Tirol ainda pode apelar da decisão

DIVULGAÇÃO DE FESTA SEM A DEVIDA INDICAÇÃO DE FAIXA ETÁRIA

Publicação – 28/02/2020

TJMG

Apelante: Lúcio Joviano da Silva e Bahall Show House

Apelado: Ministério Público de Minas Gerais

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
1.0059.16.001295-7/001	Houve vinculação, por meio eletrônico, de material de festa denominada "SAMBANEJO", organizada pelo apelante, sem indicação do limite da faixa etária.	Na forma em que disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao particular responsável por determinado evento o papel de prestar adequadamente o serviço oferecido, incluindo o seu dever de atenção aos direitos e garantias da infância e do adolescente. Especialmente em relação ao material de divulgação, exige-se a exibição da faixa etária recomendada, sob pena de cometimento de infração administrativa	Negou provimento ao recurso.

YOUTUBER E PROMOÇÃO MONSTER HIGH

TJSP

Publicação – 14/12/2020

Apelante: Mattel do Brasil

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
1054077-72.2019.8.26.0002	Afirmção, pela apelada, de que os vídeos publicados pela Youtuber contratada Júlia Silva, para divulgar os produtos e promoção da marca, não trazia advertência ostensiva de que se tratava de conteúdo publicitário da promoção “Você Youtuber Escola Monster High”, em flagrante ofensa ao disposto no art. 36 do CDC.	De acordo com a decisão, “no caso concreto, restou exaustivamente demonstrado que a apelante, através de sua campanha publicitária indireta e abusiva, violou significativa e injustamente direitos fundamentais extrapatrimoniais e transindividuais da criança e do adolescente, notadamente a dignidade e o respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, devendo, assim, pagar indenização por dano moral coletivo, nos termos do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, bem como dos artigos 1º da Lei nº 7.347/1985 e 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor e 944 do Código Civil”.	Não provimento ao recuso.

AMBEV X MPSP

TSP

Publicação – 14/12/2020

Apelante: Instituto Alana, IDEC Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Intervezes Coletivo Brasil de Telecomunicação Social

Apelado: Ambev Companhia de Bebidas da América, Cervejaria Kaiser Brasil, Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação Cível nº 0007791-44.2008.4.03.6103/SP	Trata-se de apelação em face de sentença que julgou improcedentes pedidos formulados em ação civil pública do Ministério Público Federal, para que os réus fossem condenados, pelo aumento da ingestão de bebidas alcóolicas decorrente da intensificação de propaganda publicitária, a compensar despesas dos Serviços de Seguridade Social, no importe de R\$ 57.865.921,00, a pagar indenização por danos difusos de R\$ 2.7000.000.000,00, e a custear programa de prevenção e tratamento de consumo de álcool na mesma proporção dos investimentos feitos em publicidade.	A sentença apresenta nulidade por falta de fundamentação, o que implicará o desfazimento de todo o complexo decisório, inclusive nos itens correspondentes ao exame das preliminares de ilegitimidade ativa, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da petição inicial.	Deu provimento à remessa oficial e às apelações para anular a sentença proferida, julgando prejudicados os agravos retidos e determinando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição. Até novembro de 2021 não foi proferida nova sentença.

KIT HABIB'S

Publicação – 03/03/2020

TJSP

Apelante: Alsaraiwa Comércio Empreendimentos Imobiliários e Participações (Habib's)

Apelada: PROCON

Número do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
	A empresa Habib's foi condenada pelo PROCON ao pagamento de multa, diante de comunicação mercadológica abusiva de promoção vinculadas à brinquedos colecionáveis, exclusivos e de alta rotatividade com o combo infantil Kit Habib's. A empresa ajuizou ação anulatória, que foi julgada improcedente em primeira instância.	O Tribunal entendeu que a campanha não foi abusiva, o material distribuído como brinde teria caráter educativo e que a decisão de compra seria de responsabilidade da autoridade familiar. Em seu voto, o Desembargador Relator destacou que “não há como desprezar a existência dos responsáveis pela criança, de forma que ainda que a publicidade seja dirigida ao público infantil, a decisão de compra pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores”. Houve Recurso Especial do PROCON em 1.6.2020 e não há mais decisões relativas ao caso até o momento.	Deu provimento ao recurso.

SHOW DO RONALD – Mc Donalds

Publicação – 10/08/2020

TJSP

Apelantes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Arcos Dourados S.A

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 1127739- 71.2016.8.26.0100	Ação civil pública proposta pela Defensoria do Estado de SP, diante de alegação de realização de shows do Ronald McDonald em instituições de ensino infantil e fundamental, públicas e privadas, em diversas cidades do país. De acordo com o órgão, os shows comandados pelo palhaço Ronald McDonald apresentam jogos, mágicas e atividades de entretenimento, supostamente educativos, a crianças. O ambiente lúdico e o palhaço que representa a rede de fast-food exerceriam função de criar uma ligação afetiva das crianças com a marca, incentivando que elas se tornem consumidoras dos produtos da empresa e suas promotoras de vendas. foi proferida sentença julgando a ação parcialmente procedente. Nela, o juiz reconheceu que a promoção de tais eventos nas escolas configura publicidade abusiva, mas negou o pedido de reparação por dano moral coletivo e social. A	O Tribunal decidiu manter a sentença em sua integralidade. De acordo com a decisão <i>‘Não há dúvidas de que a participação do palhaço Ronald McDonald nas atividades lúdicas, com ou sem uso ostensivo da marca McDonald’s ou o “M” característico, traduz natural vinculação a determinados produtos alimentícios vendidos em seus estabelecimentos. O uso do personagem como forma de publicidade implícita de produtos, mediante exposição não informada de crianças que, naturalmente, possuem menor capacidade de discernimento da própria existência da publicidade, representa publicidade abusiva, nos termos do art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. (...) E no caso concreto, observando-se as fotografias carregadas aos autos, verifica-se, por certo, a natural vinculação da atividade lúdica com a marca e, por isso, os produtos comercializados pela ré, o que não se admite’. Entretanto, afastou a possibilidade de condenação por danos morais, vez que exige uma conduta que agrida, de forma injusta e</i>	Negou provimento ao recurso.

	defensoria e a empresa apresentaram apelação ao TJSP.	<i>intolerável, o que, segundo ele, não aconteceu diante do conteúdo lícito e justificável da campanha.</i>	
--	---	---	--

CHEETOS SURPRESA - PEPSICO

Publicação – 01/12/2020

TJSP

Impetrante: Ministério Público do Estado de São Paulo e PROCON

Impetrado: Pepsico do Brasil LTDA.

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 990.10.282755-0 (ação civil pública) Apelação nº 0010824-73.2011.8.26.0053 (ação anulatória)	A empresa promoveu ação da linha de salgadinhos “Cheetos com surpresa – Hello Kitty”. De acordo com o MP, a embalagem do produto continha elementos atraentes ao público infantil, como cor excessivamente chamativa, referência à personagem conhecida do ideário infantil e uso de imagem da ‘mascote’ do produto. Além disso, as empresas infringiram a legislação pátria ao apresentar promoção com brindes colecionáveis, cujos valores individualmente considerados seriam praticamente idênticos ao do produto inteiro, configurando, também, por isso, a abusiva prática de venda casada, gerando o desejo no público infantil de consumir diversos produtos da linha para conquistar a coleção de 10 chaveiros da personagem ‘Hello Kitty’. Diante dessas afirmações, o MP ajuizou ação civil pública contra a empresa. O PROCON também multou a Pepsco, que ajuizou ação anulatória pela mesma razão.	Em primeira instância, foi proferida sentença que não reconheceu a venda casada, diante do fato de que o oferecimento de brindes não determinou a venda ou consumo desenfreado dos salgadinhos. Afirma ainda que a venda de produtos alimentícios atrelada a brindes é prática aceita pela sociedade e amplamente utilizada no mercado. Em segunda instância, o TJSP manteve a sentença proferida, afirmando que ‘condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento’. Já em relação à ação proposta pela Pepsico, esta foi julgada procedente para anular a multa estabelecida pelo Procon. O órgão apelou ao Tribunal, que também manteve a sentença	Acolheu os pedidos da empresa, com a finalidade de retomar a transmissão da publicidade.

Panini – Álbum da Copa do Mundo FIFA 2018

Publicação – 12/04/2021

TJSP

Apelante: Panini Brasil Ltda A

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Apelação nº 017327- 04.2018.8.26.0068	Ação civil pública proposta pelo MP sob afirmação de que a empresa Panini distribuiu, gratuitamente e sem autorização de mães, pais ou responsáveis, exemplares do Álbum da Copa a crianças em pleno ambiente escolar – no interior e em frente às instituições de ensino – e desenvolveu atividades supostamente educativas, esportivas e de entretenimento, que também permitiram às crianças participantes a aquisição de algumas figurinhas para que já pudessem iniciar a coleção. De acordo com o órgão, a campanha foi realizada com o pretexto de velar publicidade, em total desacordo com a legislação vigente.	De acordo com o Tribunal, “não se nega que a empresa requerida, realizadora e distribuidora de álbuns de figurinhas voltadas ao público infantil, desenvolva atividade cultural, na medida em que os álbuns de figurinhas, via de regra, trazem como tema eventos esportivos, literários, ou ainda informativos de modo que, não se nega seu caráter cultural. Todavia, não há como se afastar que a realização de evento em ambiente escolar, por si só, acaba por divulgar e publicizar perante os menores a empresa e seu produto, inclusive com a distribuição gratuita de álbuns cujo preenchimento estará adstrito a aquisição de material próprio, que importará em despesa familiar ou eventualmente, frustração do jovem público”. Foi mantida decisão de 1º instância que condenou a empresa a não realizar a entrega de produtos da marca nem praticar atividades de entretenimento, diversão e aprendizado em ambiente escolar.	Negou provimento ao recurso de apelação.

VIA QUATRO – Reconhecimento fácil no Metrô de São Paulo

Publicação – 07/05/2021

TJSP

Requerente: IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

Requerido: Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S/A (Via Quatro)

Nº do Processo	Fato	Fundamento	Decisão
Processo nº 090663-42.2018.8.2 6.0100	<p>O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec ajuizou Ação Civil Pública em face da concessionária ViaQuatro. A ação foi promovida para cessar a coleta de dados de forma obrigatória dos consumidores por meio das “Portas Interativas Digitais”, nas estações do metrô de São Paulo sob responsabilidade da ViaQuatro. Tais “Portas Interativas” são equipadas com tecnologia de reconhecimento facial e câmeras que permitem a captação de reações dos usuários a anúncios publicitários que são transmitidos nas telas. Diante da importância da matéria abordada pela Ação Civil Pública, bem como do fato de que os sistemas das “Portas Interativas Digitais” realizam também coleta e tratamento de dados biométricos de crianças e adolescentes para fins comerciais, o Instituto Alana requereu sua admissão no processo na figura de amicus curiae. Em sua manifestação, o Alana destaca que as crianças são relevantes usuárias do transporte público na cidade de São Paulo e por isso estão igualmente sujeitas ao tratamento indevido de seus dados.</p> <p>O Instituto Alana, na condição de amicus curiae, requereu a condenação da ViaQuatro à obrigação de se abster de coletar imagens e tratar dados biométricos de usuários das linhas de metrô; pagamento de indenização por danos morais coletivos em importe não inferior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) a ser revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.</p>	<p>Foi proferida sentença em primeiro grau, condenando a prática da ViaQuatro, que de acordo com a juíza da 37ª Vara Cível de São Paulo “revela conduta bastante reprovável, capaz de atingir a moral e os valores coletivos, principalmente considerando o incalculável número de indivíduos que transitam pela plataforma da requerida diariamente, inclusive crianças e adolescentes, cuja imagem goza de maior e notória proteção, nos termos do artigo 17 do ECA”.</p> <p>A ViaQuatro foi condenada a se abster de captar as imagens, sons e quaisquer outros dados pessoais dos usuários do metrô sem o seu consentimento prévio, através das câmeras ou outros equipamentos instalados na Linha 4, além do pagamento de multa.</p>	<p>Proferida decisão em 1ª instância que acolheu os pedidos do IDEC, com exceção do pagamento de indenização aos usuários. A empresa recorreu da decisão.</p>

ANEXO II

CASOS ANALISADOS PELO CONAR ENTRE 2020 E 2015

2020

MINHA LAÇAROTE TEEN

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2020

Representação n°: 279/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Laçarote Petit

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c", do Código

Resumo: Postagem em redes sociais de loja virtual atraiu queixa de consumidor por considerar que é ilustrada com fotos de crianças e adolescentes trajados e maquiados como adultos portando taças de vinho. Para o denunciante, é situação de todo incompatível com a idade das modelos.

Em sua defesa, a Laçarote Petit informou que as fotos foram produzidas na presença dos pais, tendo sua exibição suspensa tão logo a anunciante recebeu comentários negativos a respeito. A defesa encerrou se desculpando pelo ocorrido.

A relatora propôs a sustação do anúncio, sendo acompanhada por unanimidade.

RIOT GAMES – JOGUE LOL AGORA – LEAGUE OF LEAGENDS

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2020

Representação n°: 004/20

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Riot Games

Relator(a): Conselheira Ana Carolina Pescarmona

Câmara: Segunda Câmara

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 infanto-juvenil 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.

PEPSICO DO BRASIL – PROMOÇÃO CHEETOS E ANITTA – PARTIU FESTA

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2020

Representação nº: 028/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Pepsico do Brasil

Relator(a): Conselheira Patricia Blanco

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: O Conar recebeu duas queixas de consumidores, contra anúncio veiculado pela Pepsico em TV e redes sociais com participação da cantora Anitta, por eventual apelo à sensualidade, tanto mais que o produto tem forte apelo junto a crianças e adolescentes. A direção do Conar também pediu manifestação do Conselho de Ética sobre eventual uso de apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade, prática reprovada pelo Código ético-publicitário.

Em sua defesa, a anunciante alegou que o produto anunciado não é destinado a crianças, e a campanha objetiva público maior de treze anos, o que foi levado em conta no planejamento de mídia da campanha. Negou ainda uso de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade.

A relatora concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa, considerando que foram tomados pela anunciante os cuidados necessários para realização da promoção. Por isso, propôs o arquivamento, sendo acompanhada por unanimidade.

RECKITT BENCKISER BRASIL E BETX BRASIL – VEJA POWER FUSION

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2020

Representação n°: 037/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Reckitt Benckiser Brasil e Betc Brasil

Relator(a): Conselheiro Guilherme Vieira de Campos Pinto

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor viu possível estímulo a comportamento inadequado de menores de idade em anúncio em TV e redes sociais de produto de limpeza da Reckitt Benckiser Brasil. No filme, há cena de uma criança rabiscando parede.

A agência que atende a anunciante defendeu-se, considerando que o filme em nada estimula comportamento inadequado. A criança, inclusive, assiste a mãe limpando a parede.

Estes e outros argumentos convenceram a Câmara julgadora que, atendendo proposta do autor do voto vencedor, deliberou por maioria pelo arquivamento.

NASCERAM NOVOS BEBÊS!! MINICRAFT CIDADE #10

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2020

Representação n°: 301/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: AuthentiGames e Habib's/Ragazzo

Relator(a): Conselheira Fernanda Tomasoni

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 28, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo H

Resumo: Ação publicitária com o título acima, veiculada em redes sociais em canal destinado ao público infantil, carece de clara identificação como publicidade, conforme recomendado pelo Código em seus artigos 9º e 28. Por isso, a direção do Conar propôs representação ética,

questionando também se há estímulo ao consumo excessivo pela associação da refeição a aquisição de diversas unidades de brinquedo.

A Habib's/Ragazzo enviou defesa ao Conar explicando que a veiculação foi ato espontâneo da AuthentiGames, que não enviou manifestação ao Conar.

A relatora iniciou seu voto lembrando que identificar a natureza publicitária de postagens de influenciadores digitais tem sido um grande desafio para a ética publicitária. "Isso porque, na internet, mais conhecida como "terra de ninguém", em teoria tudo pode", escreveu ela.

No caso em tela, a relatora considera que a Habib's/Ragazzo não pode se eximir de responsabilidade, até pelo fato de ter outras campanhas publicitárias desenvolvidas com a AuthentiGames, com o mesmo influenciador que aparece na publicidade objeto desta representação.

No mérito, ela deu razão à denúncia, considerando que há falta de clareza sobre a finalidade da peça, apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e associação antiética entre brinquedo colecionável e o consumo de três refeições compostas por hambúrgueres ou esfihas, refrigerante e batata frita.

Por isso, propôs a sustação da ação agravada por advertência à Habib's/Ragazzo e AuthentiGames. Seu voto foi aceito por unanimidade.

CASTELO DE CHOCOLATE COM KIT KAT E OREO

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2020

Representação nº: 040/20

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Nestlé Brasil, Masterfoods Brasil, Mondelez Brasil, Fini, Hershey do Brasil, Chocolates Garoto e Lucas Neto

Relator(a): Conselheira Fernanda Tomasoni

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Advertência ao influenciador e arquivamento da representação em face dos fabricantes

Fundamentos: respectivamente artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a", do Código e seu Anexo "H" e artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: O Conselho Superior do Conar propôs representação contra ação publicitária em redes sociais do influenciador Lucas Neto, na qual ele se utiliza de guloseimas de vários fabricantes para montar uma miniatura de castelo. A representação foi motivada por denúncia enviada ao Conar pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que questionou se não há estímulo ao consumo excessivo de doces por crianças e adolescentes e se a natureza publicitária da ação está claramente expressa.

Todas as fabricantes, excetuando-se a Hersheys, enviaram defesa ao Conar, nas quais informam não terem participado de qualquer forma da ação objeto desta representação. O influenciador também enviou defesa, em que ratifica a informação de que as fabricantes não solicitaram ou pagaram pela ação, sendo ela de sua livre iniciativa.

Para a relatora, restou demonstrado que não se tratou de publicidade contratada, tampouco de conteúdo patrocinado, pelo que propôs o arquivamento da denúncia contra as fabricantes.

Em relação ao influenciador Luccas Neto, a relatora recomendou a advertência. Seu voto foi aceito por unanimidade.

MONDELEZ BRASIL - BOMBOU, GANHOU

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2020

Representação n°: 033/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mondelez Brasil

Relator(a): Conselheira Camila Félix Moreira

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidores viram estímulo a comportamento inadequado em anúncios em redes sociais da internet da guloseima Bis. Com o título acima, as peças publicitárias poderiam estimular a premiação pelo consumo do produto de alunos que ficaram em recuperação. Mais queixas chegaram ao Conar depois da abertura da representação ética.

A anunciante defendeu-se, considerando que abordou o tema de forma responsável, jovial e bem humorada, respeitando as recomendações do Código e apoiando estudantes em um momento sensível.

Para a relatora, os anúncios "geram ruído", mas são criativos e não contrariam as recomendações do Código. Votou pelo arquivamento, sendo acompanhada por unanimidade.

GUA.CO - CAI DE BOCA

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2020

Representação n°: 053/20

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Gua.Co Brasil Franchising

Relator(a): Conselheiro André Porto Alegre

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 22 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Trata-se de representação proposta pelo Conselho Superior do Conar, a partir de denúncia recebida do Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo como objeto anúncio em mídia exterior com o título acima, de responsabilidade da Gua.Co Brasil Franchising, uma rede de restaurantes. O anúncio é ilustrado pela foto de um taco visto de cima, sobre fundo branco. A denúncia considera o anúncio inadequado ao sugerir prática sexual em mídia que atinge amplo público, inclusive crianças, sem qualquer possibilidade de controle por parte dos pais e responsáveis. O relator da representação concedeu medida liminar de sustação até o julgamento da representação.

A anunciante defendeu-se considerando que o título expressa a ideia de "ir com tudo", "ir com vontade" em busca do alimento.

Para o relator, a explicitude do anúncio é "de cegar os cegos". Escreveu em seu voto: "A condenação do anúncio em tela não é um aspecto interpretativo sobre suas intenções. É a condenação de que a sua intenção está despegada da sociedade que almejamos e na qual a propaganda está cada vez mais inserida". Recomendou a sustação, sendo acompanhado por maioria de votos.

IFOOD E PK XD - EXPLORE O UNIVERSO E JOGUE COM OS AMIGOS

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2020

Representação nº: 060/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: iFood e PlayKids

Relator(a): Conselheiro Mentor Muniz Neto

Câmara: Primeira Câmara

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.

LUCAS NETO E LOJA DO LUCAS TOON

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2020

Representação nº: 091/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Luccas Neto e Loja do Lucas Toon

Relator(a): Conselheiro Bruno Bonfati

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 30, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Denúncia de consumidor motivou esta representação contra três vídeos veiculados em redes sociais por Luccas Neto, divulgando linha de brinquedos. Para o consumidor, não fica clara a distinção entre conteúdo editorial e publicitário, em oposição às recomendações do Código. Os vídeos têm os seguintes títulos: "Luccas Neto quer brincar de piscina gigante dentro da sala", "Boneco Luccas Neto" e "Luccas Neto e o desaparecimento da sua bicicleta".

Os anunciantes enviaram defesa conjunta ao Conar, alegando não se tratar de publicidade a menção à piscina. Em relação ao segundo e terceiro vídeos, consideram ser bastante óbvias as ações publicitárias e que elas estão convenientemente caracterizadas como tal.

A defesa dá notícias também sobre o que considera ser grande esforço do influenciador e sua equipe "em adequar a atuação profissional de forma perfeitamente afinada com a legislação em vigor, inclusive às determinações do Conar", tendo até produzido um manual de adequação, que foi juntado ao processo.

Tais esforços foram devidamente reconhecidos pelo relator da representação.

Ele notou, porém, alguns pontos nos vídeos que merecem aprimoramento, tais como apelo imperativo de consumo e identificação publicitária em alguns trechos. O relator notou ainda que dois dos vídeos giram inteiramente em torno dos produtos anunciados, o que desatende recomendação do artigo 23 ("Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade") e 37 do Código, que reúne os cuidados que os anúncios devem ter ao serem dirigidos a uma audiência mais vulnerável, como é o público infantil.

Por isso, ele propôs a alteração dos três vídeos, sendo acompanhado por unanimidade.

SANTA TATUAGEM - MINHA MÃE? ELA É INCRÍVEL! SEMPRE APOIOU AS MINHAS TATOOS. E A SUA?

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2020

Representação n°: 096/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Santa Tatuagem

Relator(a): Conselheiro Guilherme Malik

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código

Resumo: Queixa de consumidor visou anúncio em redes sociais da Santa Tatuagem ilustrado com foto de um bebê coberto de tatuagens. Citada pelo Conar, a anunciante eximiu-se de defesa.

O relator considerou desrespeitadas várias recomendações da ética publicitária. "O Código indica que a participação de criança em peça publicitária deve guardar pertinência e necessidade no contexto do anúncio. No presente caso, não se vislumbra qualquer desses pré-requisitos. Isto porque um bebê obviamente não pertence ao universo das tatuagens (podendo, inclusive, sua aplicação ser considerada um crime) e o anúncio em questão não requer (e nem poderia) qualquer demonstração por um bebê", escreveu o relator em seu voto, pela sustação, agravada por advertência à Santa Tatuagem. Ele foi acompanhado por unanimidade.

AMBEV - CORRE SIÔ

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2020

Representação n°: 025/20

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ambev

Relator(a): Conselheiro Hiram Baroli

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.

HEINEKEN - BRASIL KIRIN - TROPICAL É

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2020

Representação n°: 142/20

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Heineken - Brasil Kirin

Relator(a): Conselheiro Bruno Bonfanti

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo P

Resumo: Consumidor teme haver indução ao consumo de bebidas alcoólicas por menores de idade em publicidade no jogo Sonic, que possui indicação etária livre na seção de ofertas de aplicativos Play Store-Google.

A Heineken - Brasil Kirin defendeu-se, informando ter utilizado técnica de direcionamento do anúncio exclusivamente para maiores de 18 anos, com uso da plataforma de mídia programática Verizon Media DSP que, conforme a defesa, teria 97% de cobertura do inventário digital no Brasil.

O relator não aceitou este e outros argumentos da defesa. Para ele, resta evidente que não foram tomados todos os cuidados possíveis nem utilizados todos os recursos que estavam à disposição para garantir a observância das normas do Código. "Na própria defesa existe menção à existência de mecanismos de Allow List e Block List nas ferramentas de compra de mídia programática, que permitem definir listas de inclusão e/ou de exclusão de locais (websites, aplicativos?) nos quais a propaganda será veiculada. Se, por exemplo, fosse utilizado o mecanismo de Block List para restringir a veiculação da propaganda em questão em aplicativos destinados a menores de idade, tal veiculação não deveria ocorrer, independentemente da configuração de perfil feita pelo usuário em seu dispositivo", escreveu o relator em seu voto.

Segundo ele, por mais que a participação dos pais ou responsáveis seja vital para que a experiência digital dos menores de idade seja segura e educativa, a defesa não deveria eximir-se de sua responsabilidade, transferindo-a para o denunciante, tio da criança, quando ela própria falhou em tomar cuidados básicos para assegurar a correta divulgação do seu anúncio.

Propôs a sustação do anúncio e advertência à Heineken - Brasil Kirin, para que adote todos os cuidados e ferramentas disponíveis para evitar que futuras publicidades sejam veiculadas de forma contrária às normas da ética publicitária. Seu voto foi aceito por unanimidade.

2019

CANDIDE - FIVE SURPRISE - BABY SECRETS - LOL SURPRISE

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019

Representação n°: 261/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Candide

Relator(a): Conselheiro Marcelo Migliori

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c", do Código

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética a existência de estímulo ao consumo excessivo em anúncio em TV de linha de brinquedos, destacando "5 surpresas, mais de mais de mil combinações".

A anunciante negou, em defesa enviada ao Conar, tal interpretação, considerando que o anúncio em tela apenas informa sobre as características da linha de produtos.

O relator aceitou estes argumentos, mas identificou na peça publicitária uma frase - "Procure também pelo 'Furry' e o 'Sparkle'" que, entende, pode estimular competitividade e indicador de superioridade, contrariando recomendações do artigo 37 do Código, que trata da publicidade de produtos e serviços dirigidos a crianças e adolescentes. Seu voto, pela alteração, foi acompanhado por unanimidade.

DTC TOYS - PIKMIPOPS - TWOZIES

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019

Representação n°: 262/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: DTC Toys

Relator(a): Conselheiro Renato de Souza Dias

Câmara: Segunda, Quarta e Sexta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética estímulo ao consumo excessivo por crianças em anúncio em TV, divulgando brinquedos colecionáveis.

A anunciante negou em sua defesa tal interpretação, considerando, além de outros argumentos, que a mera informação de que se trata de linha de produtos não implica em estímulo ao consumo.

O relator propôs o arquivamento da representação, acolhendo os argumentos da defesa, sendo acompanhado por unanimidade.

CHURRASCARIA RODEIO

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019

Representação n°: 271/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Churrascaria Rodeio

Relator(a): Conselheiro Augusto Fortuna

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar entendeu haver apelo de consumo vocalizado por crianças em anúncios de rádio de churrascaria, constringendo pais e responsáveis. Tal prática desatende recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A anunciante, em defesa enviada ao Conar, negou tal interpretação, considerando que o anúncio é dirigido a maiores de idade.

O relator aceitou este e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhado por unanimidade.

MUCILON - ZERO ADIÇÃO DE AÇÚCARES

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019

Representação n°: 249/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Nestlé Brasil

Relator(a): Conselheira Cristina De Bonis

Câmara: Segunda, Quarta e Sexta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora contestou no Conar publicidade em internet por considerar que ela pode levar ao engano em relação à presença ou não de açúcares em produto alimentício para crianças.

Em sua defesa, a anunciante detalhou a formulação de Mucilon, visando elucidar a queixa da consumidora. Tais explicações convenceram a relatora, pelo que ela recomendou o arquivamento da representação, sendo acompanhada por unanimidade.

JÁ FUI A CAPITAL DA P#@TODA

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2019

Representação nº: 016/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: R2 Produções

Relator(a): Conselheiro José Leal Neto

Câmara: Quarta Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, parágrafo 6º, e 50, letra "c", do Código

Resumo: Consumidor brasileiro dá notícia ao Conar de anúncio em mídia exterior com o texto acima, inclusive o recurso a sinais gráficos que tradicionalmente simbolizam palavras. Para o consumidor, tal prática incorre em desrespeito, tanto mais por ser exibido em mídia facilmente visível por crianças e adolescentes.

Não houve defesa por parte da R2 Produções.

O relator concordou com o consumidor e propôs a sustação do anúncio. Seu voto foi aceito por unanimidade.

IOIÔ CAPCOM - EU TENHO, VOCÊ NÃO TEM

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação nº: 059/19

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ioiô Capcom

Relator(a): Conselheira Sirley Cordeiro de Lima

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código

Resumo: Anúncio com o título acima, veiculado em internet, foi denunciado ao Conar por consumidora carioca, que considerou haver claro desrespeito às normas éticas para a publicidade de produtos e serviços para crianças e adolescentes, que não aceita apelo imperativo de consumo dirigido a este público. Na peça publicitária, há ao menos outros três apelos semelhantes. Mais reclamações chegaram ao Conar depois da abertura do processo. Não houve defesa por parte da anunciante

A relatora concordou com as críticas dos consumidores e recomendou a sustação, agravada por advertência à Ioiô Capcom, sendo acompanhada por unanimidade.

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

Relator(a): Conselheiro Manoel Zanzoti, com voto complementar de Hiram Baroli

Câmara: Sétima Câmara

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.

BURGER KING - POLIAMOR

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação nº: 039/19

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Burger King

Agência: David Brasil

Relator(a): Conselheira Maria Tereza Sadek

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Perto de vinte consumidores enviaram reclamação ao Conar, considerando que anúncio em TV e internet do Burger King pode estimular a bigamia, crime previsto no Código Penal brasileiro, inclusive pelo fato de ser exibido em horário acessível a crianças. A direção do Conar pediu também manifestação do Conselho de Ética sobre a regularidade da peça publicitária, sobre eventual estímulo ao consumo excessivo de alimentos.

Anunciante e agência defenderam-se, considerando respeitar de forma estrita todas as recomendações da ética publicitária, negando estímulo à bigamia ou ao consumo excessivo.

A relatora acolheu os argumentos da defesa, sugerindo que o anúncio seja veiculado em horários menos acessíveis a menores de idade. Concordou ainda que não há estímulo ao consumo exagerado. Seu voto foi aceito por unanimidade.

PERNOD RICARD E KONDZILLA - ORLOFF FEAT.KONDZILLA

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2019

Representação nº: 056/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Pernod Ricard Brasil e Kondzilla Filmes

Relator(a): Conselheiro José Francisco Eustachio

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letras "a" e "b", do Código e seu Anexo A

Resumo: Exibição de anúncio de vodka em canal de redes sociais foi denunciado ao Conar por consumidor paulistano. O canal não contém mecanismo de acesso seletivo, a cláusula de advertência recomendando consumo responsável de bebidas alcoólicas, é de difícil visualização e também há dúvidas sobre a clara identificação publicitária do anúncio.

Em sua defesa, a Pernod Ricard informou ter sido adicionado ao site o mecanismo de acesso seletivo recomendado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e que também alterou a exposição da cláusula de advertência.

O relator reconheceu as iniciativas dos anunciantes, mas notou que o vídeo ainda é acessível a qualquer pessoa, independentemente da idade. Ele propôs a alteração agravada por advertência

à Pernod Ricard e Kondzilla Filmes, no sentido de que sejam adotadas medidas efetivas para limitar o acesso de menores de idade ao vídeo. Seu voto foi aceito por unanimidade.

AGORA, COM O OVO DE PÁSCOA SURPRESA, FICOU FÁCIL TER OS ANIMAIS PERTINHO DE VOCÊ

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2019

Representação n°: 091/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Nestlé Brasil

Relator(a): Conselheiro Mentor Muniz Neto

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar pediu manifestação do Conselho de Ética sobre eventuais infrações éticas em anúncio em internet de ovos de chocolate da Nestlé, em especial ao uso de efeitos visuais, estimulando crianças a baixarem aplicativo de celular, e apelo imperativo de consumo.

Em sua defesa, a anunciante informou que não dirige publicidade a menores de doze anos, tendo o anúncio em tela visado público adolescente e adulto. Informou também que o aplicativo oferecido, de realidade aumentada, tem foco educativo e que a sua obtenção não depende da compra do produto. Negou apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade.

O relator acolheu os argumentos da defesa e propôs o arquivamento. Seu voto foi aceito por unanimidade.

FERRERO E BRINQUEDOS E BONECAS - SURPRISE LADYBUG ABRINDO 2 OVOS DE PÁSCOA SURPRESA MIRACULOUS AS AVENTURAS DE LADYBUG

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2019

Representação n°: 093/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Ferrero do Brasil e Brinquedos e Bonecas

Relator(a): Conselheiro Percival Caropreso

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar propôs representação contra anúncio da Ferrero veiculado pelo Brinquedos e Bonecas, canal de redes sociais, por considerar deficiente a sua identificação publicitária, o uso de apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade e o estímulo ao consumo excessivo de alimentos, todas práticas reprovadas pelo Código.

Em sua defesa, a Ferrero informou que a postagem foi espontânea e que respeita de forma estrita as recomendações da ética publicitária.

Diante dos termos da defesa, o relator propôs o arquivamento, sendo acompanhado por maioria de votos.

ATLAS QUANTUM

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2019

Representação nº: 159/19

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Atlas

Agência: Critical Mass

Relator(a): Conselheiro Augusto César Fortuna

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor residente em São Paulo (SP) questionou no Conar a regularidade de anúncio protagonizado por criança, explicando o que é bitcoin e divulgando a modalidade de investimento, lembrando que ela não está ao alcance de menores de idade.

Anunciante e agência argumentaram que o anúncio atende estritamente às recomendações do Código.

O autor do voto vencedor aceitou os termos da defesa e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhado por maioria de votos

MONTANDO PETZ SUPER RAROS (TWISTY PETZ) - LULUCA

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2019

Representação n°: 084/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Sunny Brinquedos e Luluca

Relator(a): Conselheira Aline Amorim

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 30, 37 e 50, letra "a", do Código

Resumo: Consumidora residente em São Paulo (SP) considerou pouco clara a natureza publicitária de postagem em redes sociais de Luluca, uma criança, divulgando brinquedos. A direção do Conar adicionou à denúncia, o que considerou desrespeito a recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para a publicidade protagonizada por menores de idade.

Os responsáveis pela apresentadora alegaram, em defesa enviada ao Conar, erro técnico, por não acrescentarem informação de que se tratava de publicidade, erro já corrigido diante da notificação do Conar. Já a Sunny considerou ter sido evidente o propósito publicitário da postagem pelo simples fato de aparecer no vídeo a marca dos produtos. Negou desrespeito a recomendações do Código.

A relatora não reconheceu excessos na postagem, apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idades ou desmerecimento de valores propostos pela ética publicitária. Ela propôs apenas a advertência aos anunciantes pela carência da identificação publicitária. Seu voto foi aceito por unanimidade.

B2W - OVOS DE PÁSCOA DA PEPPA!

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2019

Representação n°: 090/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: B2W Companhia Digital

Relator(a): Conselheira Carla Simas

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar propôs representação contra anúncio em redes sociais da B2W, pedindo manifestação do Conselho de Ética sobre se a peça publicitária ultrapassa as recomendações do Código para a publicidade dirigida a menores de idade. A direção do Conar

entende que a postagem não está convenientemente identificada como conteúdo publicitário e que encerra apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade.

Em sua defesa, a B2W, ainda que negando responsabilidade pelo anúncio, informou considerar que a peça publicitária é ética, estando corretamente identificada como anúncio.

A conselheira, em alentado voto, examinou uma a uma as alegações da direção do Conar, terminando por concluir pela correção do anúncio. Propôs o arquivamento, sendo acompanhada por unanimidade.

CERVEJARIA GRAM BIER - FÁBRICA DE CERVEJA

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2019

Representação n°: 085/19

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Cervejaria Gram Bier - Dreher Cervejas Especiais

Relator(a): Conselheiro Nilson Souza

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "b", do Código e seu Anexo P

Resumo: Ofício recebido da Promotoria de Justiça de Gramado, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, motivou esta representação, assumida pelo Conselho Superior do Conar como previsto nos Estatutos Sociais da entidade, tendo em vista campanha em site e redes sociais denominada Fabulosa Fábrica de Cerveja, de responsabilidade da Cervejaria Gram Bier - Dreher Cervejas Especiais.

O Ministério Público questiona se a campanha não transgride, de diferentes maneiras, as recomendações do Código para a publicidade de cerveja no que toca ao público menor de idade. Nas peças publicitárias, divulga-se uma peça teatral ambientada numa fábrica de cerveja e na qual aparecem personagens - Cevadinha e Lupolino, por exemplo - que remetem ao universo infantil.

Defesa enviada pela anunciante informou que a campanha não visa público infantil, ainda que ele seja admitido no espetáculo desde que acompanhado pelos responsáveis. Ao final do espetáculo, é oferecida degustação de cerveja aos adultos.

O autor do voto vencedor não aceitou estes e outros argumentos da defesa, propondo a alteração da campanha, de forma a incluir nela as frases de advertência propostas pelo Código, a exclusão de menores de idade dos anúncios e destacando melhor as limitações de acesso do público infantil ao espetáculo, a respeito do qual ele nada objeta. Seu voto foi aceito por maioria.

LOL – SUPRISE GAROTO

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação n°: 092/19, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Chocolates Garoto e Brinquedos e Bonecas

Relator(a): Conselheiros Ruy Lindenberg e André Coutinho Nogueira

Câmara: Sexta Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 9º, 28, 37 e 50, letra "a", do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar questionou a identificação publicitário de postagem em redes sociais promovendo ovos de Páscoa da Chocolates Garoto em página do canal Brinquedos e Bonecas. Também pediu manifestação do Conselho de Ética sobre eventual estímulo ao consumo exagerado de alimentos, por meio de ênfase da coleção de brindes.

Em sua defesa, a Garoto nega vínculo comercial e responsabilidade sobre a postagem, informando não a ter localizado ao tomar conhecimento dela pela ação do Conar. Por isso, não adotou providências para resguardar a sua marca.

O relator propôs a advertência aos anunciantes, sendo acompanhado por unanimidade. Ele informa em seu voto ter localizado o vídeo objeto desta representação depois de ler o teor da defesa e ainda em exibição na véspera do julgamento.

A Garoto recorreu da decisão, mas ela foi confirmada por unanimidade pela câmara recursal, seguindo proposta do relator de segunda instância. Ele considerou que o conteúdo da postagem representa "claro risco à saúde das crianças, tratando-se de depoimento que estimula, sim, o consumo em excesso" e que alguém deve ser responsabilizado, "já que a ausência de previsão legal não pode ter como consequência o óbvio dano ao consumidor final".

MUSCLE FULL - CONSTRUINDO UM FUTURO SAUDÁVEL

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação n°: 167/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: W.O. Peran - Muscle Full

Relator(a): Conselheiro Augusto Fortuna

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Sustação do anúncio e alteração da embalagem

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "b" e "c", do Código e seu Anexo H

Resumo: Consumidora de Marília (SP) enviou reclamação ao Conar, contra publicidade em redes sociais de produto denominado Muscle Full, de responsabilidade da empresa W.O. Peran. A consumidora alerta para o uso de criança na peça publicitária, incitando o uso do produto, um suplemente alimentar.

Ainda que regularmente citada pelo Conar, a anunciante, uma microempresa, não apresentou defesa.

O relator considerou o anúncio irregular, ao se utilizar de menor de idade para vocalizar apelo de consumo e estimular o seu uso por crianças. Ele lembra que o consumo de suplementos alimentares não é vedado a menores de idade, mas deve ser recomendado por médicos e nutricionistas, o que não é frisado na peça publicitária. Por conta disso, recomendou a sustação do anúncio, bem como de outros de Full Muscle, por motivos semelhantes.

O relator notou também inconformidades no rótulo do produto, que não segue as recomendações da Anvisa, como advertências e observância de limites das substâncias contidas. Em ambos os casos, suas recomendações foram acolhidas por unanimidade.

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

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação n°: 151/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Kellogg Brasil, @rodpocket e Ygor Freitas

Relator(a): Conselheiro Renato de Souza Dias

Câmara: Segunda Câmara

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.

CIMED - SÓ EU GOSTO DE BURACO QUENTE?

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2019

Representação n°: 142/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Cimed

Relator(a): Conselheiro Mentor Muniz Neto

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19 e 50, letra "b", do Código

Resumo: E-mail de consumidora paulistana motivou esta representação, contra postagem em redes sociais promovendo lubrificante íntimo com o título acima e ilustrado com foto de sanduíche. Para a consumidora, o anúncio é desrespeitoso, em especial junto ao público menor de idade.

A Cimed manifestou-se em defesa no Conar, negando motivação à denúncia. Considerou que nada na peça publicitária leva a crianças e adolescentes, a publicidade objeto desta representação sendo veiculada exclusivamente para seguidores da página da marca.

O relator notou em seu voto que não cabem a ele e ao Conselho de Ética análises estéticas dos anúncios trazidos a julgamento. No mérito, ponderou que, considerando a máxima responsabilidade social que se espera dos anunciantes e agências em assuntos que possam ser sensíveis a menores de idade, vale mencionar na página alerta de que se trata de conteúdo adulto. Por isso, sugeriu a alteração, sendo acompanhado por unanimidade.

À VONTADE - AMSTEL

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2019

Representação n°: 204/19

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Heineken Brasil

Agência: JWT

Relator(a): Conselheiro Ehr Ray

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora de São Paulo, Capital, questiona no Conar se anúncio em TV e internet de cerveja não mostra atores com menos de 25 anos de idade. Segundo recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, publicidade de bebidas alcoólicas não devem mostrar pessoas tenham ou aparentem ter 25 anos ou menos de idade.

Defesa de anunciante e sua agência juntou documentos de identidade de todos os participantes do anúncio, comprovando cumprimento da norma ética. A defesa alude ainda à ausência no filme de qualquer elemento do universo jovem.

O relator aceitou estas explicações da defesa e recomendou o arquivamento da representação, sendo acompanhado por unanimidade.

DIA DAS CRIANÇAS C&A – LEVE 4 PAGUE 2

Mês/Ano Julgamento NOVEMBRO/2019

Representação n°: 235/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: C&A Modas

Relator(a): Conselheiro Paulo Celso Lui

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questiona o Conselho de Ética se há apelo imperativo de consumo a menores de idade em anúncio em canal da internet.

Em sua defesa, a anunciante negou motivação à denúncia, enfatizando que a peça publicitária não é direcionada a crianças e adolescentes.

O relator acolheu os argumentos da defesa e propôs o arquivamento, sendo acompanhado por unanimidade.

DIA DAS CRIANÇAS TOBBY MAX

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação n°: 237/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Toby Max

Relator(a): Conselheira Carla Simas

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c", do Código

Resumo: Apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade motivou esta representação, proposta pela direção do Conar contra publicidade em redes sociais de responsabilidade da Toby Máximo.

Regularmente citada, a anunciante não apresentou defesa.

A relatora deu razão à denúncia e propôs a sustação do anúncio, sendo acompanhada por unanimidade.

REAL PRESENTES - DIA DAS CRIANÇAS - BLAST POPPER

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação nº: 239/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Real Presentes

Relator(a): Conselheiro Manoel Zanzoti

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: A direção do Conar viu apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em publicidade em redes sociais, de responsabilidade da Real Presentes. A anunciante não se defendeu no processo, ainda que regularmente citada.

O relator recomendou a alteração da peça publicitária. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DIA DAS CRIANÇAS ESKALA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação nº: 241/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Lojas Eskala

Relator(a): Conselheiro Marcio Soave

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a", do Código

Resumo: A direção do Conar propôs representação ética contra anúncio veiculado em canal da internet destinado a menores de idade, promovendo brinquedo. Além de ser vocalizado por crianças, o anúncio pode estimular situações de constrangimento a pais e responsáveis, com o propósito de impingir consumo, desatendendo recomendações reunidas no artigo 37 do Código, que trata da publicidade de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes.

A anunciante informou em defesa enviada ao Conar que alterou a locução do anúncio, para a voz de um adulto, descaracterizando assim a alegação de constrangimento.

O relator aceitou os argumentos das Lojas Eskala, mas recomendou a advertência ao anunciante. Seu voto foi aceito por unanimidade.

**"LOL SURPRISE COM POP UP STORE É MAIS QUE DIVERSÃO. É CANDIDE" E
"LOL BLING SURPRISE É MAIS QUE DIVERSÃO. É CANDIDE"**

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação nº: 244/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Candide

Relator(a): Conselheira Mirella Caldeira Fadel

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética anúncio em TV de bonecas da Candide. Na peça publicitária, elas aparecem se movendo sozinhas, o que pode induzir ao engano, tanto mais por ser produto dirigido a crianças de pouca idade.

Em sua defesa, a anunciante alegou que o anúncio apresenta o produto de forma lúdica, notando que em várias passagens do filme, aparecem mãos manipulando as bonecas, havendo inclusive lettering a respeito.

A relatora não levou em conta estes e outros argumentos da Candide, por considerar que falta ostensividade à frase mencionada pela defesa e, mais grave que isso, não viu presença de mãos, explicando o movimento das bonecas. Por isso, votou pela alteração, sendo acompanhada por unanimidade.

MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE: NÃO USAR CANETAS NEWPEN PODEM CAUSAR NOTAS BAIXAS

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação n°: 253/19

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Newpen do Brasil

Relator(a): Conselheira Adriana Pinheiro Machado

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 2º, 3º, 6º, 20, 23, 24, 25, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código

Resumo: Consumidores de Curitiba e Araçongas (PR), Natal e Parnamirim (RN), São Sebastião do Paraíso, Renascença e Lavras (MG), Porto Alegre, Sapucaia do Sul e Cachoeirinha (RS), Rio e Três Rios (RJ), Arapiraca (AL), Serra (ES), São Luís (MA), São Paulo, Araçatuba, São Carlos, Barra Bonita, Matão, Adamantina e Agudos (SP), Souza (PB), Joinville e Capinzal (SC) e Recife, Petrolina e Vitória de Santo Antão (PE), num total de 31 reclamações recebidas pelo Conar, provocaram esta representação, contra postagem publicitária em redes sociais. Os consumidores questionaram a associação proposta pelo anúncio, entre a obtenção de boas notas na escola à aquisição de canetas da marca Newpen, apelo agravado pelo fato de o anúncio ter sido direcionado a crianças e adolescentes.

Em sua defesa, a anunciante informou ter retirado o anúncio de exibição tão logo foi comunicada da abertura de representação ética pelo Conar. No mérito, negou motivação às denúncias.

A relatora concordou com as denúncias dos consumidores e recomendou a sustação, agravada por advertência à Newpen do Brasil. Seu voto foi aceito por unanimidade.

ERLANIA E VALENTINA, MATTEL DO BRASIL E CENTRO ATACADISTA BARÃO - VALENTINA EM UMA HISTÓRIA ENGRAÇADA DA GUITARRA DE BRINQUEDO DA BARBIE

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação n°: 238/19

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Erlania e Valentina, Mattel do Brasil e Centro Atacadista Barão

Relator(a): Conselheiro José Francisco Eustachio

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30, 37 e 50, letra "a", do Código

Resumo: A direção do Conar propôs representação ética contra vídeo veiculado em internet, de responsabilidade de Erlania e Valentina, Mattel do Brasil e Centro Atacadista Barão, por considerar que o propósito publicitário do vídeo não é evidente, como recomendado pelo Código, tanto mais pelo fato de divulgar produto dirigido a menores de idade, sendo protagonizado por crianças na faixa dos dez anos de idade.

Em sua defesa, os responsáveis pela menina Valentina, titular de um canal no YouTube, alegaram não se tratar de publicidade, pois o brinquedo mostrado fôra sido adquirido em loja, sem qualquer combinação com a fabricante Mattel. Esta, em sua defesa, informou que o produto mostrado foi licenciado por ela junto ao Centro Atacadista Barão. A defesa enviada pela Mattel se estende em descrever o vídeo objeto desta representação como conteúdo produzido de forma independente. Não houve manifestação por parte do Centro Atacadista Barão.

O relator notou em seu voto que a menção à marca começa no título do vídeo e segue assim por toda a sua duração, em tudo semelhante aos formatos denominados product placement ou branded content. Notou também que o canal do YouTube foi concebido para ser veículo publicitário, exibindo anúncios de produtos de vários segmentos. O relator conclui por propor a advertência ao canal Erlania e Valentina, lamentando que casos como este "tenham se tornado rotineiros, encontrando na alegada falta de vínculo entre marca e influenciadores amparo para se isentarem de responsabilidade". Seu voto foi aceito por unanimidade.

KINDER OVO - EDIÇÃO SPEED

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2019

Representação nº: 230/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ferrero do Brasil

Relator(a): Conselheira Aline Rocha Almeida Amorim

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27 e 50, letras "a" e "b", do Código

Resumo: Consumidor de Macaé reclamou no Conar de publicidade em embalagem de Kinder Ovo, destacando um determinado brinde contido no interior do produto. Aberto, revelou algo completamente diferente.

A anunciante argumentou em sua defesa que o propósito do brinde é seguir sendo uma surpresa até a abertura do produto, que é inviável a exposição de toda a coleção de brindes nas

embalagens e mencionou a existência da frase "Imagens meramente ilustrativas. Dentre outras surpresas".

A relatora não aceitou estes e outros argumentos, ponderando que a comunicação e o produto destinam-se a público vulnerável. Ela entende que a embalagem dispõe de espaço limitado, mas contou onze imagens de carros e motos da coleção destacada e que nada têm a ver com o brinde efetivamente obtido pelo consumidor.

Por isso, propôs a alteração agravada por advertência à Ferrero. Seu voto foi aceito por unanimidade.

GELADINHO, UMA DELÍCIA TROPICAL DO BRASIL. COMO DEVASSA, A PURO MALTE TROPICAL

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2019

Representação n°: 234/19

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Heineken - Brasil Kirin

Relator(a): Conselheira Cristina De Bonis

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor de Canudos (BA) enviou e-mail ao Conar contra anúncio em redes sociais da cerveja Devassa. Para ele, há referência ao universo infantil na peça publicitária, ao associar bebidas alcoólicas a "geladinho", nome de guloseima normalmente consumida por crianças.

A anunciante defendeu-se, negando motivação à denúncia. Além de considerar que o anúncio não contraria as recomendações do Código para a publicidade de cerveja, informou que a postagem foi dirigida a usuários maiores de idade

A relatora aceitou os argumentos da defesa e propôs o arquivamento. Ela considera "muito importante que os pais não transfiram sua responsabilidade para os anunciantes, uma vez que sabe-se hoje que as crianças sem supervisão interagem com sites, blogs e redes sociais nem sempre adequadas ao universo infantil". Seu voto foi aceito por unanimidade.

PÁ PÉ PIO É NA CASA PIO

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2019

Representação nº: 242/19

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Casa Pio Calçados

Relator(a): Conselheiro Wagner Mendes Filho

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Reclamação de consumidora de Bombinha (SC) motivou esta representação, contra anúncio em TV e redes sociais da Casa Pio Calçados. A denunciante considera haver na peça publicitária apelo de consumo vocalizado por menor de idade, com o propósito de impingir consumo, prática reprovada pelo Código.

A defesa enviada pela anunciante negou motivação à denúncia, informando ter suprimido a frase "quero um sapato" do anúncio.

O relator propôs o arquivamento da representação, por entender que ele não desrespeita as recomendações da ética publicitária. Seu voto foi aceito por unanimidade.

FACEBOOK GRUPOS

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2019

Representação nº: 249/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Facebook

Relator(a): Conselheiro Ruy Lindenberg

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 33, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Anúncio em TV do Facebook atraiu reclamação de consumidora paulistana. Numa breve cena, o anúncio mostra uma criança de pouca idade encostando a boca na grade de um ventilador doméstico. A consumidora teme a exibição de exemplo de prática altamente perigosa.

O anunciante defendeu-se, alegando que o anúncio é destinado a público maior de idade e que há uma mulher perto da criança em todas as cenas do filme.

O relator não acolheu os argumentos da defesa e propôs a alteração, concordando com a crítica da consumidora. Seu voto foi aceito por unanimidade.

EZTEC E COLÉGIO EMILIE DE VILLENEUVE - ARTIS JD. PRUDÊNCIA

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2019

Representação n°: 267/19

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Eztec e Colégio Emilie de Villeneuve

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código

Resumo: Consumidor paulistano enviou e-mail ao Conar, reclamando contra publicidade de empreendimento imobiliário da Eztec, em formato de folheto colocado em saco plástico junto com caixa de giz de cera e outros utensílios escolares e distribuído a alunos do Colégio Emilie de Villeneuve. A distribuição foi autorizada pela direção da escola. Para o consumidor, a iniciativa é reprovável, ferindo várias recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em sua defesa, a Eztec informou ter determinado a sustação imediata da iniciativa e reiterou seu respeito estrito às recomendações da ética publicitária. Já a instituição de ensino afirmou em sua defesa entender que a oferta poderia interessar aos pais dos seus alunos, pelo que autorizou a distribuição.

A relatora considerou "profundamente inadequado e antiético uma instituição de ensino se associar e dar aval a um projeto comercial qualquer", ao permitir que uma criança "seja usada como veículo de propaganda, como instrumento de acesso aos pais". Quanto à construtora, ela considerou haver desconhecimento das regras que regem a publicidade que envolve crianças e adolescentes. Recomendou a sustação da ação e a advertência à Eztec e ao Colégio Emilie de Villeneuve. Seu voto foi aceito por unanimidade.

2018

DESAFIO FELIPE NETO VS. LUCAS NETO (NA NETO LAND)

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2018

Representação n°: 195/17, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: IN21

Relator(a): Conselheiras Carla Simas e Adriana Pinheiro Machado

Câmara: Terceira Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 23, 27, parágrafos 1º, 2º e 3º, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código

Resumo: E-mails de consumidores residentes em São Luiz (MA), Belo Horizonte (MG), Matão e Vargem Grande Paulista (SP), São Sebastião (DF), Curitiba (PR) e Fortaleza (CE), num total de oito denúncias recebidas pelo Conar, motivaram esta representação, contra anúncio em internet protagonizado pelos influenciadores Irmãos Neto divulgando promoção com sorteio pela Loteria Federal de viagens ao Rio e aos parques da Disney.

Os consumidores consideram que os anúncios visam crianças e adolescentes, divulgam uma promoção onerosa - cada ligação telefônica que dá direito a concorrer ao sorteio custa R\$ 5,92 -, sem que isso seja suficientemente frisado nas peças publicitárias, enfatizando que quanto maior o número de cupons adquiridos maiores as chances de ganhar o prêmio. Tudo, alegam os denunciantes, contraria recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para a publicidade dirigida a menores de idade. As denúncias dão conta ainda de alteração nas regras do sorteio durante a sua vigência.

Em sua defesa, a IN21, que se qualificou como uma das responsáveis pela ação, explicou em linhas gerais o mecanismo da promoção e o porquê da alteração do regulamento, de forma a limitar a um máximo de dez por mês as ligações a cada participante. No mérito, considerou que a promoção é convenientemente dirigida a maiores de idade, conforme menções no site e regulamento.

A relatora de primeira instância identificou várias irregularidades na ação publicitária, a começar pelo fato de ela ter sido divulgada em canal destinado a crianças, fato reforçado pela linguagem empregada e o tipo de brincadeira envolvida na promoção, de todo estranha a público maior de doze anos, passando depois pela questão do registro da promoção junto às autoridades, como exigido por lei federal. A soma destas e outras irregularidades frente à legislação de promoções e ao Código levaram a relatora a propor a sustação agravada por advertência à IN21 e aos Irmãos Neto. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Houve recurso contra a recomendação tentada pela anunciante, mas a decisão foi confirmada por unanimidade pela câmara recursal, seguindo proposta da relatora de segunda instância.

MULTI KIDS APRESENTA GLIMMIES

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2018

Representação n°: 226/17, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Multilaser

Relator(a): Conselheiros Mirella Fadel e Roberto Nascimento

Câmara: Sexta Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética anúncio em TV por assinatura de brinquedo da Multilaser, por considerar haver nele apelo direto de consumo dirigido a crianças, em particular na frase "São doze fadinhas para você colecionar".

Em sua defesa, a anunciante negou motivação à denúncia, ponderando que a frase é antes informativa e dirigida ao público adulto. Espontaneamente, a Multilaser sugeriu alteração no filme.

Em primeira instância, o Conselho de Ética deliberou pela recomendação de sustação, acolhendo parecer da relatora que viu na peça publicitária demasiada ênfase no aspecto colecionável do brinquedo, considerando-o imperativo. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A anunciante recorreu da decisão e teve seus argumentos parcialmente acolhidos. Seguindo proposta do relator, deliberou-se por unanimidade na Câmara Especial de Recursos pela recomendação de alteração, considerando que a exclusão do trecho julgado comando imperativo habilita o filme a voltar a ser veiculado.

OMO - COMUNICADO URGENTE PARA PAIS E MÃES

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2018

Representação n°: 241/17

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Unilever Brasil

Relator(a): Conselheira Tânia Ferreira Pavlovsky

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Sete consumidores, residentes em São Paulo, Itupeva e Sumaré (SP) e Porto Alegre (RS), reclamaram no Conar de anúncio em TV e internet de Omo em alusão ao Dia da Criança, por considerá-lo inadequado ao tentar interferir na autonomia dos pais na educação dos filhos. "Meninas podem, sim, se divertir com minicozinha, miniaspirador e minilavanderia, mas também podem ter acesso a fantasias de super-heróis, bloquinhos de construção, carrinhos velozes e dinossauros assustadores", diz a locução da peça publicitária, afirmando na sequência, argumentos adequados a meninos.

Em sua defesa, a anunciante informou ter promovido pesquisa mundial sobre o ato de brincar, com cerca de 12 mil entrevistas, mil delas no Brasil. No mérito, considerou que a peça publicitária não causa constrangimento aos pais, apenas destaca a importância do ato de brincar, promovendo conscientização e reflexão.

A relatora acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto aceito por unanimidade. "Acho que os pais que não entenderam a mensagem deveriam se preocupar também com o preconceito que podem estar incentivando em seus filhos", escreveu a relatora em seu voto.

FERRERO - TUDO QUE É BOM COMBINA COM NUTELLA

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2018

Representação nº: 264/17

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ferrero

Agência: Leo Burnett

Relator(a): Conselheiro César Augusto Massaioli

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora residente em São Caetano do Sul (SP) enviou e-mail ao Conar, protestando contra anúncio em TV e internet de Nutella, por considerar que ele pode estimular o consumo em excesso do produto, especialmente por crianças.

Em sua defesa, a anunciante e sua agência negam motivação à denúncia, chamando a atenção para o fato de Nutella ser apresentado como acompanhamento de pão, frutas e tapioca e que o público alvo do produto é de pessoas com mais de 15 anos, sendo levado em conta no planejamento de mídia da campanha.

O relator aceitou estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, voto acompanhado por unanimidade.

SKOL - TOCA RAUL

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2018

Representação n°: 298/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ambev

Relator(a): Conselheiro Paulo Celso Lui

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "b", do Código e seu Anexo P

Resumo: Consumidor paulistano enviou e-mail ao Conar questionando anúncio em internet de Skol, notando a falta do mecanismo de acesso restrito ao site apenas para maiores de idade, como pedido pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e também por haver cena no vídeo onde pessoas aparecem ingerindo bebidas alcoólicas, o que é igualmente reprovado pela ética publicitária.

A defesa enviada pela Ambev afirmou haver o mecanismo de limitação de acesso no site e argumentou que a cena de ingestão de bebida dura menos de dois segundos e aparece desfocada.

O relator aceitou os argumentos da defesa em relação ao primeiro ponto, mas não em relação ao segundo, considerando ter havido erro por parte dos editores do vídeo. Propôs a alteração, voto acolhido por unanimidade.

VIVO FIBRA - TAMPINHA

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2018

Representação n°: 024/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Vivo

Relator(a): Conselheiro Zander Campos da Silva Jr

Câmara: Quarta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Três consumidores, residentes em São Paulo (SP) e Vitória da Conquista (BA), consideraram que filme para TV e internet da Vivo externa exemplo de bulling: uma criança é

chamada repetidas vezes por amigos de tampinha. Ao final do filme, revela-se que ele é um astro da internet.

Anunciante e sua agência defenderam-se, considerando que o filme transita no sentido inverso ao percebido pelos denunciadores, a atitude alegre e positiva do menino desmentindo qualquer incômodo causado pelo apelido.

O relator concordou em linhas gerais com este e outros argumentos da defesa e recomendou o arquivamento da representação. Seu voto foi aceito por unanimidade.

VOCÊ YOUTUBER - ESCOLA MONSTER HIGH - JULIA SILVA

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2018

Representação n°: 214/17, em recurso ordinário

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Mattel e Julia Silva

Relator(a): Conselheiros Vitor Morais de Andrade e Patricia Blanco

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo motivou esta representação, contra anúncio em internet divulgando brinquedos da Mattel no canal da blogueira Julia Silva. O Ministério Público questionou a correta identificação publicitária da peça e a conformidade dos apelos publicitários à luz das recomendações do Código. Houve medida liminar de sustação concedida pela presidência do Conar já na abertura da representação.

A Mattel e a blogueira defenderam-se, considerando a campanha em linha com as recomendações éticas, tendo sido adotados todos os cuidados no trato do público infantil.

Estes argumentos não convenceram o relator, que propôs a alteração dos anúncios, de forma a tornar claro que se trata de campanha publicitária, inclusive para crianças e adolescentes. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Houve recurso contra a decisão por parte das anunciantes, mas a recomendação foi confirmada por maioria de votos pela câmara revisora, seguindo proposta da relatora.

ACNASE - COM QUE CARA EU VOU

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2018

Representação n°: 297/17

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Biolab Sanus

Relator(a): Conselheiro Marcelo de Salles Gomes

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Para consumidora paulistana anúncio em TV e internet de produto para combate à acne incorre em ofensa e desrespeito, a anunciante parecendo "se aproveitar da fragilidade do público-alvo" - adolescentes, especialmente pela frase acima.

Para a anunciante, a denúncia não se justifica, a mensagem publicitária tendo sido concebida e realizada dentro das normas do Código, em respeito aos jovens consumidores. O relator concordou em linhas gerais com estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, sendo acompanhado por unanimidade.

CACHAÇA BLUE SWEET

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2018

Representação nº: 282/17

Autor(a): Pro Brasil

Anunciante: Bebidas Nova Engenhoca e G. Freitas Alimentos

Relator(a): Conselheiro José Francisco Queiroz

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 38, 41 e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo A

Resumo: A agência Pro Brasil, que atende a conta publicitária da Arbor, denunciou no Conar campanha de empresas fabricantes de cachaça. Veiculada em redes sociais, as peças publicitárias da cachaça Blue Sweet trariam elementos do universo infantil, com menção aos personagens Smurfs, a participação de ator que aparenta menos de 25 anos e a ingestão da bebida, todas práticas frontalmente vedadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu Anexo A. Além disso, a Pro Brasil considerou haver na publicidade da Bebidas Nova Engenhoca e G. Freitas Alimentos imagens e conceitos criados por ela para anúncios de bebidas alcoólicas da Arbor.

Houve medida liminar de sustação concedida pela presidência do Conar, por considerar indiscutíveis os elementos do universo infantil presentes na peça publicitária. Reunião de conciliação entre as partes promovida pelo Conar não resultou em acordo formal entre as partes,

ainda que as anunciantes tenham informado ter retirado o anúncio de exibição e concordado em linhas gerais com as restrições a ele, alegando desconhecimento das normas éticas.

Levada a julgamento, a representação teve recomendação de sustação à Bebidas Nova Engenhoca e G. Freitas Alimentos, proposta pelo relator, que viu na peça publicitária "erros gritantes". Ele propôs também a advertência às anunciantes, para que procurem usar serviços de publicidade condizentes com as recomendações do Conar. Seu voto foi aceito por unanimidade.

KUMON CONVIDA: VEM COMIGO

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2018

Representação n°: 073/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Kumon

Agência: HQZ

Relator(a): Conselheira Eliane Quintella

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo B

Resumo: Consumidoras residentes nas cidades catarinenses de Itajaí e Guabiruba protestaram no Conar contra publicidade em internet da escola Kumon. Elas consideraram que o filme contém apelo imperativo de consumo vocalizado por menores de idade, em desrespeito à recomendação do Código. Também pediram manifestação quanto a promessa de sucesso a partir da frequência ao curso, o que é prática reprovada pelo Anexo B do Código, que trata de educação, cursos e ensino.

Anunciante e sua agência argumentaram que a publicidade foi veiculada em canais de internet onde toda a família assiste à programação, os pais podendo orientar os filhos. Consideraram que os termos questionados ("vem" e "vem comigo") expressam convite e não apelo imperativo.

A relatora considerou o filme bem estruturado e cuidadoso em suas promessas, de forma que não acolheu a queixa referente à promessa de sucesso. Ela, porém, concordou com a queixa das consumidoras em relação ao apelo imperativo de consumo, em especial na expressão "vem comigo", lembrando que a ética publicitária pede sempre a interpretação mais restritiva quando se trata de publicidade de produto e serviço dirigidos a crianças e adolescentes. Seu voto foi aceito por unanimidade.

MOEDINHAS DE CHOCOLATE PAN

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2018

Representação n°: 094/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Pan

Relator(a): Conselheira Tânia Pavlovsky

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo B

Resumo: Consumidor de Ribeirão Branco (SP) denunciou ao Conar o que entendeu ser apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio em TV de chocolate da Pan, em particular nas frases "quero", "eu também" e "me dá". Ele ainda considera arriscado mostrar crianças ingerindo o produto na forma de moeda.

Em sua defesa, a anunciante informou ter providenciado alterações no anúncio, mas a relatora concordou em linhas gerais com os termos da denúncia e propôs a alteração, voto acolhido por unanimidade.

GIRAFFAS - GIRASURPRESA

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2018

Representação n°: 225/17, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Giraffas

Relator(a): Conselheiros Ana Paula Cherubini (voto vencedor) e Ricardo Ramos

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar propôs representação ética contra anúncio em TV da rede de lanchonete Giraffas, veiculado durante programa dirigido a crianças. Segundo a denúncia, ao destacar um lanche associado a brindes colecionáveis, com o apelo "colecione e divirta-se", a peça publicitária incorre em estímulo ao consumo excessivo, o que é expressamente reprovado pelo Anexo H do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em sua defesa, a Giraffas considerou que o anúncio não destaca os brindes, promovendo alimentação saudável.

A autora do voto vencedor em primeira instância reconheceu esta iniciativa da Giraffas, mas ponderou que a obtenção dos brindes pode se dar por meio de consumo de lanches que não fazem parte de uma dieta que possa ser definida como equilibrada e que a inclusão dos sanduiches na promoção é suficiente para caracterizar desrespeito ao Código.

Por isso, propôs a alteração, de forma que sempre que houver referência aos sanduiches dentre os produtos cuja compra confere direito a troca por brindes infantis, a anunciante abstenha-se de utilizar termos como "colecione" ou equivalentes, minimizando entendimentos que possam levar ao consumo excessivo. Sua sugestão foi acolhida por maioria de votos.

Houve recurso contra a recomendação formulado pela Giraffas, mas ela foi confirmada por unanimidade pela câmara de segunda instância, seguindo proposta do relator do recurso, que concordou integralmente com a proposta inicial.

NESTLÉ, MONDELEZ, ARCOR, LOJAS AMERICANAS E LUCCAS NETO - LIVRÃO DO LUCCAS NETO

Mês/Ano Julgamento: JUNHO /2018

Representação n°: 108/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Nestlé Brasil, Mondelez Brasil, Arcor do Brasil, Lojas Americanas e Luccas Neto

Relator(a): Conselheiro Herbert Zeizer

Câmara: Segunda e Quarta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30, 37 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo H

Resumo: Vídeo veiculado em internet do influenciador Luccas Neto em proveito publicitário da Nestlé, Mondelez, Arcor e Lojas Americanas foi denunciado ao Conar por dois consumidores paulistanos. Eles entenderam haver no vídeo vários apelos imperativos de consumo dirigidos a menores de idade - por exemplo: "você precisa correr para comprar o livrão enquanto está na pré-venda" e "quando esgotar não vai ter como comprar". Tal prática é reprovada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A defesa do influenciador negou tratar-se de publicidade, não havendo negociação comercial com as empresas citadas, sendo o conteúdo opiniões próprias de Luccas Neto. As quatro empresas enviaram manifestação ao Conar, negando envolvimento com o vídeo.

Em seu extenso voto, o conselheiro relator repassou a história e as bases da autorregulamentação publicitária, rebatendo vários pontos da defesa enviada pelo influenciador. A seguir, o relator discorreu sobre a questão da identificação publicitária e os contornos que a questão ganhou a partir da proliferação dos influenciadores em plataformas digitais, lembrando que há farta jurisprudência no Conselho de Ética sobre situações como a

descrita no processo, quando, mesmo com as partes negando existir relações comerciais entre elas, é possível estabelecer algum tipo de vínculo que resulte em proveito publicitário.

O relator dividiu as suas recomendações em duas partes. Na primeira delas, abrangendo a divulgação do denominado "Livão do Lucas Neto", propôs a alteração, de forma a suprimir uma série de afirmações que visam, no entendimento do relator, coagir o consumidor a tomar uma decisão imediata em função de informação falsa. Ele recomendou também que sejam acrescentadas ao vídeo sinalizações que não deixem dúvida de que se trata de publicidade. Na segunda parte do voto, tratando das marcas, o relator considerou ter havido perda de objeto, pelo que recomendou o arquivamento. Seu voto foi aceito por unanimidade.

LARISSA MANOELA - LIVRO DE FIGURINHAS DIGITAL

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2018

Representação n°: 152/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Movable

Relator(a): Conselheira Milena Seabra Ferreira, com voto complementar de José Francisco Eustachio

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Para consumidor de Mogi Guaçu (SP), anúncio em internet da blogueira Larissa Manoela, promovendo um álbum de figurinhas, ultrapassa os limites propostos pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para publicidade de produtos e serviço para crianças. Na peça publicitária há, por exemplo, vocalização de apelo de consumo por menor de idade. O consumidor considera haver também enganosidade no uso da palavra "grátis".

O anunciante defendeu-se, explicando o serviço oferecido, acessível apenas a maiores de idade, e contestando as alegações da denúncia, inclusive aquela em relação à gratuidade. Não considera que a publicidade em tela tenha ferido qualquer recomendação do Código.

A relatora concordou que o anúncio não abusa da confiança do consumidor e emprega o termo "grátis" de forma ética. Discordou, porém, das alegações pertinentes ao artigo 37 do Código, que trata da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. A relatora entende haver apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e também ser discutível se o serviço está ao alcance apenas de adultos. Por isso, propôs a alteração, sendo acompanhada por unanimidade. Seu voto foi complementado por recomendação de outro conselheiro, para que o anúncio explicasse melhor a limitação da gratuidade do serviço.

SULAKE BRASIL - JUNTE-SE AO HABBO CLUB

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2018

Representação n°: 168/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Sulake Brasil

Relator(a): Conselheiro Bruno Bonfanti

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "b", do Código

Resumo: Anúncio em internet foi denunciado ao Conar por consumidor de Juazeiro do Norte (CE). Ele considerou que pode haver indução de crianças a pagar mensalidade para poderem jogar online sem assistirem a publicidade. Ao aceitar a denúncia, a direção do Conar questionou também a existência de publicidade comparativa irregular na peça publicitária.

Não houve defesa por parte da anunciante.

O relator recomendou a alteração agravada por advertência à Sulake Brasil, concordando em linhas gerais com os termos da denúncia.

MR. HOPPY BEER MERCÊS

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2018

Representação n°: 088/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mr. Hoppy Beer Mercês

Relator(a): Conselheiro Samir Salimen

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27 e 50, letras "a" e "b", do Código e seu Anexo P

Resumo: Consumidor de Curitiba (PR) enviou e-mail ao Conar ao notar que anúncio em rede social de chopp não continha frase recomendando consumo responsável de bebidas alcoólicas e que ele não podia ser vendido a menores de idade, como determina o ECA, além de divulgar oferta inverídica - o copo onde o produto era oferecido não tinha capacidade para a quantidade de chopp oferecida.

O anunciante informou ter retirado a postagem do ar antes mesmo do julgamento.

O relator propôs a alteração agravada por advertência à Mr. Hoppy Beer Mercês, sendo acompanhado por unanimidade.

PITTSBURG - NÃO CONSIGO PARAR

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2018

Representação n°: 144/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Pittsburg Sanduíches & Grelhados

Relator(a): Conselheiro Severino Queiroz Filho

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b", do Código e seu Anexo H

Resumo: Consumidor de Tibau do Sul (RN) denunciou no Conar anúncio em redes sociais dirigido a crianças e adolescentes, por considerar que pode estimular o consumo excessivo de alimentos. Nas peças publicitárias, onde crianças aparecem comendo fast food, a frase "não consigo parar" é repetida ao menos quatro vezes.

A anunciante, uma lanchonete situada em Natal, defendeu-se, alegando que não há abusividade em seus anúncios.

O relator propôs a alteração da frase "não consigo parar", por considerar que ela ultrapassa as recomendações do Anexo H do Código, que trata de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DR. CONSULTA

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2018

Representação n°: 052/18

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Dr. Consulta

Agência: RGK R8

Relator(a): Conselheiro José Maurício Pires Alves

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Dois consumidores, uma carioca e um paulistano, reclamaram ao Conar, por considerarem desrespeitoso filme em internet da Dr. Consulta, em especial cena na qual o filho adolescente responde de forma considerada ríspida à mãe.

Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, tal interpretação, considerando que o filme contém apenas linguagem coloquial.

O autor do voto vencedor concordou com os termos da defesa e propôs o arquivamento, sendo acompanhado pela maioria dos conselheiros.

SBT, GOOGLE BRASIL, JULIA SILVA E FELIPE CALIXTO - CARROSSEL O FILME

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2018

Representação nº: 042/18, em recurso ordinário

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: SBT, Google Brasil, Julia Silva e Felipe Calixto

Relator(a): Conselheiros Vitor Morais de Andrade e Carlos Chiesa

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração e advertência ao Google, Julia Silva e Felipe Calixto

Fundamentos: artigos 9º, 28, 37 e 50, letras "a" e "b", do Código e artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Esta representação tem a mesma origem de várias outras, abertas pelo Conar a partir de ofício recebido do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da capital, visando postagens publicitárias em redes sociais protagonizadas por crianças e adolescentes. O MP SP pediu manifestação do Conar quanto à conformidade das postagens frente às regras propostas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Para mais detalhes, veja a representação 031/18, julgada em maio.

O SBT defendeu-se no Conar, alegando não ter relações comerciais ou contratuais com os blogueiros, sendo o conteúdo das postagens produzido espontaneamente por eles. A blogueira Julia Silva, talvez por um lapso, enviou defesa com argumentos pertinentes a outras representações de cunho semelhante. Google e Felipe Calixto eximiram-se de defesa, apesar de formalmente citados pelo Conar.

Em linha com as suas recomendações aos demais processos abertos a partir do ofício do Ministério Público, o relator de primeira instância votou pela alteração das postagens agravada por advertência a todos os anunciantes, sendo acompanhado por unanimidade.

O SBT recorreu da decisão, repisando seus argumentos de que não teve participação na concepção e divulgação das postagens. O relator de segunda instância aceitou parcialmente os argumentos da recorrente e propôs a retirada da pena de advertência, alcançando tal recomendação exclusivamente o SBT. Seu parecer foi acolhido por unanimidade.

LUCCAS ABRINDO 50 KINDER OVOS - MOSTRANDO OS BRINQUEDINHOS

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2018

Representação n°: 106/18, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ferrero do Brasil e Luccas Neto

Relator(a): Conselheiros Herbert Zeizer e Vitor Moraes de Andrade (voto vencedor)

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30, 37 e 50, letras "a" e "b", do Código e seu Anexo H

Resumo: O Conar abriu processo ético contra publicidade em internet protagonizada por blogueiro popular entre público infantil, na qual há ingestão de grande quantidade de chocolate. A representação foi provocada por denúncia de consumidora de Guariba (SP), para quem a publicidade pode estimular prática nociva a menores de idade, em desrespeito ao Código. A direção do Conar também questionou a identificação publicitária da ação.

A defesa enviada pelo blogueiro negou que a peça objeto da representação do Conar seja publicidade. Já a Ferrero argumentou que o blogueiro assumiu a responsabilidade pela ação e que só tomou conhecimento dela quando cientificada pelo Conar.

Por entender que este caso específico não se enquadrou na jurisprudência firmada no Conselho de Ética para publicidade do gênero, o relator propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhado por maioria de votos.

A direção do Conar recorreu da decisão e, na Câmara Especial de Recursos viu seu entendimento acolhido, sendo recomendada a alteração agravada por advertência à Ferrero do Brasil e Luccas Neto. O autor do voto vencedor ponderou que a iniciativa do blogueiro não afasta a responsabilidade da empresa fabricante do produto.

PIRACANJUBA E ALICE LIMA - MEU MUNDO COR DE ROSA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2018

Representação n°: 193/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Piracanjuba e Alice Lima

Relator(a): Conselheiro Zander Campos Silva Jr.

Câmara: Quarta Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28 e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar considerou pouco explícita a natureza publicitária de postagem em internet, promovendo laticínios. Questionou também o fato de haver na postagem apelo de consumo vocalizado por criança, o que não é recomendado pela ética publicitária.

Os anunciantes defenderam-se, um e outro transferindo a responsabilidade pelas postagens, atribuindo-a a uma parceria.

O relator notou em seu voto que a blogueira, uma criança de pouca idade, imita a postura da garota-propaganda da marca. Entendeu que, ainda que indiretamente, houve promoção da marca Piracanjuba. Por isso, o relator recomendou a alteração agravada por advertência à Piracanjuba e Alice Lima. Seu voto foi aceito por unanimidade.

V-COMPLEX DA @FARMA

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2018

Representação nº: 217/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: NS Farmácia de Manipulação e Hayllan Buddin

Relator(a): Conselheira Tânia Ferreira Pavlovsky

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 9º, 27, 28, 29, 37 e 50, letra "c", do Código e seus Anexos H e I

Resumo: A direção do Conar propôs a abertura de representação ética contra anúncio em redes sociais da NS Farmácia de Manipulação e Hayllan Buddin, por considerar que ele é vocalizado por criança e também por não deixar explícita sua natureza publicitária. Ambas as práticas reprovadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A NS Farma enviou defesa ao Conar, na qual nega apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e que o conteúdo é dirigido a adultos. A defesa informou ter retirado o anúncio de exibição e compromete-se a orientar melhor campanhas futuras.

A relatora acolheu os argumentos da denúncia e recomendou a sustação. Seu voto foi aceito por unanimidade.

PREFIRO UM BRAGA SUPER LANCHE PAPA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 198/18

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Braga Super Lanches

Relator(a): Conselheira Mariângela Toaldo

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 37 e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo H

Resumo: Consumidora de Palhoça (SC) denunciou ao Conar anúncio em redes sociais de lanchonete da cidade catarinense de São José, que mostra criança de pouca idade recusando uma colherada de comida e a frase acima. Para a consumidora, o anúncio não cumpre as recomendações da autorregulamentação publicitária. A anunciante não se manifestou.

A relatora concordou com os termos da denúncia e propôs a sustação, agravada por advertência à Braga Super Lanches, sendo acompanhada por unanimidade.

OI MAIS - O QUE VOCÊ FARIA COM MAIS INTERNET?

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 216/18

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Oi

Relator(a): Conselheiro Everson Chaves

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora de Araruama (RJ) considerou que anúncio em TV e internet da Oi pode estimular comportamento reprovável de adolescentes, ao mostrar um pai apoiando a desarrumação feita pelo filho.

A empresa de telefonia defendeu-se, alegando que o filme mostra cena ficcional e bem-humorada, sendo parte da campanha de Dia dos Pais da marca.

O relator concordou, em linhas gerais com estes e outros argumentos da Oi e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhado por unanimidade.

SUSTAGEN KIDS NOVA FÓRMULA - MAIS VITAMINAS E MENOS AÇÚCARES

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 230/18

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Mead Johnson do Brasil

Agência: DPZ&T

Relator(a): Conselheira Milena Seabra Ferreira

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a", do Código e seu Anexo H

Resumo: Grupo de sete consumidores, residentes em Porto Alegre (RS), Pacajá (PA), Rio (RJ), Dourados (MS), Feira de Santana (BA), Uberlândia (MG) e Jaraguá do Sul (SC), viram exemplo deseducativo em anúncio em TV por assinatura, no qual uma criança recusa-se a ingerir vegetais. Os consumidores não consideraram suficientemente destacada no filme a menção de que o produto é um complemento alimentar.

Em sua defesa, anunciante e agência discorrem sobre os elementos da campanha, destacando de forma bem-humorada os esforços dos pais para conseguir alimentar os filhos de forma saudável. Discordam que o filme desmereça, de alguma maneira, o consumo de vegetais.

A relatora iniciou seu voto mencionando o cuidado extraordinário no julgamento desta representação, por tratar-se de produto destinado à alimentação de crianças, em especial pelo fato de referir-se a vegetais. Dito isto, ela concorda em linhas gerais com as queixas do grupo de consumidores: o filme reforça a rejeição das crianças por uma alimentação saudável, o que é percebido tanto pela expressão de decepção da criança frente a oferta de brócolis quanto na apresentação de Sustagen Kids como "solução". A relatora citou também em seu voto o planejamento de mídia da campanha, que sugere ter sido o filme veiculado apenas em canais dedicados ao público infantil.

Ela concluiu pela recomendação de advertência à Mead Johnson do Brasil e DPZ&T, para que tenham mais cuidado ao direcionar o conceito de complemento alimentar para o público infantil. Seu voto foi aceito por unanimidade.

ABUSE DO SEU NISSIN

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 251/18

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Nissin

Agência: Dentsu Brasil de

Relator(a): Conselheira Ana Carolina Pescarmona

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 26, 37 e 50, letra "a", do Código

Resumo: Consumidores de São Paulo, São Bernardo do Campo (SP), Ribeirão das Neves (MG), Cuiabá (MT) e Porto Alegre (RS), num total de oito queixas, reclamaram ao Conar sobre anúncio em TV e internet na qual boneco animado representando o produto, um lamen, é quebrado com as mãos e jogado na água fervente, entre outras cenas do gênero, com o apelo acima. Os consumidores temem que o filme possa constituir apelo à violência, tanto mais por usar recursos do universo infantil.

A anunciante defendeu-se alegando que o filme procura mostrar a versatilidade do alimento, fazendo-o de forma bem-humorada. A defesa informou que o anúncio foi retirado de exibição e não voltará a ser programado. Já a agência, entre outros argumentos, alegou que o produto não é destinado ao público infantil.

A relatora, ainda que não acredite que o filme possa incitar a comportamentos violentos, compartilha da preocupação manifestada pelos consumidores, destacando os vários elementos do universo infantil utilizados no filme. Ela assinalou ainda ter lhe parecido haver falta de cuidado com a programação de mídia da campanha. Por isso, sugeriu a advertência à Nissin e sua agência, sendo acompanhada por maioria de votos.

ON LINE SHOPPING

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 259/18

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: On Line Shopping

Relator(a): Conselheiro Claudio Kalim

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Anúncio em internet do anunciante On Line Shopping foi denunciado ao Conar por consumidora residente em Uberlândia (MG), por conter apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e estimular troca de um brinquedo por um smartphone.

O anunciante defendeu-se, alegando que o anúncio foi dirigido a público maior de treze anos.

O autor do voto vencedor não viu no anúncio em tela desrespeito aos mandamentos da ética publicitária. Por isso sugeriu o arquivamento da representação, sendo acompanhado por maioria.

HAVAN - DIA DAS CRIANÇAS

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2018

Representação n°: 265/18

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Havan Lojas de Departamentos

Relator(a): Conselheiro Telmo Borges Flor

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 33, 37 e 50, letras "a" e "b", do Código

Resumo: Filme para TV e internet mostra criança pulando corda com o que parece ser um cordão de lâmpadas de Natal. Para consumidor de Blumenau (SC), trata-se de exemplo de comportamento perigoso que pode ser imitado por crianças.

A defesa da anunciante considerou, entre outros argumentos, que a mera exposição da cena não tem o poder de estimular comportamento semelhante por parte do público.

Por considerar que a mensagem é dirigida ao público menor de idade e este demandar cuidados redobrados, segundo recomendação expressa da Seção 11 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o relator recomendou a alteração do filme, agravada por advertência à Havan. Seu voto foi aceito por unanimidade.

SEGURO DE VIDA PORTO SEGURO

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2018

Representação n°: 260/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Porto Seguro

Relator(a): Conselheiro Paulo Cesar Lui

Câmara: Segunda e Quarta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou spot de rádio no qual empresa de seguros divulga produto voltado ao público adulto por meio do que considerou ser vocalização de criança, o que, se confirmado, desatende recomendação do Código.

A anunciante defendeu-se, alegando uso de non sense na peça publicitária, sem ultrapassar as regras da ética publicitária.

O autor do voto vencedor concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhado por maioria de votos.

SUNNY - PARTY POP TEENIES E HATCHIMALS

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2018

Representação nº: 263/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Sunny Brinquedos

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar propôs representação contra dois anúncios em TV, por considerar que, ao divulgar brinquedos colecionáveis, fazem uso de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, interpretação negada pela anunciante, em defesa enviada ao Conar.

A relatora aceitou, em linhas gerais, os termos da defesa, considerando que o fato de um brinquedo ser colecionável não representa automaticamente algo pernicioso, que possa levar a excessos de consumo. Seu voto foi acolhido por maioria.

NOVO FORD KA - ELEVADOR

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2018

Representação nº: 278/18

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ford Brasil

Agência: JWT

Relator(a): Conselheira Patricia Blanco

Câmara: Segunda e Quarta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidores de São Paulo, Capital, e Eunápolis (BA) denunciaram ao Conar comercial de TV da Ford, com exemplo que consideram deseducativo: uma criança que teria apertado todos os botões do elevador.

Anunciante e sua agência defenderam-se, alegando que o filme não explicita a travessura.

Para a relatora, a peça publicitária mistura diversos elementos que acabam criando uma certa confusão. Ela considera, porém, que o anúncio em tela não enfrenta nenhuma recomendação do Código, pelo que propôs o arquivamento da representação. Seu voto foi aceito por unanimidade.

ACAMPAMOS NA CIDADE KIDZANIA DE MADRUGADA

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2018

Representação nº: 268/18

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Kidzania e Luccas Neto

Relator(a): Conselheira Aline da Rocha Amorim

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou se está suficientemente clara a natureza publicitária de vídeo na internet.

Em defesa enviada ao Conar, o apresentador do vídeo, Luccas Neto, afirmou considerar que o vídeo segue estritamente as recomendações do Código. Já a Kidzania informou em sua defesa ter se limitado a ceder o espaço para gravação, não tendo qualquer influência em seu conteúdo.

A relatora acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhada por unanimidade.

2017

FUN DIVIRTA-SE - DINO MUNDI

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2017

Representação n°: 270/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Fun

Relator(a): Conselheiro Paulo Celso Lui

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora de Campinas (SP) queixou-se ao Conar de anúncio de brinquedo veiculado em TV por considerar que ele estimula crianças de pouca idade a usarem as redes sociais, o que não é permitido pelas principais plataformas, que vedam a inscrição de menores de 13 anos.

A anunciante informou em defesa enviada ao Conar que providenciou alterações no filme tão logo notificada pelo Conar da abertura do processo ético.

O relator recomendou o arquivamento. Ele não viu no anúncio apologia de uso das redes sociais e reconheceu que o filme esta em consonância com os objetivos da educação atual. "A internet, se bem aproveitada pelos pais e responsáveis, ajuda a educar as crianças, despertar solidariedade, serve ao ensino de línguas e infinitos temas, permite acesso a livros, músicas, filmes e uma infinidade de espaços reservados à educação e ao entretenimento com qualidade", escreveu o relator em seu voto. "Vamos ver o lado do copo meio cheio, ao invés de ficar achando pelo em ovo". Seu voto foi aceito por unanimidade.

NERF ADVENTURES - CAMPEONATO DE DARDO AVENTURA

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2017

Representação n°: 304/16

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Hasbro do Brasil

Relator(a): Conselheiro Licínio Motta, com voto complementar de André Porto Alegre

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Ofício enviado ao Conar pela promotora de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos da Infância e Juventude de São Paulo motivou esta representação, contra ações promocionais - campeonatos e gincanas em lojas e shoppings de várias cidades - desenvolvidas pela Hasbro desde 2011 para armas de brinquedo e lançadores de dardos de espuma e água. A promotora, que recebeu denúncia que lhe foi enviada pelo Instituto Alana, questionou se há abuso nas ações.

Em sua defesa, a Hasbro explicou os contornos das ações e as diferenças entre as suas fases. Considerou explícito o caráter publicitário delas e o seu perfeito enquadramento nas recomendações do Código para publicidade de produtos e serviços para crianças e adolescentes.

O relator e o autor do voto complementar aceitaram os termos da defesa, concordando que as ações não ultrapassaram as recomendações do Código. os votos foram acompanhados por unanimidade.

ITAIPAVA - NATAL AEROPORTO

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2017

Representação n°: 296/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Cervejaria Petrópolis

Relator(a): Conselheiro André Coutinho Nogueira

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou anúncio em internet da cerveja Itaipava, onde aparecem o Papai Noel e duendes. Teria a presença de personagens próprios do universo infantil em comercial de bebida alcoólica a capacidade de atrair a atenção de menores de idade, o que é frontalmente reprimido pela autorregulamentação publicitária? Além disso, a direção do Conar questiona se, na peça publicitária, aparecem atores que tenham ou aparentam ter menos de 25 anos idade o que, igualmente, contraria o Código.

Em sua defesa, a anunciante juntou documentos de todos os que atuaram no anúncio, demonstrando conformidade às recomendações do Conar. Em relação à primeira questão, considerou que as figuras mostradas se afastam muito daquelas do universo infantil. Papai Noel, por exemplo, tem tatuagens e usa roupa de verão.

O relator acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto aceito por unanimidade.

"MCDONALD'S - MCLANCHE FELIZ E VICTOR SOARES", "MCLANCHE FELIZ E GAMEBLAST TV" E "MCLANCHE FELIZ E GAROTAS GEEK"

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2017

Representação n°: 129A/16 - 129B/16 - 129C/16

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: McDonald's e Victor Soares | McDonald's e Gameblast TV | McDonald's e Garotas Geek

Relator(a): Conselheiro Luiz Celso de Piratininga Jr.

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Sustação agravada por advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "c" do Código e seu Anexo H

Resumo: Estas representações, envolvendo três ações publicitárias do McDonald's em redes sociais, foram abertas a partir de denúncia enviada ao Conar pelo Ministério Público Federal, que questionou se o anunciante não estaria estimulando o consumo por crianças de alimentos ricos em gordura saturada, sódio e açúcar, em desacordo com as recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. As peças publicitárias, em formato denominado unboxing, foram protagonizadas por blogueiros, vloggers e youtubers.

A anunciante negou, em sua defesa, motivação à denúncia, alegando que as ações não podem ser definidas como publicidade. O que houve, argumentou, foram ações convencionais de relações públicas, como o envio de press releases, sendo a sua divulgação pelos comunicadores responsabilidade exclusiva de cada um deles, sem aprovação prévia pelo anunciante. No mérito, o McDonald's argumentou que não há apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade nas peças, que elas não impõe a necessidade de aquisição dos brinquedos inclusos na promoção, tampouco estimulam o consumo excessivo.

Relatados e julgados em conjunto, os três processos éticos tiveram recomendação de sustação agravada por advertência ao anunciante.

Em seu voto, o relator considerou que o Código contempla os casos em tela, invocando o seu artigo 15, que define o que pode ser considerado como um "anúncio", lembrando a sua associação a espaços ou tempo pagos pelo anunciante. No entanto, ponderou o relator, há outras expressões publicitárias, como ponto de venda, rotulagem etc., que não são diretamente pagas, mas nem por isso resta descaracterizada a sua natureza.

O relator acredita que o mesmo conceito possa ser estendido às ações do McDonald's. "Os investimentos na produção e distribuição dos kits aos blogueiros caracterizariam corresponsabilidade do anunciante, ao provocarem consequências práticas, gerando publicidade para a marca", escreveu ele em seu voto. "São investimentos que, conscientemente, induzem a uma publicidade mesmo que feita por vias indiretas".

Indo além, ele citou o artigo 37, lembrando que menores de idade não devem ser usados para vocalizar apelos de consumo e que o formato jornalístico não é apropriado para mensagens ao target. Por isso, propôs a sustação.

Já a sua recomendação de advertência ao McDonald's é para que não provoque situação agressivas de indução ao consumo infantil e que, voltando a utilizar influenciadores digitais na sua comunicação, o faça de forma transparente e cumprindo as recomendações do Código. Seu voto foi aprovado por unanimidade.

BRINQUEDOS E SURPRESAS

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2017

Representação n°: 223/16, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Brinquedos e Surpresas, Ferrero e DTC

Relator(a): Conselheiros Letícia Lindenberg de Azevedo, José Maurício Pires Alves (voto complementar) e Ricardo Gonçalves Melo

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 37 e 50, letras "a" e "c", do Código e seu Anexo H

Resumo: Anúncio veiculado em internet em formato unboxing no canal Brinquedos e Surpresas mostra Kinder Ovo que oferece como brindes brinquedos da linha Peppa Pig. A direção do Conar propôs representação contra a ação por entender que há estímulo à compra por meio da oferta de itens colecionáveis, o que pode levar ao consumo excessivo, em desacordo com as recomendações do Código.

Ferrero e DTC, em defesas enviadas ao Conar, negaram qualquer relacionamento com o canal Brinquedos e Surpresas, apontando ser ele o único responsável pelo anúncio. Este, por sua vez, negou o caráter publicitário do material, considerando-o conteúdo editorial. O Brinquedos e Surpresos confirmou ao Conar que as duas empresas não contrataram a ação, sequer enviando os produtos para a gravação.

A relatora propôs advertência às três empresas, mesmo considerando que o material não tem caráter publicitário, para que se mantenham atentas aos preceitos recomendados pela autorregulamentação. Seu voto foi aceito por unanimidade. Já o autor do voto complementar sugeriu a sustação da ação, voto aprovado por maioria.

A Ferrero ingressou com recurso contra a decisão, considerando-a excessiva e reiterando que não teve qualquer envolvimento na ação publicitária.

O relator do recurso considerou indiscutível o caráter publicitário da ação, mas acolheu a ponderação do anunciante, propondo a revogação da advertência à Ferrero e à DTC, por

considerar que restou provado que a divulgação dos produtos de uma e outra não se deu em caráter oneroso. Já a recomendação de sustação agravada por advertência ao canal Brinquedos e Surpresas foi mantida pelo relator do recurso ordinário. Seu voto foi aceito por unanimidade.

SBP - FÓRMULA INTELIGENTE

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2017

Representação n°: 259/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Reckitt Benckiser Brasil

Agência: Havas

Relator(a): Conselheira Cinthia Ambrogi Alonso

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 33, 37 e 50, letra "b", do Código

Resumo: Consumidor paulistano teme haver exemplo de atitude perigosa em filme para TV divulgando inseticida: uma criança entrando dentro de uma caixa plástica. Por isso, enviou queixa ao Conar.

Anunciante e sua agência defenderam-se, considerando que o filme mostra cenas francamente cômicas, facilmente entendidas como tal, e que em momento algum é mostrada situação de risco. Concluiu a defesa, informando que o filme foi veiculado nos intervalos de programas destinados a público adulto.

Estes e outros argumentos não convenceram a autora do voto vencedor, que propôs a alteração do filme, com a exclusão da cena denunciada, aprovada pela maioria dos conselheiros.

NESSE NATAL AGRADEÇA COM COCA-COLA

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2017

Representação n°: 276/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Coca-Cola

Agência: JWT

Relator(a): Conselheiro Guto Belchior

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora paulistana enviou e-mail ao Conar queixando-se de anúncio veiculado em TV e internet, por considerar que ele externa exemplo deseducativo: um adolescente entrando em propriedade alheia, com o propósito de distribuir como presente garrafinhas de Coca-Cola.

Anunciante e agência defenderam-se, informando que o anúncio visava público adulto. No mérito, consideraram que o filme estimula bons sentimentos. O relator concordou em linhas gerais com este e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, voto acompanhado por unanimidade.

INDAIÁ - REFRIGERANTES KICAJU

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2017

Representação n°: 240/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Indaiá Brasil Águas Minerais

Relator(a): Conselheiro Paulo Fernandes Neto

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a" do Código

Resumo: Consumidor residente em Vitória (ES) queixou-se ao Conar de anúncio em internet de refrigerante em que, segundo ele, ocorre constrangimento aos pais para impingir o consumo do produto. Estas alegações foram rebatidas pela defesa enviada ao Conar pela anunciante.

O relator deu razão à denúncia, considerando que o anúncio ultrapassou os limites fixados pela ética publicitária, optando pela advertência à Indaiá Brasil Águas Minerais. Seu voto foi aceito por unanimidade.

MCDONALD'S - MCLANCHE FELIZ

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2017

Representação n°: 129/16, em recurso ordinário

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: McDonald's

Relator(a): Conselheiros Luiz Celso de Piratininga Jr e Taciana Carvalho

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A Procuradoria da República do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo optou por questionar no Conar, ao invés de recorrer diretamente à Justiça, ação promocional do McDonald's divulgando a venda de lanche associada a brinquedos. O temor da Procuradoria, originado de ofício do Instituto Alana, era que a ação poderia induzir ao consumo excessivo de produtos alimentícios, o que é francamente reprovado pela ética publicitária. Os brinquedos oferecidos eram exclusivos da promoção e podiam ser colecionados, sendo a oferta por tempo limitado.

A ação do McDonald's associava anúncio em TV, produzido em animação, a ações de blogueiros e motivou um processo investigatório ao final do qual deliberou-se pela abertura de representações éticas separadas, esta para examinar o anúncio em TV e outras, para análise dos anúncios em internet, com a mesma numeração, seguidas de letras "a", "b" e "c", que foram objeto de julgamento realizado em fevereiro.

Em sua defesa, a anunciante argumentou que não há limitações legais à oferta de brindes, que o filme não contém apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e que os brinquedos são autônomos, podendo ser adquiridos separadamente. Também defendeu o valor nutricional do lanche promovido.

Em primeira instância, o relator propôs a sustação do filme agravada por advertência ao McDonald's, levando em conta o caráter colecionável da promoção ancorado no uso de personagens infantis cativantes, agravado pelo fato de serem estes personagens que participam do filme publicitário. Segundo o relator, os dois fatos concorrem para atrair a atenção das crianças. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A anunciante recorreu da decisão, repisando seus argumentos de defesa, que acabaram por convencer a relatora de segunda instância. Ela propôs o arquivamento da representação por entender que os elementos do filme publicitário encontram-se amparados nas recomendações do Código para a publicidade de produtos e serviços para crianças e adolescentes. Sua recomendação foi acompanhada por unanimidade.

JOSAPAR - BOLOS SUPRASOY

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2017

Representação nº: 230/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Josapar

Relator(a): Conselheiro Alexandre Alvarez Gadret

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do Código e seu Anexo H

Resumo: Anúncio de produto alimentício de apelo infantil veiculado em emissora de TV por assinatura contem frase imperativa: "experimente uma sobremesa sem medo...".

Em sua defesa, o anunciante informou ter suspenso a exibição do anúncio tão logo cientificado da abertura da representação no Conar, informação validada pela emissora.

O relator considerou indiscutível o apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, o que é frontalmente reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Por isso, recomendou a alteração, voto aceito por unanimidade, consignando cumprimentos ao anunciante pela adesão à ética, antes do julgamento.

EXPERIMENTANDO DOCES FINI - LULUCA

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2017

Representação nº: 056/17

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Fini e Crescendo com Luluca

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 30, 37 e 50, letra "a" do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar propôs representação ao Conselho de Ética contra anúncio em internet da Fini, por considerar que a peça não está claramente definida como publicidade, o que é uma recomendação expressa do Código.

Em sua defesa, a Fini negou tratar-se de publicidade, informando que a ação de divulgação foi de iniciativa exclusiva do site Crescendo com Luluca, não envolvendo compra de espaço ou qualquer outra negociação comercial. Notou a defesa que alguns dos produtos provados na ação chegam a ser reprovados. A responsável pelo site manifestou-se, ratificando as informações trazidas pela Fini.

Em seu voto, a relatora escreveu ser legítima a publicidade em canais de internet. "O problema", afirmou ela, "ocorre quando infringe o Código no que se refere a publicidade feita com crianças".

A relatora observa que as novas oportunidades abertas pela internet deram "origem a uma gigantesca e incontrolável quantidade de conteúdos, onde todos têm o livre arbítrio para falar o que quiser e compartilhar as suas experiências sobre produtos e serviços. E é verdade que nem todas as marcas chegam a saber de todas as conversas em que elas estão inseridas. Em muitos casos é praticamente impossível".

No entanto, a relatora nota que há muitas ferramentas para tanto. "Em um cenário ideal, todas as marcas deveriam monitorar e gerenciar as conversas a seu respeito nas mídias sociais, fortalecendo as suas estratégias nos pontos vulneráveis e se defendendo quando forem injustamente atingidas", escreveu ela.

Ela baseou o seu voto, pela advertência à Fini, no fato de haver localizado na internet várias peças publicitárias onde a marca da empresa aparece em situações semelhantes, de degustação de seus produtos por menores de idade. "No caso desta representação, apesar dos argumentos da defesa, os fatos apontam para a existência de um relacionamento com benefícios claros e muito grandes para pelo menos uma das partes - a Fini". Por isso, a relatora recomendou à empresa que monitore os conteúdos sobre a sua própria marca na internet, sobretudo em canais comandados por crianças, evitando ser surpreendida por ações deste tipo. Seu voto foi acompanhado por unanimidade.

CLARO - ZUMBIS

Mês/Ano Julgamento: MAIO/2017

Representação nº: 042/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Claro

Agência: Talent Marcel

Relator(a): Conselheira Milena Seabra Ferreira

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor de Guarulhos (SP) considerou que filme da Claro veiculado em TV e internet, mostrando zumbis, abusa do medo e da violência, prática reprovada pelo Código, podendo despertar o temor, principalmente de crianças.

Anunciante e agência consideraram que o filme parodiou de forma cômica conhecida série televisiva, informando que ele foi veiculado majoritariamente em programação destinada a público adulto.

A relatora aceitou estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, acompanhado por unanimidade.

CHAMYTO - VAMOS DESCOBRIR O LADO GENIAL DE SEU FILHO

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2017

Representação n°: 037/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Nestlé

Relator(a): Conselheira Cinthia Ambrogi Alonso

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora de Itapema (SC) considerou que filme para TV e internet de Chamyto constrange pais e responsáveis com o propósito de impingir consumo, o que é reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, além de sugerir que o produto pode favorecer o desenvolvimento intelectual da criança.

A anunciante enviou defesa ao Conar, negando as motivações da denúncia, considerando que a peça publicitária respeita de forma estrita a ética publicitária, destacando, antes, a atenção da mãe às necessidades do filho.

A relatora concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto foi aceito por unanimidade.

GRUPO BIMBO - AGORA VOCÊ VAI CONHECER A NOSSA MÁGICA E DIVERTIDA FÁBRICA DE BOLINHOS

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2017

Representação n°: 068/17

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Grupo Bimbo

Relator(a): Conselheira Adriana Machado

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: O Conselho Superior do Conar acolheu ofício recebido da Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude de São Paulo, sobre campanha publicitária com o título acima. A Promotoria questionou o Conar sobre

conformidade das peças publicitárias, depois de receber denúncia formulada pelo Instituto Alana, que teme haver confusão entre conteúdo publicitário e de entretenimento na referida campanha.

Em sua defesa, a Bimbo alegou tratar-se de conteúdo educativo para divulgar o processo de fabricação de um bolo da marca Ana Maria. Considera que a exposição da ação acompanhada da marca da empresa não deixa margem a dúvida.

A relatora votou pelo arquivamento, sendo acompanhada por unanimidade. Ela confrontou a ação com as recomendações do artigo 37 do Código e não encontrou divergências.

O QUE VOCÊ GOSTA DE BEBER QUANDO ESTÁ COM SEDE? - FRUTT'S - SUPERBOM

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2017

Representação nº: 075/17

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Casa Publicadora Brasileira

Relator(a): Conselheiro Vitor Morais de Andrade

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidora residente em Sumaré (SP) queixou-se ao Conar do que considerou ser publicidade de suco de fruta inserida em material didático. Segundo ela, há na peça publicitária apelos aprovados pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A anunciante defendeu-se, informando que não se trata de anúncio e sim de imagem destinada a exercício de interpretação de textos.

O autor do voto vencedor propôs o arquivamento, a partir do exame dos documentos trazidos ao processo pela anunciante, alguns originados do site do MEC, que dão conta que, dentro dos Parâmetros Curriculares Nacionais, é recomendada a apresentação aos alunos de diversidade de gêneros textuais, inclusive anúncios, para gerar leitura ativa e responsiva dos alunos.

O conselheiro ressaltou, porém, a importância de constar no material destinado ao professor a necessidade de explicar aos alunos que anúncio publicitário é a representação do produto e tem o objetivo de despertar nos consumidores o desejo de adquiri-los. Seu voto foi acompanhado por maioria.

GARAGEM S.A - CANDIDE

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2017

Representação n°: 117/17

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Candide

Relator(a): Conselheira Fernanda Tomasoni Laender

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo:

O Conselho Superior do Conar propôs representação contra anúncio em TV e internet da Candide a partir de ofício recebido do Ministério Público do Ceará, pedindo manifestação sobre eventual abusividade na peça publicitária. O Ministério Público cearense, por sua vez, moveu-se a partir de questionamento formulado pelo Instituto Alana.

Em sua defesa, a Candide rebateu as alegações da denúncia. Os produtos divulgados não são apresentados como colecionáveis, as apresentações são verdadeiras, não tendo a sua natureza disfarçada pelos efeitos visuais inseridos no anúncio.

A relatora reconheceu a natureza fantasiosa da peça publicitária, mas não a considerou capaz de iludir as crianças. Também não acolheu as queixas de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e identificação publicitária deficiente. Por estes e outros motivos, ela recomendou o arquivamento da representação, voto acompanhado por unanimidade.

YPIÓCA FOGO SANTO

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2017

Representação n°: 124/17

Autor(a): Campari do Brasil

Anunciante: Ypióca

Relator(a): Conselheiro Fernando Justus Fischer

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigo 50, letra "c", do Código e seu Anexo A

Resumo: A Campari veio ao Conar queixar-se de anúncio em internet de apresentação da aguardente Ypióca, por considerar que a peça publicitária apresenta animação de um cavalo que remete ao universo infantil, sendo bem semelhantes às de uma animação destinada a

crianças. Tal prática é expressamente reprovada pelo Anexo A do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A defesa enviada pela anunciante lembrou que, em dezembro, quando do julgamento da representação 243/16, o Conselho de Ética reconheceu que o cavalo é um elemento figurativo da marca Ypióca Fogo Santo e não publicidade, resultando na recomendação de arquivamento da representação. A defesa negou a semelhança entre o cavalo mostrado no filme objeto desta representação e a animação apontada pela Campari.

O relator recomendou a sustação do filme. Ele considerou que o anúncio mostra o cavalo durante aproximadamente trinta segundos sem revelar a natureza do produto, muito menos de que se trata de produto para adultos. "Parece uma bela aventura infantil até a resposta da pergunta feita na locução", escreveu ele em seu voto, notando ainda que o cavalo sofre uma transformação no final do filme para se encaixar no rótulo da aguardente. Sua recomendação foi acompanhada por unanimidade.

SAGATIBA - ROLOU UM CLIMA

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2017

Representação n°: 088/17, em recurso ordinário

Autor(a): Diageo Brasil

Anunciante: Campari do Brasil

Relator(a): Conselheiros Luiz Celso de Piratininga Jr. e Ricardo Ramos Quirino

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigo 50, letra "c", do Código, e seu Anexo A

Resumo: Campanha em redes sociais promovendo apresentação da aguardente Sagatiba foi alvo de reclamação no Conar, formulada pela Diageo, que considerou haver linguagem e elementos próprios do universo infantil nas peças publicitárias, ilustradas com uma abelha e frutas humanizadas. Houve medida liminar de sustação concedida pelo relator até o julgamento da representação.

A Campari, responsável pela marca Sagatiba, negou tal interpretação, considerando os elementos ilustrativos bem distantes do interesse de crianças e adolescentes.

O relator de primeira instância confirmou sua impressão inicial, acolhendo a queixa da Diageo, e propôs a sustação, sendo acompanhado por unanimidade. A Campari recorreu da decisão, mas ela foi confirmada também por unanimidade pela câmara recursal, a partir de recomendação do relator do recurso ordinário.

CERVEJA PROIBIDA: ACREDITANDO E COMEMORANDO COM VOCÊ

Mês/Ano Julgamento: AGOSTO/2017

Representação n°: 101/17

Autor(a): Ambev

Anunciante: Cia Brasileira de Bebidas Premium

Relator(a): Conselheiros Carlos Chiesa e Paulo Chueiri

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigo 50, letra "b", do Código, e seu Anexo P

Resumo: A Ambev protestou no Conar contra campanha da concorrente Cia Brasileira de Bebidas Premium para a cerveja Proibida. Nas peças publicitárias, o jogador Neymar fala sobre desafios e obstáculos que devem ser superados por cada um. Para a Ambev, a campanha desrespeita o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em ao menos dois pontos: o jogador não aparenta ter 25 anos - idade que ele completou no começo deste ano -, como exigido pela ética publicitária, e associa o consumo de cerveja ao êxito pessoal, prática igualmente reprovada. A Ambev juntou à sua denúncia pesquisa que mostra que 56% dos entrevistados afirmam que Neymar parece ter menos do que 25 anos. Este número chega a 58% quando o universo pesquisado é de crianças e adolescentes.

O Conar promoveu duas reuniões de conciliação entre as partes, mas não foi possível um acordo.

Em sua defesa, a Cia Brasileira de Bebidas Premium teceu críticas à pesquisa juntada pela concorrência, considerando-a conceitualmente equivocada, mas mencionando que, mesmo assim, o percentual de pessoas que considerou que o jogador não demonstra ter menos de 25 anos é elevado. Lembrou que Neymar tem mais de 75 milhões de seguidores nas mídias sociais, pessoas que conhecem em profundidade a vida dele, inclusive as comemorações pelo seu aniversário.

A defesa negou qualquer associação indevida entre êxito e consumo de cerveja, discorrendo sobre a estruturação da campanha e chamando atenção para o fato de que a única frase dita por Neymar que pode ser associada à cerveja é a que recomenda consumo moderado.

O relator iniciou seu voto concordando com este argumento da defesa e considerando positivo o estímulo à superação de desafios, num momento de tantas dificuldades para o país. No entanto, levando em conta o cuidado extremo recomendado pelas normas éticas para a publicidade de bebidas alcoólicas, ele propôs a alteração, de forma a explicitar que o consumo de Proibida não leva à superação de obstáculos. Seu voto foi aceito por maioria.

Inconformada, a Ambev recorreu contra a decisão, mas a viu confirmada, novamente por maioria de votos. O relator do recurso ordinário concordou em linhas gerais com a decisão inicial.

FINI - ABRIU, SORRIU - MUSEU

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2017

Representação n°: 114/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Fini

Agência: Mullen Lowe Brasil

Relator(a): Conselheiro Guto Belchior

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Para consumidor paulistano, anúncio em mídia exterior propõe exemplo deseducativo a crianças e adolescentes, mostrando o que considera ser depredação de uma obra de arte.

A anunciante e sua agência alegaram bom humor e fantasia na peça publicitária.

O relator concordou em linhas gerais com esta argumentação e propôs o arquivamento, sendo acompanhado por unanimidade.

ITAÚ - SONHAR#ISSOMUDAOJOGO

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2017

Representação n°: 166/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Itaú

Agência: África

Relator(a): Conselheiro Paulo Celso Lui

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor residente em Alfenas (MG) reclamou no Conar contra anúncio em TV do Banco Itaú. Ele teme que haja exemplo deseducativo e perigoso: uma menina aparentando seis anos de idade joga bola no terraço de um apartamento em andar elevado.

Anunciante e agência defenderam-se, alegando que o terraço mostrado tem grades maiores que a criança e que não é mostrada qualquer conduta que possa ser considerada perigosa. Informaram ainda que o anúncio foi veiculado em programação majoritariamente assistida por adultos.

Por concordar em linhas gerais com os argumentos da defesa, o relator propôs o arquivamento, sendo acompanhado por unanimidade.

PROMOÇÃO SMURFS AVENTURA ENCANTADA - DIVINO FOGÃO

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2017

Representação n°: 175/17

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Reinart

Relator(a): Conselheira Cristina De Bonis

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n° 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética anúncio em TV da rede de restaurantes Divino Fogão, veiculado durante programa infantil, temendo que ele possa estimular o consumo exagerado de alimentos por enfatizar caráter colecionável de brindes destinados a crianças vinculado ao consumo de refeições.

A anunciante defendeu-se, considerando claras no anúncio as condições para obtenção dos brindes visando prioritariamente os pais, sem estímulo a exageros alimentares. A relatora concordou em linhas gerais com este entendimento e propôs o arquivamento da representação, voto acompanhado por unanimidade. Ela recomendou ao anunciante cuidado na programação de mídia de suas próximas campanhas, de forma que se utilizem de espaços dirigidos a adultos.

BENEGRIP MULTI - HORA DE DAR REMÉDIO

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2017

Representação n°: 190/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Hypermarcas

Agência: My

Relator(a): Conselheira Taciana Crosara Martins Carvalho

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 33, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: Cinco consumidores de São Paulo e São Bernardo do Campo (SP), Belo Horizonte (MG) e Rio de Janeiro (RJ) viram exemplo perigoso, passível de imitação por crianças, em anúncio em TV e internet de Benegrip: uma criança que, por medo de tomar medicamento, se esconde em uma caixa.

Anunciante e sua agência defenderam-se, alegando que o propósito do anúncio é desmistificar as dificuldades na hora de dar remédios às crianças, não considerando que a cena represente perigo, chamando a atenção para o fato de a caixa onde a criança se esconde ser transparente. Mesmo assim, informou ter espontaneamente alterado o filme, eliminando a cena criticada pelos consumidores.

A relatora recomendou a alteração do filme, de forma que dele sejam retirados a cena da caixa e também outras duas, nas quais a criança se esconde dentro de uma geladeira entreaberta e onde o medicamento é mostrado em local de fácil acesso. Seu voto foi aceito por unanimidade.

LEO E BIA ROUPAS DE DORMIR

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2017

Representação nº: 146/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Leo e Bia Roupas de Dormir

Relator(a): Conselheira Andréa Pontual Ribeiro

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 37 e 50, letras "a" e "c" do Código

Resumo: Consumidor de Fortaleza (CE) denunciou ao Conar campanha em rede social da Leo e Bia Roupas de Dormir por considerar que ela abusa da sensualidade, ao expor fotos de crianças de doze anos ou menos.

A anunciante defendeu-se, negando motivação à denúncia, considerando os anúncios respeitosos. No entanto, informou, já os retirara de exibição.

A relatora recomendou a sustação das postagens, agravada por advertência à Leo e Bia Roupas de Dormir. Ela considerou que algumas das fotos mencionadas podem vulnerar as crianças. Seu voto foi aceito por unanimidade.

VOCÊ YOUTUBER - ESCOLA MONSTER HIGH - JULIA SILVA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação n°: 214/17

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Mattel do Brasil

Relator(a): Conselheiro Vitor Moraes de Andrade

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Capital, oficiou o Conar questionando a identificação publicitária de ação em canal de vídeo na internet dirigido a crianças. A Promotoria questionou também o apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade, o que é reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Houve medida liminar de sustação concedida pela direção do Conar quando da abertura do processo ético.

Na ação, uma série de doze vídeos com participação da jovem youtuber Julia Silva, eram lançados desafios ao público, relacionados aos personagens da marca "Monster High", com vencedores a cada etapa, como se fosse um curso de formação de youtubers. A reclamação que originou o ofício do Ministério Público foi formulada pelo Instituto Alana.

Em sua defesa, a Mattel negou qualquer irregularidade, considerando a ação claramente identificável como publicidade e, em sua produção, tendo sido respeitadas as recomendações da ética publicitária.

O relator propôs a alteração da ação por considerar que a identificação da Mattel como patrocinadora não era fácil e imediata. Nos demais questionamentos, ele considerou os vídeos alinhados às recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

TWOZIES - FICA MELHOR EM DUPLA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação n°: 230/17

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: DTC Toys

Relator(a): Conselheira Cristina De Bonis

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Também esta representação foi proposta pela direção do Conar, questionando o Conselho de Ética sobre a existência de apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade na frase "você conseguiria formar as duplas? São mais de 140 Twozies para combinar", em anúncio em TV no intervalo de programa infantil.

Em sua defesa, a DTC Toys negou existência de apelo imperativo de qualquer natureza, chamando a atenção para o fato de o desafio de formar duplas não poder ser considerado convite a colecionar ou comprar em grande quantidade.

A relatora concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa e propôs o arquivamento, sendo acompanhada pela maioria dos conselheiros.

IFOOD - PERNITTA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação nº: 204/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: iFood

Agência: AlmapBBDO

Relator(a): Conselheiro Antonio Jesus Cosenza

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: O Conar recebeu reclamações de três consumidores, residentes no Rio (RJ), Porto Alegre (RS) e São Paulo (SP). Eles consideraram inadequado e desrespeitoso anúncio veiculado em TV por assinatura dirigida a crianças, onde a cantora Anitta aparece caracterizada como um homem e vestida com roupas meio femininas, meio masculinas.

A defesa enviada pela agência chamou a atenção para o evidente bom humor do filme.

O relator, não vendo dano ao Código, propôs o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

BEBER ÁGUA NUNCA FOI TÃO DIVERTIDO - BONAFONT

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação nº: 222/17

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Danone

Relator(a): Conselheira Leticia Paoliello Lindenberg

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: O Ministério Público do Ceará optou por questionar no Conar anúncio em redes sociais, e ações de divulgação em escolas, de água mineral: teriam o objetivo de estimular a fidelização e o consumo excessivo do produto por crianças menores de 12 anos? O Ministério Público, cuja ação foi provocada por denúncia do Instituto Alana, mencionou também em sua denúncia programas educativos e material escolar, áreas que extrapolam as atribuições do Conar.

A anunciante negou qualquer desrespeito às recomendações do Código e explicou que as ações visavam a chamar a atenção de pais e responsáveis sobre a importância da hidratação das crianças, utilizando elementos lúdicos, não estimulando o consumo excessivo, tampouco apelo imperativo de consumo.

A relatora não viu desrespeito ao Código na campanha da água mineral. Por isso, recomendou o arquivamento, voto acompanhado por unanimidade.

DINO ARENA - DANONINHO

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação nº: 223/17

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Danone

Relator(a): Conselheira Leticia Paoliello Lindenberg

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Também esta representação foi motivada por ofício do Ministério Público do Estado do Ceará ao Conar, por temer que anúncio em redes sociais da Danone possa conter irregularidades e trazer prejuízo às crianças. A ação do Ministério Público foi motivada por denúncia formulada pelo Instituto Alana. No cerne da denúncia, o questionamento de que o filme possa estimular consumo excessivo do produto pelo fato das embalagens serem colecionáveis, além de abusar da utilização de personagens em animação.

A Danone defendeu-se, considerando que respeitou de forma estrita as recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. Negou estímulo ao consumo em excesso do produto, argumentando que a promoção durou sete meses.

A relatora acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação. No entendimento dela, a campanha objeto desta representação "estimula a harmonia familiar e a convivência entre amigos", não incorrendo em estímulo ao consumo excessivo e sem apoiar-se em apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade. Seu voto foi aceito por unanimidade.

MULTI KIDS APRESENTA: GLIMMIES

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação n°: 226/17

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Multilaser

Relator(a): Conselheira Mirella Caldeira Fadel

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do Código

Resumo: A direção do Conar denunciou ao Conselho de Ética anúncio de responsabilidade da Multilaser veiculado em TV durante programação infantil, por considerar que há apelo imperativo de consumo dirigido a crianças, em especial na frase "são doze fadinhas para você colecionar".

A anunciante refutou a denúncia, considerando que a frase destacada é uma informação para os adultos responsáveis. Informou também que reviu o filme, eliminando o trecho "...para você colecionar".

A relatora deu razão à denúncia, propondo a sustação do anúncio original. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DTC TOYS - MEU MALVADO FAVORITO MINEEZ

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2017

Representação n°: 227/17

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: DTC Toys

Relator(a): Conselheiro Marcelo de Salles Gomes

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética a existência de apelo imperativo de consumo na frase "são 75 deles para curtir. Você conseguiria encontrar o personagem raro?", em anúncio da DTC Toys inserido em programação de TV dirigida a crianças.

A anunciante negou motivação à denúncia, por entender que não há apelo imperativo na peça publicitária, apenas informação objetiva: o de haver grande disponibilidade de modelos.

O relator deu razão ao anunciante, mesmo tendo em mente que o Código recomenda a interpretação mais restritiva quando se examina anúncios de produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes. Ele concorda que a frase expõe um diferencial, não mencionando serem itens colecionáveis. A segunda frase, entendeu o relator, apenas desperta a curiosidade da criança. Por isso, recomendou o arquivamento, sendo acompanhado por unanimidade.

MURIEL E GSF - LARISSA MANOELA - ALISENA TEEN

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2017

Representação nº: 229/17

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Muriel e GSF

Relator(a): Conselheira Patrícia Blanco

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a", do Rice

Resumo: Consumidor de Santo Antônio de Pádua (RJ) contestou no Conar termos de anúncio em internet de Alisena Teen, por considerar que transmite a ideia de que o uso do produto, um alisante de cabelos, confere superioridade ao consumidor. Tal intenção é reprovada pelo artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que trata da publicidade de produtos e serviços para crianças e adolescentes. A denúncia pede também manifestação do Conselho de Ética sobre a adequação da peça publicitária, que se apoia no depoimento de uma atriz com forte apelo junto a menores de idade.

A defesa das anunciantes negou motivação à denúncia, considerando que não há desrespeito às recomendações do Código, que a mensagem foi direcionada a público adolescente - não a crianças - e corresponde às exigências das autoridades sanitárias.

A relatora concordou em linhas gerais com os argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, sendo acompanhada por unanimidade.

2016

MERCADO LIVRE - NUNCA DEIXE DE BUSCAR

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2016

Representação n°: 209/15, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mercado Livre

Relator(a): Márcio Soave e Cristina de Bonis

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 33, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: Filme para TV da Mercado Livre mostra criança de dez anos ou menos saltando de bungee jump. Três consumidores residentes em São Paulo (SP) e Brasília enviaram e-mail ao Conar, por considerarem o filme traz exemplo deseducativo e perigoso, uma vez que o bungee jump não é recomendado para crianças de menos de dez anos de idade.

Em sua defesa, a anunciante descartou as acusações, negando-as e informando que todos os cuidados foram adotados na produção do filme, inclusive com uso de dublê. Apelou para a fantasia da mensagem.

Em primeira instância, a representação teve a recomendação de sustação adotada por unanimidade. Para o relator, a fantasia não deve ser censurada mas precisa estar atenta às peculiaridades do público infantil.

A Mercado Livre recorreu da decisão, negando as suas motivações e propondo-se a acrescentar ao filme um lettering, informando que a prática do salto não é permitida a menores de dez anos ou pessoas com menos de 40 kg.

A relatora do recurso aceitou parcialmente os argumentos da defesa e recomendou a alteração do filme, com a inclusão do lettering, e também de seu planejamento de mídia, para que ele não mais seja veiculado em canais com audiência majoritária de crianças. Seu voto foi aceito por unanimidade.

O FUTURO DAS NOSSAS CRIANÇAS NÃO PODE MORRER NA PRAIA

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2016

Representação n°: 210/15

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Roberto Miranda Moreira - Eireli - EPP (Cabo Branco Outdoor)

Relator(a): Renata Garrido

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Sustação e Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 37 e 50, letras "a" e "c" do Código

Resumo: Outdoor veiculado em João Pessoa (PB), com a chamada acima e ilustrado com a tristemente famosa foto do garoto sírio afogado em uma praia da Turquia, atraiu perto de vinte reclamações de consumidores. Eles consideraram a peça publicitária inadequada e apelativa, a despeito do propósito divulgado, de chamar a atenção da sociedade para o drama das crianças. Não houve defesa por parte dos anunciantes, mas eles informaram ter suspenso a divulgação do outdoor. Houve medida liminar de sustação antes do julgamento da representação.

Para a relatora, o anúncio fere frontalmente recomendação do Código ético publicitário em relação à proteção da intimidade. Por isso, confirmou a recomendação de sustação, agravada por advertência aos anunciantes para que observem em campanhas futuras as recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

KOL ULTRA GABRIELA PUGLIESI

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2016

Representação n°: 211/15

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Tips4life e Ambev

Relator(a): Paulo Celso Lui

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 10, 28, 30 e 50, letras "a" e "b" do Código e seu Anexo P

Resumo: O Conar recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade.

Não houve manifestação por parte dos responsáveis pelo blog. Já a Ambev negou o caráter publicitário das mensagens, alegando que elas foram publicadas por livre iniciativa de Gabriela. Informou a Ambev que é fornecedora exclusiva de cervejas e refrigerantes para estabelecimento de propriedade da blogueira. Informou ainda que solicitou a ela a interrupção da divulgação das mensagens.

O relator iniciou seu voto esclarecendo que a ausência de defesa por parte de Gabriela Pugliese o faz considerar como verdadeiras as denúncias trazidas pelos consumidores.

Ele não aceitou as alegações da Ambev e considerou, sim, as postagens como publicidade, ainda que velada. A partir disso, constatou a violação de diferentes dispositivos do Código, pelo que recomendou a sua alteração agravada por advertência a Gabriela Pugliese e Ambev porque, além de desrespeitarem o Código, "faltaram com boa-fé e responsabilidade social". Seu voto foi acolhido por maioria.

ITAÚ - DIGITAU

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2016

Representação n°: 014/16

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: Banco Itaú

Agência: Africa

Relator(a): Renata Garrido

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Em torno de trinta reclamações de consumidores geraram esta representação, contra campanha do Banco Itaú. Os consumidores queixaram-se que a ênfase na grafia "digitau" pode confundir crianças, tanto mais por algumas delas aparecerem nas peças publicitárias.

Anunciante e agência se defenderam, explicando os propósitos da campanha e argumentando que ela foi dirigida a adultos.

A relatora propôs o arquivamento, lembrando que o uso de neologismos é comum na publicidade, não vendo na campanha nenhum desrespeito às recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

EAM ESTRELLA GALÍCIA 0,0 - SUPERMOTOR

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2016

Representação n°: 021/16

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: BandSports e Estrella Galicia

Relator(a): Fernanda Tomasoni Laender

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 20 e 50, letra "a" do Código

Resumo: Cena no programa "SuperMotor", do canal BandSports, mostrando entrevista de menores de idade trajando uniforme estampado com a marca da cerveja Estrella Galicia, gerou reclamação ao Conar formulada pelo Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo. Segundo ele, há infração às recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em sua defesa, a BandSports informou tratar-se de reportagem com entrevistas com dois pilotos adolescentes, patrocinados pela marca de cerveja e que a marca estampada no uniforme era de cerveja sem álcool. Alegou que o programa onde foi exibida a reportagem é assistido majoritariamente por adultos e que não houve qualquer apelo de consumo da bebida.

A cerveja Estrella Galicia enviou defesa em separado ao Conar, explicando os contornos de seu programa de formação de pilotos, levado a cabo em vários países, sempre associado à cerveja sem álcool, de forma a reforçar o consumo responsável. Informou ainda que a cerveja Estrella Galicia que contém álcool tem apresentação visual distinta da não alcoólica. Lembrou que não há vedação legal à prática de patrocínio a pilotos, mesmo que menores de idade.

A relatora iniciou o seu voto esclarecendo que o objeto da representação é a associação de uma marca conhecida de bebida alcoólica, mesmo que da modalidade sem álcool, a pilotos mirins, e não se a participação deles em um programa de TV é ou não publicidade. Por conta disso, ela excluiu da representação a BandSports.

No mérito, lembrou ser esta a primeira vez que se coloca ao Conselho de Ética uma discussão da possibilidade de associação entre cerveja sem álcool e menores de idade. "Sem tirar o mérito da oportunidade que talvez o patrocínio traga aos pilotos mirins, há que se ter cuidado redobrado ao se utilizar crianças para qualquer tipo de publicidade ou associação à marca de cerveja", escreveu ela em seu voto, considerando que o fato de trajarem roupas com a marca do produto leva a tal associação". Para ela, não é razoável nem responsável a associação. "Quer situação de maior inspiração para crianças e adolescentes do que poder dirigir em alta velocidade, fazer parte de uma equipe profissional e ainda patrocinada?"

Ela informou não ter atentado para o fato de se tratar da apresentação da cerveja sem álcool, porque os logotipos são bastante semelhantes. "O Código é claro e cauteloso ao destacar em diversos artigos que imagem de crianças não pode ser associada a produtos incompatíveis com sua idade e capacidade de discernimento", escreveu. Por isso, recomendou a aplicação da pena de advertência à cerveja Estrella Galicia. Seu voto foi aceito por unanimidade.

FABER CASTELL + CARTOON NETWORK - FEITO À MÃO É MAIS LEGAL

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2016

Representação n°: 156/15, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Turner International

Agência: A.W. Faber-Castell

Relator(a): Marlene Bregman e Letícia Lindenberg de Azevedo

Câmara: Primeira Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: A direção do Conar considerou ter havido ação de merchandising da Faber-Castell em programação do canal por assinatura Cartoon Network, dirigida a público infantil, e tendo a participação de crianças, o que não é aceito pelo Código. Por isso, propôs representação ética.

A anunciante e o canal defenderam-se separadamente no Conar, tendo explicado que a ação se trata de branded content, constituída por filmetes inseridos nos intervalos comerciais, obedecendo de forma estrita as recomendações da autorregulamentação publicitária.

A relatora de primeira instância aceitou estas explicações e várias outras presentes nas defesas e recomendou o arquivamento da representação, o que foi aceito por unanimidade pelo Conselho de Ética. O Conar recorreu da decisão, por considerar que, em se tratando de uma prática publicitária nova, valeria também a manifestação da Câmara Especial de Recursos. No entanto, a decisão inicial foi confirmada por unanimidade, seguindo proposta da relatora do recurso.

RI HAPPY - O MAIOR PRESENTE DO MUNDO

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2016

Representação n°: 221/15, em recurso ordinário

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Ri Happy Brinquedos

Relator(a): Conselheiros Fernanda Tomasoni Laender e André Porto Alegre

Câmara: Sexta e Sétima Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: Solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Capital, Setor de Defesa de Interesses Difusos e Coletivos, motivou esta representação, proposta pelo Conselho Superior do Conar, como prevê o regimento da entidade. A solicitação visou ação publicitária em parque da cidade de São Paulo divulgada em TV e internet, considerando que ela pode estimular o consumo excessivo ao vincular as compras em lojas da Ri Happy Brinquedos a sorteio de prêmios. A solicitação formulada pela Ministério Público teve como origem uma denúncia levada a ele pelo Instituto Alana.

Em sua defesa, a anunciante negou a abusividade pretendida pela denúncia e informou que a ação foi claramente identificada como publicidade, envolvendo brincadeiras ao ar livre.

Em seu voto, a relatora afirmou não ver necessidade de retoques na ação publicitária no parque, mas propôs a alteração das peças publicitárias em TV e internet, por entender que, ao aludir a "presentão" e ao "maior presente do mundo", elas contêm mensagem diretamente dirigida a menores de idade. "A reconhecida hipossuficiência e a vulnerabilidade das crianças frente às mensagens publicitárias é tema que merece sim cuidados especiais, a fim de que elas possam continuar expostas a tais mensagens dentro da razoabilidade e das diretrizes e limites da legislação e do Código", escreveu ela em seu voto, no qual recomenda destaque à validade do vale-compras prometido como prêmio, por um ano. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Houve recurso contra a decisão, formulado pela Ri Happy Brinquedos, mas a decisão foi confirmada por unanimidade pela câmara recursal, seguindo proposta do relator do recurso.

1ª FESTA DO PIJAMA - CLUBE CHALEZINHO

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2016

Representação nº: 227/15

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Clube Chalezinho

Relator(a): Oscar Mattos

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Sustação e Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 20, 22 e 50, letras "a" e "c" do Código

Resumo: O Conar recebeu cinco queixas de consumidores residentes na Grande Belo Horizonte (MG) contra anúncio em internet de festa para público adulto usando elementos do universo infantil. Reprovaram também os consumidores um dos apelos da peça publicitária: um drink denominado "Boa Noite Cinderela", acompanhado do claim: "um único shot vai te derrubar".

Em sua defesa, o anunciante negou desrespeito à legislação ou às recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, considerando exageradas as reações dos consumidores. Informou não mais se utilizar do anúncio e ter suspenso a venda do drink "Boa Noite Cinderela". Concluiu se desculpando pelo incômodo.

O relator não aceitou estes termos e propôs a sustação do anúncio agravada por advertência ao Clube Chalezinho pela divulgação realizada. Seu voto foi aceito por unanimidade.

AMIL - RESISTA - EU DIGO NÃO PARA A OBESIDADE INFANTIL

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2016

Representação n°: 025/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Amil

Agência: Artplan

Relator(a): Mário Oscar Chaves de Oliveira

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Duas queixas motivaram esta representação, contra anúncio em TV e internet da Amil. Segundo os consumidores, a peça publicitária que trata de obesidade infantil apresenta maus exemplos para crianças, embora seja endereçado a adultos.

Anunciante e agência defenderam-se, alegando que as frases mencionadas no filme visam a alertar os pais para artimanhas usadas pelas crianças e que podem levar à obesidade precoce. O anúncio, explicou a defesa, visa exatamente estimular os pais para que resistam aos apelos dos filhos em função de um bem maior - a saúde deles.

O relator iniciou o seu voto lembrando que o contraditório, como forma de chamar a atenção, é recurso largamente utilizado pela publicidade e que não lhe parece que o uso da técnica no anúncio em tela prejudique a percepção da mensagem final, como positiva e de interesse social. "Cuidar não significa banir", escreveu ele em seu voto. "Quando há crianças em anúncios, os cuidados devem ser redobrados, mas nem por isso deve-se chegar ao exagero de transformar a publicidade em comunicado, expurgando todo e qualquer artifício criativo". Por isso, ele propôs o arquivamento, voto acolhido por maioria.

PÁSCOA LACTA - VOCÊ FAZ A MAGIA ACONTECER

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2016

Representação n°: 056/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mondelez Brasil

Agência: Wieden+Kennedy Brasil

Relator(a): Marcelo Benez

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Esta representação foi motivada por queixas enviadas por quatro consumidores residentes em Votorantim e São Paulo (SP). Eles consideraram que filme para TV mostra um coelho como animal dócil quando se trata de roedor que pode morder e arranhar quem dele se aproxima. Consideraram que, por tratar da Páscoa e mostrar criança de pouca idade, o filme pode induzi-las a comportamento perigoso.

A anunciante enviou defesa ao Conar, considerando que fica claro o caráter fantasioso da peça publicitária, reforçado pela assinatura "você faz a magia acontecer". Mencionou a defesa ter sido o filme criado após consulta a psicóloga clínica e psiquiatra da USP.

Estes e outros argumentos convenceram o relator da representação, que não viu no anúncio estímulo ao tratamento dos coelhos como animais domésticos. Seu voto pelo arquivamento foi acolhido por unanimidade.

PROTEX 12 - A HISTÓRIA DE JOÃO, O HERÓI DO BAIRO

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2016

Representação n°: 059/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Colgate-Palmolive

Agência: Y&R

Relator(a): Márcio Soave

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor paulistano escreveu ao Conar por considerar que filme para TV encerra exemplo de comportamento de risco, ao mostrar uma criança de pouca idade resgatando um filhote de cão em meio a um córrego. Outros consumidores juntaram-se à queixa depois da abertura da representação.

A defesa enviada por anunciante e agência negou a interpretação dos reclamantes, considerando que o filme não induz a risco incompatível com a idade da criança mostrada, tanto mais por ter ingressado no córrego sob as vistas da mãe, como é claramente mostrado.

O relator propôs o arquivamento da representação, por concordar em linhas gerais com o ponto de vista da defesa. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DANONINHO ICE" E OUTROS

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2016

Representação n°: 070/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Danone

Agência: Y&R

Relator(a): Marcelo Pacheco

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letras "a" e "b" do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar questionou campanha em revista e internet de Danoninho: haveria nas peças publicitárias apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, estímulo ao consumo excessivo mediante oferta de brinquedos colecionáveis e sugestão de consumo vocalizada por crianças, todas práticas reprovadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária?

Não, argumentaram anunciante e agência em sua defesa. Eles consideraram que o filme "Diga sim" é dirigido a adultos, tendo propósito claramente educativo, valorizando o lanche da tarde. Em relação aos brinquedos colecionáveis, em número de catorze, explicaram que a promoção é válida por sete meses, descaracterizando qualquer possibilidade de consumo excessivo. Quanto à vocalização de consumo por menor de idade, considerou a defesa que a frase que chamou a atenção da direção do Conar é vocalizada por personagem do filme, em contexto relacionado ao tema da peça.

O relator concordou com os dois primeiros argumentos da defesa, considerando-os, portanto, válidos frente ao Código, mas não em relação à vocalização de consumo presente no filme

"Danoninho Ice", pelo que recomendou a alteração desta peça específica. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DEL RIO - VOCÊ NO PAÍS DAS MARAVILHAS

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2016

Representação n°: 230/15

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Del Rio

Relator(a): Renato Tourinho

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora carioca protesta contra anúncio em revista com modelo trajando lingerie em meio a cena que remete ao clássico "Alice no País das Maravilhas". Para a consumidora, a iniciativa é reprovável pela associação entre sensualidade e elementos do universo infantil.

A anunciante enviou defesa ao Conar negando motivação à crítica e explicando a estruturação da campanha, baseada em cenas de filmes de sucesso. Informou também que o anúncio foi veiculado em revista destinada majoritariamente a público adulto.

O relator não viu no anúncio desrespeito às recomendações do Código. Seu voto foi acompanhado por unanimidade.

TDAH - NÃO DÊ CASTIGO, DÊ TRATAMENTO

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2016

Representação n°: 073/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Clínica Jacinto Lay

Relator(a): Renato Tourinho

Câmara: Oitava Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 24, 37 e 50, letra "c" do Código

Resumo: Consumidor de Teresina (PI) considerou que anúncio em TV e internet de clínica neurológica pode levar ao entendimento de que uma criança sadia pode padecer de déficit de atenção e hiperatividade, necessitando de terapia para corrigi-las.

Em sua defesa, a Clínica argumentou que o anúncio tem o propósito de alertar os pais e responsáveis e colocar à disposição os seus serviços. No mérito, negou motivação à denúncia.

No Conselho de Ética, prevaleceu, por maioria de votos, a deliberação de sustação. Considerou o autor do voto vencedor a temática bastante delicada, reconheceu o caráter educativo do anúncio, mas julgou que ele tratou do tema de forma pouco clara, tanto do problema quanto da terapia.

COLGATE - NEUTRAÇÚCAR

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2016

Representação n°: 034/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Colgate-Palmolive

Agência: Y&R

Relator(a): Conselheira Karla Brandão

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora de Duque de Caxias (RJ) considera que filme para TV de creme dental pode estimular o consumo excessivo de doces por crianças, chamadas na peça publicitária de "formiguinhas".

Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, tal interpretação, considerando que o anúncio apenas divulga os benefícios do produto. A relatora concordou, em linhas gerais, com os argumentos da defesa, tendo considerado que o filme é dirigido ao público adulto. Propôs o arquivamento da representação, acompanhado por unanimidade.

OMO - LIBERTEM AS CRIANÇAS ("FREE THE KIDS")

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2016

Representação n°: 091/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Unilever Brasil

Relator(a): Conselheira Adriana Pinheiro Machado

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidores de São Vicente e São Paulo (SP) e Porto Alegre (RS) escreveram ao Conar criticando filme para TV e internet de Omo, onde o tempo ao ar livre de crianças é comparado ao de presidiários detidos nos Estados Unidos.

A defesa da Unilever manifestou-se dizendo que o filme é fruto de pesquisa em dez países, mostrando o declínio do hábito de crianças brincarem ao ar livre, sendo objetivo da campanha chamar a atenção dos pais para este fato.

A relatora considerou a campanha impactante e útil à sociedade como um todo. "Compreendo o estranhamento e o desconforto dos consumidores, mas não vejo na campanha nada que contrarie os preceitos do Código", escreveu ela em seu voto, pelo arquivamento da representação, acolhido por unanimidade.

REDOXITOS - PROMOÇÃO DIVERTIDAMENTE

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2016

Representação n°: 016/16, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Bayer

Agência: ED Interactive

Relator(a): Conselheiros André Coutinho Nogueira e Oscar Mattos

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "a" do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar propôs representação contra campanha em internet, TV, cinema e ponto de vendas que divulga Redoxitos, um alimento enquadrado pelas autoridades sanitárias na categoria daqueles com regulamentação específica, podendo ser vendido apenas em farmácias e com recomendação de uso restrito a uma unidade por dia.

A promoção, com vários desdobramentos, incluiu o que a diretoria do Conar entendeu como associação do produto a personagens de animação da Disney dirigida a crianças, distribuição de brinde, ações em shoppings e salas de cinema e divulgação em blogs destinados ao público infantil, sem clara identificação de ação publicitária.

Em sua defesa, anunciante e agência alegaram que toda a campanha é direcionada aos pais e não às crianças. Negaram apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e qualquer outro desrespeito às regras éticas. Da mesma forma para as postagens em blogs: Bayer e sua agência, informou a defesa, limitaram-se a convidar algumas mães blogueiras para assistirem à animação da Disney, ofertando brindes a elas. Negou igualmente a defesa qualquer vinculação com o vídeo de duas crianças que mencionam a promoção.

O relator aceitou, em linhas gerais os argumentos da defesa. Ele considerou que a campanha não ultrapassou recomendações do Código e não reconheceu confusão entre conteúdo publicitário e editorial nas postagem dos blogs. Por isso, sugeriu o arquivamento da representação, voto acompanhado por unanimidade.

A direção do Conar recorreu da decisão e, na Câmara Especial de Recursos, viu parcialmente acolhidos seus argumentos em relação à campanha. Por unanimidade, a câmara revisora deliberou pela advertência à Bayer e sua agência, atendendo recomendação do relator do recurso. Segundo ele, pela somatória dos elementos, se tratou de estratégia de comunicação senão infratora "ao menos extremamente arriscada para divulgar produto de consumo restrito", visando público infantil.

BIMBO - FESTIVAL FASHION KIDS E CONFEITARIA ANA MARIA

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2016

Representação n°: 105/16

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Bimbo do Brasil

Relator(a): Conselheira Tannia Fukuda

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 37 e 50, letra "b" do Código e Anexo H

Resumo: Ofício enviado ao Conar pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, motivou esta representação, contra a campanha acima, desenvolvida em shoppings e parques pela Bimbo para promover um bolinho. A denúncia foi encaminhada ao Ministério Público pelo Instituto Alana, que entende que a ação vai contra a legislação.

Em sua defesa, a anunciante informou ter divulgado seu produto, que é direcionado a crianças menores de doze anos, em conformidade com as normas legais e de autorregulamentação vigentes, e com participação nas ações sempre condicionada à autorização expressa dos pais.

A autora do voto vencedor propôs a alteração, reconhecendo a possibilidade de realizar ações de divulgação de produtos alimentícios, desde que tendo como diretriz a transmissão de

informações sobre equilíbrio e educação alimentar, promovendo hábitos saudáveis. Seu voto foi aceito por maioria.

NÃO É FÁCIL ASSIM SE LAMBUZAR NA VIDA. MAS NO BOB?S É!

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2016

Representação n°: 081/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Bob's

Relator(a): Conselheiro Décio Coimbra

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor reclamou ao Conar contra anúncio em TV de rede de lanchonetes, por considerar que ele ultrapassa os limites da respeitabilidade ao mostrar seguidas concessões de pais aos filhos. O anunciante defendeu-se, alegando irreverência e bom humor.

O relator concordou, em linhas gerais, com este argumento e recomendou o arquivamento da representação, voto aceito por unanimidade.

51 ICE - NOVA EMBALAGEM - ANIMAL

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2016

Representação n°: 013/16, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Cia Muller

Agência: Maria São Paulo

Relator(a): Conselheiros Paulo Chueiri e Fernanda Tomasoni Laender

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "c" do Código e seu Anexo T

Resumo: A direção do Conar propôs representação ética contra anúncio em TV e internet de bebidas alcoólicas onde aparece em destaque a figura de um leão. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu Anexo T recomenda que a publicidade do gênero não

remeta a qualquer elemento do universo infantil, citando especificamente animais humanizados, bonecos ou animações que possam atrair a atenção de menores de idade. Reunião de conciliação entre anunciante, agência e a direção do Conar não resultou em acordo.

Em sua defesa, Cia Muller e sua agência argumentaram que a campanha não continha apelos dirigidos ao público infantil, sendo dirigida exclusivamente ao público adulto, sua visualização na internet devidamente resguardada por mecanismo de acesso seletivo e, na TV, programada para horário de exibição após às 22h. Demais recomendações do Código foram, entendem anunciante e agência, devidamente respeitadas.

O relator não aceitou estes argumentos e propôs a sustação do anúncio, voto aceito por unanimidade.

Houve recurso contra a decisão, mas ela foi confirmada por unanimidade pela Câmara Especial de Recursos, atendendo a sugestão da relatora, no que toca à veiculação do filme em TV. Já em relação à sua exibição em internet, a relatora concordou que possa continuar, uma vez que o site está devidamente bloqueado para navegação por menores de idade.

FANTA - LEVA NA BOA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2016

Representação nº: 166/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Coca-Cola

Agência: Ogilvy&Mather Brasil

Relator(a): Conselheira Carla Simas

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora de Campinas (SP) viu estímulo reprovável em animação para TV de refrigerante, que mostra uma mãe postando nas redes sociais foto de seu filho recém-nascido tomando banho. Para a consumidora, crianças poderiam imitar a cena.

Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, qualquer desrespeito ao Código ou estímulo reprovável. Em seu voto, a relatora chamou a atenção para o caráter claramente fantasioso da animação, em sintonia com o público adolescente. Recomendou o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

LACTA 5 STAR - MORDEU, BATEU

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2016

Representação n°: 203/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mondelez

Agência: Brasil e Wieden+Kennedy Brasil

Relator(a): Conselheiro Ricardo Difini Leite

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Dois consumidores questionaram no Conar anúncio em TV do chocolate Lacta: ele implicaria em risco para crianças e adolescentes, ao mostrar um personagem que após ingerir o produto acha que pode fazer qualquer coisa, entre elas saltar sem paraquedas de um avião em pleno voo?

Em sua defesa, anunciante e agência invocaram o tom humorístico do anúncio e que ele foi inserido em programação dirigida a público adulto. O autor do voto vencedor acolheu estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto acompanhado por maioria.

"CATUABA SELVAGEM - SÓ SOFRE POR AMOR..." E "#MOMENTOSSELVAGEM COM JÉSSICA TEIXEIRA"

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2016

Representação n°: 178/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Arbor

Relator(a): Conselheiro Lula Vieira

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "c" do Código e seu Anexo A

Resumo: Consumidor de Maceió (AL) acusou, no Conar, uso de elementos do universo infantil - animações com gatinhos e unicórnios entre eles - em anúncios em mídia social da bebida

alcoólica Catuaba Selvagem que, ainda, não apresentam a frase de recomendação moderada no consumo, como previsto no Código. A animação foi veiculada também em TV por assinatura.

Em sua defesa, a Arbor argumentou que o FaceBook, onde os anúncios foram inseridos, não é próprio para menores de idade enquanto que, no acesso à página da anunciante na internet, há mecanismo de seleção de entrada. Quanto à inserção em TV por assinatura, informou o anunciante que ela foi programada para horário majoritariamente visto por público adulto. Considerou ainda que apenas o fato de haver um animal humanizado na animação não pode caracteriza-la como própria do universo infantil.

O relator, no entanto, não aceitou estas e outras alegações e ponderou que o Anexo A do Código é claro em suas vedações e estas foram ultrapassadas. Por isso, recomendou a sustação, voto aceito por unanimidade.

ITUBAINA - GOSTOSO COMO SER CRIANÇA

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2016

Representação n°: 201/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Brasil Kirin

Agência: Leo Burnett Taylor Made

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora paulistana viu exemplo deseducativo em comercial para TV de refrigerante. A peça publicitária mostra brincadeiras infantis praticadas por adultos como, por exemplo, soltar a tampa do saleiro e jogar uma pedra de gelo dentro da roupa de um amigo.

Anunciante e agência negaram, em defesa enviada ao Conar, a interpretação da consumidora, considerando o anúncio apenas bem humorado.

O relator concordou com estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, acompanhado por unanimidade.

HASBRO - BABY ALIVE HORA DO BANHO DA MARIE - JULIA SILVA

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2016

Representação n°: 207/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Hasbro do Brasil

Relator(a): Conselheira Milena Seabra Ferreira

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Prática denominada unboxing patrocinada pela Hasbro em canal do YouTube de Julia Silva, de seis anos de idade, foi questionada por consumidor paulistano. Estaria tal modalidade de publicidade em acordo com as recomendações do Código ético-publicitário?

Em sua defesa, a Hasbro negou responsabilidade pela página e por seu conteúdo, sendo esta iniciativa de Julia Silva. A Hasbro trouxe ao processo declaração dos responsáveis legais pela menina, informando que não houve qualquer negociação envolvendo a Hasbro, sequer o envio do brinquedo mostrado no vídeo.

A relator propôs o arquivamento, aceitando os argumentos da Hasbro. Seu voto foi aceito por unanimidade.

DELEGAÇÃO SKOL - FELIPE SIMAS", "GIOVANNA LANCELLOTTI" E "BRUNA MARQUEZINE"

Mês/Ano Julgamento: OUTUBRO/2016

Representação n°: 213/16, n. 214/16 e n. 215/16, respectivamente

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ambev

Relator(a): Conselheiro Licínio Motta

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letras "a" e "c" do Código e seu Anexo P

Resumo: Postagens em redes sociais com fotos de artistas em visita ao estande da cerveja Skol no parque olímpico motivaram estas três representações, relatadas e julgadas em conjunto. Ocorre que os três artistas que aparecem nas postagens têm menos de 25 anos de idade, o que viola recomendação expressa do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

pessoas que aparecem em peças publicitárias de bebidas alcoólicas devem necessariamente ter e aparentar ter mais de 25 anos de idade.

A Ambev defendeu-se, alegando que os posts foram de iniciativa de seus convidados, sendo uma forma de agradecimento pelo convite. Ao tomar conhecimento das postagens, informou a Ambev, pediu a cada um deles que retirassem as postagens de exibição, no que foi prontamente atendida.

O relator propôs a sustação das peças publicitárias, agravada por advertência à Ambev, voto aprovado por unanimidade.

Ele frisou que o foco do caso em tela não é o direito de liberdade de expressão individual. "O que está sendo discutido é o grau de responsabilidade da Ambev nas divulgações feitas pelos três atores em seus perfis, todos menores de 25 anos", escreveu o relator.

Prosseguiu: "ainda que se considere as alegações da defesa de que a divulgação foi uma iniciativa dos envolvidos como uma forma de "agradecimento", é de conhecimento de todos o impacto que uma celebridade tem na divulgação de um produto ou marca, associado à sua imagem. É também de conhecimento de todos a posição firme adotada pelo Conar no que se refere à propaganda de bebidas alcoólicas, no sentido de coibir todo e qualquer abuso, mais ainda quando essas propagandas envolvem público jovem. Nesse sentido, ainda que o

anunciante declare ter solicitado a remoção das fotos de seus perfis, a "viralização" já tinha ocorrido, o que pode ser verificado em 5 de outubro de 2016, através de uma busca nas imagens no Google".

Segundo o relator, ao convidar para o evento, sabendo que as celebridades tinham idade inferior a 25 anos, caberia a Ambev monitorar seus posts durante o evento e imediatamente após, no sentido de evitar que as imagens fossem propagadas.

"Creio que cabe ao Conar refletir sobre o assunto, uma vez que é certo que cada vez mais teremos esse tipo de ocorrência, incluindo outras redes como o Instagram e similares, onde o post fica disponível por apenas algumas horas, como o Snapchat", escreveu o relator. Seu voto foi aceito por unanimidade.

SUSTAGEN. SEU ALIADO PARA UMA NUTRIÇÃO MAIS COMPLETA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2016

Representação n°: 212/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mead Johnson do Brasil

Relator(a): Conselheiro Ronaldo de Vitto

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Reclamações de consumidores residentes em São José do Rio Preto (SP), Cuiabá (MT) e Campo Grande (MS), num total de quatro queixas, motivaram a abertura desta representação ética, contra anúncio em TV de produto alimentar. Mais reclamações chegaram ao Conar depois da abertura do processo. Segundo os consumidores, a peça publicitária pode estimular os pais a substituírem alimentação natural e variada por fórmula e estimular que as crianças peçam para consumir achocolatado ao invés de comida.

A anunciante defendeu-se, considerando que o comercial não infringe as recomendações do Código, chamando a atenção para o fato de o filme mostrar a mãe oferecendo frutas à criança e que na mesa aparecem também salada e leite. A defesa aludiu a lettering presente no filme, para reforçar que Sustagem não substitui alimentação saudável e balanceado.

Estes e outros argumentos da defesa convenceram a maioria dos membros do Conselho de Ética que, atendendo à sugestão do autor do voto vencedor, optaram pela recomendação de arquivamento.

HASBRO - MY LITTLE PONY

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2016

Representação n°: 222/16

Autor(a): Conar, por iniciativa própria

Anunciante: Hasbro do Brasil

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética se anúncio em TV e internet da Hasbro contém apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade, com uso de expressões como "acesse" e "participe" ligadas à aquisição do produto e ação promocional.

Em sua defesa, a anunciante negou tal interpretação, relatando que o anúncio é dirigido aos pais, que só eles podem se inscrever e que a premiação é proporcionar uma festa para seus filhos.

A relatora apoiou o seu voto em dois pontos: o planejamento de mídia da campanha e a coerência interna da mensagem. Em relação ao primeiro, depois de minucioso levantamento de informações, concluiu que o anúncio foi veiculado em programação capaz de atingir também crianças, ainda que em número menor do que o de adultos.

Indo adiante, a relatora considerou indiscutível que o filme foi concebido para atrair a atenção também dos menores de idade, ao ser concebido a partir de vários elementos do universo infantil. "Não foi feito nenhum esforço para se falar com adultos, para se utilizar de uma linguagem mais apropriada a pessoas maduras", escreveu em seu voto. "Existe, portanto, um bom fundamento para se concluir que as crianças são público-alvo dessa promoção e que o comando ?participe? foi também dirigido a elas".

Escreveu mais: "o que tem que ficar claro é que mesmo não sendo o público-alvo, a criança pode ser informada e influenciada por qualquer mensagem com apelo infantil. Essa criança está crescendo em uma sociedade de consumo e como tal está exposta a todos os tipos de mensagem. Cabe ao anunciante respeitar certas regras, entre elas a de não utilizar linguagem e códigos universais do mundo infantil e imperativos de consumo para transmitir mensagens que não deveriam ser dirigidas a este segmento". Ela notou ainda o que chamou de "um ruído" na promoção, ligado à questão de gênero, ao dirigir-la apenas a meninas.

Terminou recomendando a alteração da peça publicitária, por se dirigir também a crianças em um ambiente infantil. Seu voto foi aceito por unanimidade.

BOB'S TURMA DO BAIRRO

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2016

Representação n°: 225/16

Autor(a): Conar, por iniciativa própria

Anunciante: Bob's

Relator(a): Conselheira Carla Simas, com voto complementar de Clementino Fraga Neto

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letras "a" e "b" do Código e seu Anexo H

Resumo: Campanha em TV e internet de rede de lanchonetes propõe, na visão da direção do Conar, estímulo a crianças de consumo excessivo de alimentos para fins de coleção. Não houve defesa por parte do Bob's, mesmo sendo ele devida e comprovadamente citado.

A relatora concordou com os termos da denúncia, vendo na campanha apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade e estímulo ao consumo exagerado. Por isso, sugeriu a alteração, aprovada por unanimidade, e complementada pela advertência ao Bob's, esta aprovada por maioria.

SHOPKINS - DTC

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2016

Representação n°: 232/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: DTC Toys

Relator(a): Conselheiro Antonio Toledano

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do Código

Resumo: A direção do Conar viu apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio para TV de brinquedo da DTC Toys, em especial no apelo "para colecionar...". O anúncio foi veiculado por ocasião do Dia da Criança.

Em sua defesa, a anunciante negou que a expressão possa ser considerada como apelo imperativo, não trazendo ordem impositiva, refletindo apenas a natureza do produto e considerando o ato de colecionar algo como benéfico ao aprendizado infantil.

Estes e outros argumentos não conveceram, porém, o relator da representação, que votou pela sustação, considerando que o filme afronta recomendação do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

GIFT EMS - CANDIDE

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2016

Representação n°: 233/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Candide

Relator(a): Conselheira Cinthia Maria Ambrogi Alonso

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "c" do Código

Resumo: A direção do Conar questionou a existência de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio para TV da Candide. A frase objeto da preocupação do Conar é "abra as caixinhas para conhecer suas novas amigas... Misture e combine... Crie vários looks". Não houve defesa por parte da anunciante.

A relatora propôs a sustação, por considerar procedente a denúncia. Seu voto foi aceito por unanimidade.

BIS - SUSTO

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2016

Representação n°: 113/16, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Mondelez Brasil

Agência: Wieden+Kennedy Brasil

Relator(a): Conselheiros Antonio Toledano Romero e Herbert Zeizer (voto vencedor)

Câmara: Sexta e Sétima Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Mais de duas dezenas de queixas enviadas por consumidores motivaram esta representação, contra filme para TV do chocolate Bis. Eles consideraram que o filme infunde medo, podendo influenciar negativamente crianças e adolescentes.

Em sua defesa, a anunciante e sua agência esclareceram que a personagem utilizada no anúncio remete a um filme popular de terror e que a sua programação de mídia visou predominantemente público adulto. Considerou ainda que a obra publicitária tem tom bem humorado.

Em primeira instância, seguindo proposta do relator, recomendou-se advertência ao anunciante e sua agência pela programação de mídia da campanha, sugerindo que seja veiculado apenas depois das 21h. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Anunciante e agência recorreram da decisão e conseguiram revertê-la. Por maioria de votos, a Câmara Especial de Recursos deliberou por maioria de votos pelo arquivamento, atendendo a proposta do autor do voto vencedor, por considerar que o filme não afronta recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

FERRERO, DTC E BRINQUEDOS E SURPRESAS - PEPPA PIG E KINDER OVO

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2016

Representação n°: 223/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Ferrero do Brasil, DTC Toys e Brinquedos e Surpresas

Relator(a): Conselheira Letícia Paoliello Lindenberg de Azevedo, com voto complementar de José Maurício Pires Alves

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Sustação e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 23, 28, 37 e 50, letras "a" e "c" do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar questionou no Conselho de Ética anúncio na internet do Kinder Ovo: ele não estaria enfatizando os brinquedos ofertados como brindes colecionáveis, estimulando assim o consumo excessivo do confeito, em desacordo com as recomendações do Código?

Em sua defesa, a Ferrero informou não manter qualquer relacionamento com o canal do Youtube onde o anúncio foi divulgado e que também não apoiou ou participou da sua elaboração. A DTC Toys deu informações semelhantes em defesa enviada ao Conar, apontando a "Brinquedos e Surpresas" como única responsável pelo anúncio. Já esta última informou ao Conar que o material é conteúdo editorial, negando o seu caráter publicitário, confirmando que as duas empresas não contrataram a ação, sequer enviando os produtos para a gravação.

A relatora propôs advertência às três empresas, mesmo considerando que o material não tem caráter publicitário, para que se mantenham atentos aos preceitos éticos recomendados pela autorregulamentação. Seu voto foi aceito por unanimidade. Já o autor do voto complementar sugeriu a sustação da ação, voto aprovado por maioria.

TOPSPORT VENTURES - COPA TOON

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2016

Representação nº: 237/16

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Turner International do Brasil

Relator(a): Conselheira Sirley Fabiann Cordeiro de Lima

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: A direção do Conar questionou se há apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade em anúncio em TV de game da Turner, em especial na frase "você pode jogar enquanto assiste ou assistir enquanto joga..."

A defesa enviada pela anunciante negou motivação à denúncia, explicando que a locução questionada não faz parte do anúncio, sendo um slogan do canal Cartoon Network, que inclui jogos em redes sociais e site.

Tal slogan, explicou a defesa, foi criado e é veiculado em todo mundo depois que pesquisa apontou que as crianças são "multitarefa", jogando e assistindo TV ao mesmo tempo, por exemplo.

A relatora concordou em linhas gerais com a defesa e propôs o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

DANONINHO CHOC

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2016

Representação n°: 255/16

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Danone

Agência: Y&R

Relator(a): Conselheiro Roberto Nascimento

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora curitibana escreveu ao Conar, protestando contra anúncio em internet que associa crescimento, força e inteligência ao consumo de apresentação de Danoninho, menosprezando outros alimentos.

Em sua defesa, anunciante e agência informaram que o anúncio objeto desta representação data de 2002, tendo sido veiculado por terceiros em um canal do YouTube.

O relator acolheu esta explicação da defesa e propôs o arquivamento da representação, voto aceito por unanimidade.

FOGO SANTO YPIÓCA

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2016

Representação n°: 243/16

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Diageo Brasil

Relator(a): Conselheiro Eric Albanese

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora paulistana questionou no Conar se publicidade em mídia exterior de bebida alcoólica de alto teor está enquadrada nas recomendações do Código. Por ter ao fundo a ilustração de um cavalo, a consumidora teme que o anúncio possa atrair a atenção de menores de idade.

Em sua defesa, a anunciante alegou que a imagem faz parte do rótulo do produto e que o anúncio obedece de forma estrita às recomendações da ética publicitária.

O relator concordou, em linhas gerais, com este ponto de vista, e recomendou o arquivamento da representação, voto acolhido por unanimidade.

2015

DEL VALLE EXPERIMENTO

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2015

Representação n°: 257/14

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Coca-Cola

Agência: Wieden+Kennedy Brasil

Relator(a): Conselheiro Gustavo Ferro

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 24, 33 e 50, letra "a" do Código

Resumo: Consumidora de Sorocaba (SP) considera que filme para a TV do suco Del Valle externa exemplo perigoso ao mostrar cena de duas irmãs de pouca idade atravessando a rua, mesmo depois das orientações dadas pela mãe.

Em sua defesa, anunciante e agência destacam o caráter educativo do anúncio, em oposição à interpretação da consumidora, buscando expor uma experiência onde se valoriza o exemplo dado pelos pais na educação dos filhos. Alega ainda a defesa que o planejamento de mídia do filme respeitou o compromisso público firmado por diversas empresas dos setores de alimentos e bebidas, capitaneado pela ABA e Associação Brasileira da Indústria de Alimentação, ABIA, visando majoritariamente público adulto.

Em seu voto, o relator afirmou não ver no filme descaso por parte da mãe em relação à segurança das filhas. Lembrou porém que, ainda que não existam leis a respeito, documento do Denatran recomenda como idade mínima os onze anos para que crianças comecem a ser impactadas por conceitos e ensinamentos mais complexos em relação à educação no trânsito. No filme, as duas crianças demonstram ter bem menos do que esta idade. "Sendo assim", escreveu o relator em seu voto, "mesmo não vendo no filme nenhuma contrariedade ao Código e acreditando que a intenção e vivência demonstrados no anúncio são significativamente maiores que o aspecto relativo à escolha do elenco, creio ser esta peça passível de advertência ao anunciante e sua agência". Seu voto foi aceito por unanimidade.

NOVO VOLKSWAGEN - SURPREENDENDO AS SURPRESAS

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2015

Representação n°: 258/14

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: VW

Agência: AlmapBBDO

Relator(a): Conselheiro Fernando Calia

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Três consumidores, residentes em São Paulo (SP) e Garanhuns (PE) contestaram filme para TV do modelo Fox, da VW, onde um boneco vestido de palhaço aparece como um personagem típico de filme de terror. Os consumidores aludem ao medo e à aflição provocadas em crianças.

Anunciante e agência informam que o filme faz uma paródia de filmes de terror e negam motivação às denúncias. O relator aceitou estes argumentos, não vendo na peça publicitária, desrespeito às recomendações do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

SBP - PROTEGIDO

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2015

Representação n°: 288/14

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Reckitt Benckiser Brasil

Agência: Havas

Relator(a): Conselheira Karla Brandão

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora de Vespasiano (MG) protesta contra comercial para TV de inseticida, onde aparecem crianças e brinquedos. Ela teme que menores de idade possam se sentir estimulados a manusear o produto.

Em sua defesa, entre outros argumentos, a anunciante e sua agência lembram da existência de lettering no filme, recomendando que o inseticida seja mantido fora do alcance das crianças.

A relatora aceitou estes e outros argumentos da defesa e propôs o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

KELLOGG'S - MOSTRE QUE VOCÊ É UM TIGRE

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2015

Representação n°: 303/14

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Kellogg Brasil

Relator(a): Conselheiro Rafael Davini

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do Código e seu Anexo H

Resumo: A direção do Conar questiona se há apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade, em especial na afirmação acima e também em "experimente sucrilhos de chocolate", em filme para TV.

Em sua defesa, a Kellogg reconhece justeza na denúncia em relação a esta última frase - tanto que sustou espontaneamente a sua exibição - mas não na anterior, considerando que ela, antes, constitui estímulo à prática de esportes e atividades físicas.

O relator concordou em linhas gerais com a defesa e propôs a alteração da frase que contém apelo imperativo de consumo dirigido a menores de idade, tendo considerado ética a afirmação "mostre que você...", quando aplicada ao contexto do filme. Seu voto foi aceito por unanimidade.

BANCO ITAÚ - SINOS

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2015

Representação n°: 306/14

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Banco Itaú

Agência: DPZ

Relator(a): Conselheira Adriana Machado

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora entende que filme para TV do Banco Itaú mostra exemplo de conduta perigosa: um adulto equilibrando na palma da mão uma criança em pé, de não mais do que três anos, em cena que dura dois segundos.

Em sua defesa, anunciante e agência apelam para a licença publicitária e o discernimento do público adulto. Estes argumentos convenceram a autora do voto vencedor, que propôs o arquivamento. Seu voto foi acolhido por maioria.

VENTILADOR ARNO TURBO - SILÊNCIO REPELENTE

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2015

Representação nº: 030/15

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: SEB

Agência: PBC

Relator(a): Conselheiro Oscar Mattos

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidora paulistana teme o mau exemplo em filme para a TV, no qual uma mulher tenta matar um mosquito batendo nele com um ventilador. A defesa enviada por anunciante e sua agência alega caricaturização. Informam que o filme foi veiculado em programação majoritariamente destinada a adultos.

O autor do voto vencedor propôs o arquivamento, entendendo que o filme não contraria recomendações do Código. A maioria dos conselheiros acompanhou essa recomendação.

DANONINHO - PORQUE EU COMO DANONINHO

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2015

Representação nº: 031/15

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Danone

Agência: Y&R

Relator(a): Conselheiro Márcio Soave

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 37 e 50, letra "b" do Código e seu Anexo H

Resumo: Consumidor de Brusque denúncia ao Conar filme em TV de Danoninho, por considerar que contém apelo imperativo de consumo vocalizado por menor de idade. Questiona também se o filme contém eventuais infrações às recomendações do Código no que toca à segurança e boas maneiras, bem como com relação às propriedades nutricionais do produto.

O anunciante e sua agência defenderam-se, alegando que todas as referências ao produto são feitas por meio de locução e lettering, sendo que a locução infantil visa apenas demonstrar que o produto pode ser consumido no momento do lanche.

O relator recomendou a alteração por concordar que houve apelo de consumo vocalizado por criança, voto aceito por unanimidade.

NATURA - PRIMEIRO NATAL JUNTAS

Mês/Ano Julgamento: ABRIL/2015

Representação nº: 300/14

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Natura

Agência: Peralta

Relator(a): Conselheira Marlene Bregman

Câmara: Primeira e Terceira Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidores de Sumaré e Campinas (SP) questionam frase presente em anúncio para TV, no qual uma criança, "conversando" com um bebê, diz a ele: "A gente tem mãe igual e pai diferente. Isso se chama meia-irmã". Para os consumidores, a frase estaria na contramão do clima de Natal, podendo influenciar negativamente as crianças.

Anunciante e agência negam tal interpretação e invocam a construção cuidadosa do filme, considerando que a qualidade resulta exatamente do seu propósito diferenciado. Cita outras campanhas da empresa, na mesma direção. A relatora votou pelo arquivamento, concordando em linhas gerais com os argumentos da defesa. "Nunca deixo de me surpreender com a

diversidade de reações e interpretações que as pessoas podem ter a respeito de um mesmo tema. Isso é próprio do ser humano, resultado da bagagem emocional que acumulou com as suas experiências de vida, responsáveis pelas crenças que formou ao longo de seus convívios e relações", escreveu ela em seu voto. "Se tivéssemos que limpar todas as imagens, alusões e ideias potencialmente ofensivas a alguém de todas as obras criadas pelo homem, o que sobraria seria um mundo falso e artificial, no qual pouco se construiria ou aprenderia. Ao contrário, o contraste dessas situações idealizadas com a vida real teria o potencial de criar sentimentos de angústia, frustração e inadequação, de algo profundamente errado: como posso ter uma vida tão imperfeita em um mundo tão perfeito?"

A relatora foi adiante: "A propaganda, assim como todas as obras criadas pelo homem, é um reflexo dos sentimentos, percepções, crenças, sonhos, aspirações e pesadelos do ser humano. Querer higienizar esse conteúdo de toda e qualquer proposta que possa teoricamente ofender alguém equivaleria a criar um mundo dominado pela artificialidade, falsidade e hipocrisia".

Seu voto foi aceito por unanimidade.

NET - ZUMBI

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2015

Representação n°: 056/15

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidores

Anunciante: Net

Agência: Talent

Relator(a): Conselheiro César Augusto Massaioli

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidores de Brasília (DF), São Paulo e Sete Barras (SP) e Niterói (RJ), num total de oito reclamações, denunciaram campanha em TV da Net na qual aparecem zumbis. Os consumidores se referiram ao medo provocado pela peça publicitária, principalmente junto a crianças.

Em sua defesa, anunciante e agência consideram que a presença dos zumbis é atenuada pelo bom humor que perpassa pelos filmes. O relator recomendou o arquivamento. "Ainda que eu concorde com alguns consumidores", escreveu ele em seu voto, "não podemos considerar que a utilização de um personagem amplamente visto em filmes e seriados possa ser caracterizado como um descumprimento ao Código". Seu voto foi acolhido por unanimidade.

EU SOU DE LIMÃO - H2OH! HELLO

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2015

Representação n°: 061/15

Autor(a): Conar, a partir de queixa de consumidor

Anunciante: Pepsico do Brasil

Relator(a): Conselheiro Antonio Toledano

Câmara: Sexta e Sétima Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor de Mogi Mirim (SP) questiona embalagem e anúncio em internet de H2OH!, podendo confundir, notadamente crianças, sobre a composição do produto, ao compará-lo a produtos naturais.

O anunciante nega tal possibilidade, mencionando que o site onde é veiculado o anúncio não é voltado ao público infantil, além de não se utilizar de nenhum dos elementos típicos de campanhas destinadas a este público, entre outros argumentos.

O relator concordou, em linhas gerais, com eles e, por isso, propôs o arquivamento, voto acolhido por unanimidade.

CASA DE DOCES FINI

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2015

Representação n°: 304/14, em recurso ordinário

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Fini

Relator(a): Conselheiros Marcelo Pacheco e José Tadeu Gobbi (voto vencedor)

Câmara: Sétima Câmara e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: A direção do Conar questiona se anúncio da Fini transmite ideia de excesso no consumo de guloseimas, sensibilizando o público infantil para um comportamento reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. A peça publicitária, um filme para TV, é uma paródia da fábula de João e Maria, onde uma bruxa encomenda a empreiteiros a construção de uma casa feita de doces da marca anunciada, mas que nunca fica pronta porque os trabalhadores não param de devorar o "material de construção".

Em sua defesa, a anunciante nega apelo ao consumo excessivo de doces, chamando atenção para o fato de não haver crianças no filme. Em primeira instância, seguindo proposta do relator, o Conselho de Ética deliberou pela alteração, por ver em ao menos duas cenas do filme consumo exagerado. Ele ponderou também ser inegável que o filme atinge menores de idade. Seu voto foi aceito por unanimidade.

A Fini recorreu da decisão e, desta vez, viu sua tese acolhida pela Câmara Especial de Recursos: por maioria de votos, deliberou-se pelo arquivamento. Para o autor do voto vencedor, a utilização da fábula e seus personagens é feita de forma equilibrada, não havendo apelo ao consumo excessivo dos doces.

ASEPXIA - GEL ULTRA SECANTE

Mês/Ano Julgamento: MAIO /2015

Representação n°: 065/15

Autor(a): Conar, a partir de denúncia de consumidor

Anunciante: Genomma

Relator(a): Conselheiro Rubens da Costa Santos

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 21, 33 e 50, letra "b" do Código e seu Anexo O

Resumo: Consumidor paulistano denúncia ao Conar o que entende ser desrespeito à legislação de trânsito em filme para TV de produto para o tratamento de espinhas faciais: um jovem aparentando ser menor de idade dirigindo um carro.

A Genomma informa não ter conseguido juntar à defesa no prazo regulamentar documento pessoal do ator que atuou no comercial, de forma a comprovar a sua maioridade, e que o comercial foi retirado de exibição.

O relator recomendou a alteração, de forma a eliminar do filme a cena que mostra o jovem ao volante do carro. Seu voto foi acolhido por unanimidade.

HUGGIES - SUPREME CARE

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2015

Representação n°: 063/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidores

Anunciante: Kimberly-Clark Brasil

Agência: Ogilvy

Relator(a): Conselheiro Percival Caropreso

Câmara: Segunda e Quarta Câmaras

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Cerca de dez consumidores, todos da mesma cidade, escreveram ao Conar informando terem se sentido incomodados com comercial de fraldas que mostra bebês entre um e dois anos de idade nus.

Anunciante e agência defenderam-se negando tal interpretação. O relator, informando em seu voto ser pai de seis filhos e uma neta e que construiu e gere há 17 anos uma casa de abrigo para crianças até seis anos de idade, votou pelo arquivamento da representação. Ele estranhou que o anúncio tenha atraído reclamações depois de dois anos em exibição. Seu voto foi aceito por unanimidade.

@ANTARCTICABOA - BRUNA MARQUEZINE

Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2015

Representação n°: 032/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Ambev

Relator(a): Conselheiro José Maurício Pires Alves

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "c" do Código e seu Anexo P

Resumo: Consumidora de Santos (São Paulo) denunciou ao Conar postagem em rede social, com a atriz Bruna Marquezine em evento da cerveja Antarctica. A foto e os textos que a acompanhavam tinham claro formato publicitário. A consumidora lembrou que os normas éticas para a publicidade de bebidas alcoólicas vedam a participação de modelos que tenham ou aparentem ter menos de 25 anos de idade. Bruna, como é público, tem bem menos do que esta idade.

A anunciante alegou um lapso na divulgação da peça publicitária, tendo-a retirado do ar tão logo se deu conta do erro.

O relator propôs a sustação do anúncio, voto aceito por unanimidade.

DIA DOS NAMORADOS O BOTICÁRIO

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2015

Representação n°: 088/15

Autor(a): Grupo de consumidores

Anunciante: O Boticário

Agência: Almap BBDO

Relator(a): Conselheiro André Luiz Costa

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, nº 1, letra "a" do Rice

Resumo: Cerca de 500 consumidores escreveram ao Conar contra filme em TV d'O Boticário para o Dia dos Namorados. Na peça publicitária, vários casais trocam presente, inclusive alguns deles homossexuais. Os consumidores questionaram a decência do filme, inclusive pela eventual repercussão junto ao público infantil. Tão logo a notícia da abertura do processo pelo Conar foi divulgada pela imprensa, começaram a chegar e-mails de pessoas defendendo o filme, em número aproximado de 500 manifestações.

A defesa, enviada pela agência, negou a interpretação dos queixosos, frisando que o filme mostra apenas pessoas comprando e trocando presentes, sem qualquer cena que possa ser considerada imprópria.

O relator - representante da sociedade civil no Conselho de Ética - considerou que o filme retratou uma realidade da sociedade contemporânea. "Aos pais, tios, avôs que questionam, entre estupefatos e indignados nas mensagens ao Conar, como vão explicar às crianças as cenas do filme, resta-nos dizer: esta é uma missão, ainda que muito árdua, da família. Não contem com a publicidade para omitir a realidade". O relator considerou um marco importante o grande número de manifestações defendendo a liberdade de expressão e a tolerância. "O espaço amplificado pela internet não deve se deixar ocupar apenas pelos censores", escreveu ele.

Seu voto, pelo arquivamento da representação, foi aceito por unanimidade.

SYN ICE - QUERO SYN

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2015

Representação n°: 081/15

Autor(a): Diageo

Anunciante: Arbor Brasil

Agência: Enzimas em Ação

Relator(a): Conselheiro Sérgio Pompilio

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Sustação

Fundamentos: Artigos 1º, 3º e 50, letra "c" do Código e seu Anexo T

Resumo: Campanha em internet da Arbor Brasil promovendo bebida alcoólica de baixo teor atraiu queixa da Diageo, que considera haver nela uso de elementos do universo infantil, apelo sexual explícito e sugestão de maior poder de sedução pelo consumo da bebida, práticas todas elas reprovadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Houve medida liminar de sustação concedida pelo relator do processo. A direção do Conar lembrou que o produto já foi objeto de duas representações - 66/14 e 112/14, julgadas em julho e setembro do ano passado - abertas a partir de denúncias por fundamentos semelhantes e com recomendações de sustação e alteração, respectivamente.

Em sua defesa, anunciante e agência argumentam que a decisão relativa ao processo 112/14 negou uso de elementos do universo infantil e que há desproporcionalidade entre as alegações da denúncia e a real intenção e interpretação que podem ser dadas ao anúncio. Consideraram improcedente a denúncia quanto ao apelo sexual.

O relator iniciou seu voto lembrando que, assim como todos os demais, este caso deve ser analisado com base nos preceitos da liberdade de expressão comercial, amplamente defendidos pelo Conar mas, escreveu ele, "por mais que a liberdade e a criatividade envolvendo o lançamento de produtos em um mercado tão competitivo devam ser incentivadas, existem limites que necessariamente precisam ser observados".

Ele identificou na campanha falta de cuidados básicos em limitá-la ao público adulto e concordou com a denúncia, de que o personagem da campanha - um ET criado em animação - foi concebido de forma a atrair a atenção de menores de idade e associado a apelo de natureza sexual, fatores potencializados pela falta de filtros capazes de limitar o acesso à campanha ao público adulto.

Por isso, o relator concluiu pela recomendação da sustação, devendo a Arbor Brasil e sua agência absterem-se de usar o personagem em futuras campanhas, em materiais de ponto de venda e ações promocionais disponíveis ao público em geral. Seu voto foi aceito por unanimidade.

CACHAÇA 51 - BRASIL É UMA BOA IDÉIA

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2015

Representação n°: 084/15

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Cia Muller de Bebidas

Agência: Maria SP

Relator(a): Conselheiro Luiz Celso de Piratininga Jr.

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letras "a" e "b" do Código e seu Anexo A

Resumo: A direção do Conar questiona campanha da Cachaça 51 exibida em internet a qualquer hora do dia sem mecanismos seletivos de acesso, que evitem o acesso a ela por consumidores menores de idade. Houve medida liminar de sustação concedida pelo relator do processo.

Em sua defesa, anunciante e agência alegam que o anúncio tem caráter institucional, sem destaque para o produto. Informam que foram empregados recursos que limitam o acesso ao anúncio ao público adulto.

O relator iniciou o seu voto destacando que o vídeo objeto desta representação foi visto por quase cinco milhões de pessoas no Youtube até o momento da instauração desta representação. No mérito, ele considerou que o filme peca tanto pela falta de mecanismo de acesso seletivo quanto pela apresentação de uma cláusula de advertência não conforme às recomendações do Código. Por isso, propôs a alteração agravada pela advertência à Cia Muller de Bebidas e sua agência, decisão estendida ao filme em TV, em função da cláusula de advertência. Seu voto foi aceito por unanimidade.

PROMOÇÃO COXINHA EM DOBRO NO RAGAZZO

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 114/15

Autor(a): Conar por iniciativa própria

Anunciante: Ragazzo

Agência: Publicis

Relator(a): conselheiro Arnaldo Rosa, com voto complementar de Letícia Lindenberg

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: A direção do Conar propôs esta representação, para verificação de existência de apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade em anúncio em TV da rede de restaurantes

Ragazzo. No filme, crianças cantam "Uma é minha, a outra é minha. Eu quero. Eu quero essas coxinhas".

Em sua defesa, anunciante e agência negaram tal interpretação; filme apenas mostra pai e filho em situação descontraída. O relator não concordou com este e outros argumentos da defesa e propôs a alteração do filme, aprovado por unanimidade e complementado com voto adicional, para esclarecer que a alteração deve contemplar o apelo imperativo de consumo vocalizado por criança.

DICTOYS - ROBOFISH PIRATA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 124/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: DTC Toys

Relator(a): Percival Caropreso

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 6º, 33, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: Consumidor de Nova Iguaçu (RJ) enviou e-mail ao Conar criticando anúncio em TV e internet de brinquedo onde um personagem adulto vestido de pirata é mostrado colocando na boca um peixe plástico de brinquedo equipado com bateria de lítio. Segundo o consumidor, tal prática, se imitada por crianças, pode causar graves danos à saúde.

O anunciante enviou defesa ao Conar, negando os riscos mencionados e afirmando que o filme mostra apenas o rabinho do peixe de brinquedo entre os lábios do ator.

O relator propôs a alteração. Para ele, o filme é no mínimo imprudente na cena mencionada. Seu voto foi aceito por unanimidade.

NOVO CHICKEN PERDIGÃO DISNEY - DIVERSÃO QUE ALIMENTA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 134/15

Autor(a): Conselho Superior do Conar

Anunciante: Perdigão

Relator(a): Conselheira Letícia Lindenberg

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Uma denúncia recebida da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor do Paraná motivou esta representação, contra anúncio em TV e internet de alimentos da Perdigão. Como recomendam os Estatutos do Conar, é o Conselho Superior da entidade quem assume a responsabilidade quando denúncias são encaminhadas por autoridades públicas.

A manifestação da Promotoria - que teve origem, por sua vez, em denúncia formulada por uma ONG - questionou a validade de promover-se um alimento em meio a programação destinada a crianças, utilizando-se de personagens do universo infantil, construindo uma ligação direta entre diversão e alimentação. Foi questionado, também, o anúncio, pela indução de que nuggets de frango são alimentos saudáveis quando estudos apontam serem eles ricos em calorias, sal, açúcar e gordura. Segundo a denúncia, há que se verificar a ilegalidade da publicidade para crianças e adolescentes em função do disposto na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Resolução 163, do Conanda.

Em sua defesa, a Perdigão alegou que o anúncio atende de forma estrita às recomendações do Código, deu informações sobre as propriedades alimentares do seu produto, com sensível redução dos teores de sal e adição de vitaminas, ferro e zinco. Descartou a defesa a questão da eventual ilegalidade da publicidade dirigida a menores de idade.

A relatora recomendou o arquivamento da representação por não ver no anúncio desrespeito aos preceitos da ética publicitária. "No centro dessa discussão devem estar os limites e a qualidade da educação que oferecemos às nossas crianças que, em pleno Século XXI, têm acesso cada vez mais cedo a todo tipo de informação nas mais diversas plataformas e ambientes", escreveu a relatora em seu voto. "Culpar a propaganda pela má influência é mais ou menos como culpar o carteiro pela má notícia". Seu voto foi aceito por unanimidade.

NESCAU + CONCENTRAÇÃO NOS ESTUDOS/MELHORA O DESEMPENHO NA ESCOLA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 076/15, em recurso ordinário

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Nestlé

Relator(a): conselheiros Leandro Conti e Luiz Celso de Piratininga Jr.

Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras e Câmara Especial de Recursos

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 27, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: Consumidor recifense considerou inadequados e injustificados os apelos acima, presentes em anúncio em ponto de venda de achocolatado. Em sua manifestação, a Nestlé defendeu a peça publicitária, que destaca a importância dos lanches intermediários, citando estudos nacionais e internacionais que sustentam as afirmações. A anunciante chamou a atenção para o fato de as informações nutricionais estarem em painéis diferentes daqueles que mencionam Nescau. Afirmou ainda que o produto não é destinado à crianças.

O relator não aceitou estes argumentos e propôs a alteração do anúncio, com a supressão de algumas das suas afirmações, devidamente destacadas no voto. Para o relator, não estão atendidos todos os preceitos previstos no Anexo H do Código, que regula a publicidade de alimentos, em especial a associação do consumo de algum alimento à melhora do desempenho escolar, esportivo etc. Seu voto foi aceito por maioria.

Houve recurso contra decisão por parte da Nestlé mas a decisão inicial foi mantida por unanimidade de votos pela câmara revisora, atendendo a sugestão do relator do recurso.

PANDA HOTEL - NO TRABALHO É BOM. MAS ELAS PREFEREM NO PANDA

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 107/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Panda Hotel

Relator(a): Conselheiro Gustavo Ferro

Câmara: Terceira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, n. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidoras do Rio e Niterói (RJ) queixaram-se ao Conar de busdoor de motel com o título acima, por considerar que, além de pejorativo, ele escancara a sensualidade em um meio de comunicação (a traseira de um ônibus urbano) ao alcance de crianças. Não houve defesa perante o Conselho de Ética do anunciante, Panda Hotel.

O relator propôs o arquivamento. Ele considerou que o anúncio, levando em conta o ramo de atuação do anunciante, não ultrapassa os limites do Código. Seu voto foi aceito por unanimidade.

COPACABANA SHOW - COPACABANA APRESENTA DIVERSÃO E PRAZER

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2015

Representação n°: 090/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Copacabana Show

Relator(a): Conselheiro Iuri Leite

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Sustação e Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 19, 20, 22 e 50, letras "a" e "c" do Código

Resumo: Outdoor exibido em Teresina (PI) com foto de mulheres nuas atraiu reclamação de treze consumidores residentes na cidade, por considerarem haver apelo excessivo ao erotismo e desrespeito à condição feminina. Defesa enviada pelo anunciante nega as queixas.

O relator deu razão aos denunciante e recomendou a sustação agravada por advertência à Copacabana Show, tanto mais pelo fato de o meio de comunicação escolhido ser acessível a crianças e adolescentes.

BENEGRIP - TRATAMENTO COMPLETO PARA GRIPES

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2015

Representação nº: 155/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Hypermarcas

Agência: Comunicafilmes

Relator(a): Rino Ferrari Filho

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor paulistano queixa-se de filme para TV de Benegrip, considerando que ele contém sugestão de consumo vocalizada por menor de idade, o que é reprovado pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Anunciante e sua agência apresentaram defesas em separado, ponderando que não há apelo de consumo por parte da criança que participa do filme e que a presença dela se justifica pela demonstração pertinente de uso do produto, o que é aceito pela ética publicitária. Lembram que o produto anunciado pode ser prescrito para crianças.

O relator propôs o arquivamento da representação. Ele julgou que o filme apresenta interação familiar em ambiente doméstico, a criança estando na companhia de adultos. Negou a existência de apelo de consumo e lembrou que o medicamento anunciado dispensa receita médica. Seu voto foi aceito por unanimidade.

SUNDOWN - TODO DIA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2015

Representação n°: 172/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Johnson&Johnson

Agência: DM9 DDB

Relator(a): Maria Tereza Sadek

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Dois consumidores, ambos de Belo Horizonte (MG), sentiram-se desagradados por filme para TV de protetor solar, por considerarem que ele externa comportamento deseducativo para crianças de menos de dez anos de idade.

Anunciante e agência negaram tal interpretação, ressaltando que o principal objetivo do filme era alertar pais e responsáveis para os cuidados com a exposição das crianças ao sol.

A relatora considerou o filme lúdico e pedagógico. Recomendou o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

PARQUE DE DIVERSÕES GUANABARA - NOITES DO MEDO 2015 MANICÔMIO

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2015

Representação n°: 175/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Parque de Diversões Guanabara

Agência: Adriana Pinheiro Machado (com voto complementar de Fernando Justus Fischer)

Câmara: Sexta Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Dois consumidores de Pedro Leopoldo (MG) consideraram excessivamente violentas imagens de anúncio em TV de parque de diversão, sendo inadequadas para os horários em que foram veiculadas, facilmente acessíveis a crianças. Não houve defesa por parte do anunciante. A relatora e o autor do voto complementar propuseram o arquivamento da representação, recomendando a alteração do plano de mídia, de forma que o filme seja veiculado apenas em horário em que a audiência predominante seja adulta. O voto foi acolhido por unanimidade.

O TRIVAGO SABE TUDO SOBRE HOTÉIS - ITÁLIA

Mês/Ano Julgamento: NOVEMBRO/2015

Representação n°: 200/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Trivago

Agência: Rino

Relator(a): Marlene Bregman

Câmara: Primeira Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor de Governador Valadares (MG) escreveu ao Conar lamentando que anúncio da Trivago apresente cena de prisão de supostos mafiosos e de um garoto de sete anos de idade roubando uma mala de dinheiro, tanto mais por ser exibido em canais por assinatura normalmente assistidos por crianças e adolescentes.

Em sua defesa, anunciante e agência consideraram que o impacto provável do filme deixara claro o seu caráter fantasioso e lúdico. Lembraram que a criança não participa de cenas não condizentes com sua idade.

Em seu voto, a relatora estudou a audiência dos canais por assinatura em que o filme foi exibido e demonstrou que eles têm perfil de público predominantemente adulto, ao contrário da impressão do consumidor. Para ela, "é preciso muita inflexibilidade para ignorar o humor presente no filme e enxergar maus exemplos que possam ser copiados por uma criança". Recomendou o arquivamento, voto aceito por unanimidade.

FANTA MAÇÃ VERDE - DESCUBRA O NOVO SABOR DA DIVERSÃO

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2015

Representação n°: 191/15

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Coca-Cola

Agência: Ogilvy & Mather Brasil

Relator(a): Clementino Fraga Neto

Câmara: Segunda Câmara

Decisão: Arquivamento

Fundamentos: Artigo 27, no. 1, letra "a" do Rice

Resumo: Consumidor de Camaçari (BA) escreveu ao Conar por entender que animação em TV promovendo sabor de Fanta contém cenas que podem estimular comportamento perigoso por menores de idade. Na peça publicitária, bonecos andam de skate na frente de um caminhão do refrigerante.

Em sua defesa, anunciante e agência destacaram o caráter lúdico do anúncio, sendo incapaz de confundir realidade com o imaginário infantil. O relator recomendou o arquivamento. Ele considerou que a criança "sabe separar o joio do trigo e tem a percepção, mesmo que inconscientemente, do universo lúdico proporcionado por um recurso de animação". Seu voto foi aceito por unanimidade.