



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

IARA MOURA PIMENTEL DO NASCIMENTO

**OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL À LUZ
DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2016

IARA MOURA PIMENTEL DO NASCIMENTO

**OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL À LUZ
DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Flávia da Fonseca Marimpietri

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

IARA MOURA PIMENTEL DO NASCIMENTO

OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar coragem para vencer mais este desafio.

Aos meus pais, Ana Cláudia e Moisés, pelo amor incondicional.

À minha irmã, Marina Moura, pelo incentivo e companheirismo de sempre.

Aos meus familiares, pelo carinho e apoio.

Aos meus amigos, por sempre acreditarem em mim.

À minha orientadora, Professora Flávia Marimpietri, por toda atenção e suporte que me deu durante esta jornada.

RESUMO

Este trabalho é voltado a analisar os limites que a legislação brasileira impõe ao exercício da atividade publicitária direcionada ao público infantojuvenil. Preliminarmente, expõe os pressupostos básicos da relação de consumo, apresentando seus elementos objetivos e subjetivos. Após, discute sobre a exposição das crianças e pré-adolescentes à sociedade de consumo, partindo da premissa de que o consumismo é um atributo intrínseco à sociedade moderna. Trata, ainda, da atividade publicitária como técnica mercadológica persuasiva, essencial à venda de produtos e serviços. Discorre acerca dos reflexos psicológicos da publicidade nas decisões de compra dos consumidores, mencionando algumas técnicas utilizadas para captar a atenção do público. Avalia a eficácia dos sistemas de controle da publicidade, examinando as inconsistências apresentadas pelo modelo brasileiro. Aborda a disciplina da publicidade no Brasil, mencionando os seus princípios norteadores e os excessos publicitários coibidos pela legislação. Versa sobre o tratamento prioritário que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu às crianças e adolescentes. Em seguida, debate sobre a importância de proteger o público infantojuvenil, levando em consideração a sua condição de hipervulnerabilidade no mercado de consumo e os potenciais efeitos nocivos da publicidade. Avalia se o ordenamento jurídico brasileiro é suficiente para garantir a efetiva tutela dos infantes, que gozam, segundo o texto constitucional, de proteção integral. Ademais, apresenta a Resolução nº 163 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, como um importante passo para coibir eventuais abusos publicitários cometidos no mercado. Finalmente, avalia tendências legislativas e jurisprudenciais acerca da matéria, por meio de uma análise crítica do Projeto de Lei nº 5.921/01 e da decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.558.086.

Palavras-chave: limites; público infantojuvenil; hipervulnerabilidade; proteção integral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal da República
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
DEM	Democratas
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PROS	Partido Republicano da Ordem Social
PT	Partido dos Trabalhadores
RESP	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E O PÚBLICO INFANTOJUVENIL	10
2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO: NOÇÕES GERAIS	10
2.1.1 Objeto da relação de consumo	11
2.1.2 Fornecedor	12
2.1.3 Consumidor	17
2.1.3.1 Consumidor padrão	17
2.1.3.2 Consumidor por equiparação	27
2.2 CRIANÇAS E PRÉ-ADOLESCENTES NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORES	31
3. PUBLICIDADE	36
3.1 CONCEITO	36
3.2 PAPEL DA PUBLICIDADE NA DINÂMICA MERCADOLÓGICA	40
3.3 REFLEXOS PSICOLÓGICOS DA PUBLICIDADE NA DECISÃO DE COMPRA DO CONSUMIDOR	44
3.4 SISTEMAS DE CONTROLE	48
3.4.1 Sistema legal	48
3.4.2 Sistema de autorregulamentação	50
3.4.3 Sistema misto	54
3.5 DISCIPLINA JURÍDICA	55
3.5.1 Fundamento constitucional	56
3.5.2 Princípios da atividade publicitária	59
3.5.2.1 Princípio da identificação	59
3.5.2.2 Princípio da vinculação	65
3.5.2.3 Princípio da veracidade	66
3.5.3 A publicidade ilícita	69
3.5.3.1 Publicidade enganosa	69
3.5.3.2 Publicidade abusiva	73
4. OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL NO BRASIL	76
4.1 TUTELA CONSTITUCIONAL E LEGAL DEFERIDA ÀS CRIANÇAS	

E PRÉ-ADOLESCENTES	76
4.2 A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO DO PÚBLICO INFANTOJUVENIL FRENTE À PUBLICIDADE	80
4.3 LIMITES LEGAIS DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL	87
4.4 A RESOLUÇÃO Nº163 DO CONANDA	92
4.5 NOVAS VERTENTES	97
4.5.1 O projeto de lei nº 5.291/01	97
4.5.2 A decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.558.086	103
5. CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	112

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho acerca dos limites legais da publicidade direcionada ao público infantojuvenil e das medidas necessárias para a garantia da sua efetiva proteção.

A escolha do tema foi baseada na intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria, inclusive, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1.558.086, considerou abusiva a publicidade de alimentos não saudáveis direcionada às crianças.

A publicidade é, por excelência, o meio de divulgação de produtos e serviços, que se volta a despertar, em potenciais consumidores, o interesse de compra. Trata-se de uma técnica que veicula uma mensagem comercial de forma estratégica, a fim de apresentar aquilo que é anunciado de forma atrativa para o público.

Por certo, se as mensagens publicitárias são suficientes para seduzir os consumidores em geral, com maior intensidade se manifesta o seu poder de persuasão em relação às crianças e pré-adolescentes. Esses são consumidores hipervulneráveis, que possuem formação intelectual incompleta, e muitas das vezes, sequer são capazes de identificar o caráter comercial da mensagem publicitária.

Por essa razão, é muito comum que os fornecedores adotem como estratégia mercadológica o direcionamento dos anúncios publicitários aos infantes, segmento compreendido como mercado de consumo facilmente acessível. Mesmo porque, apesar de serem reconhecidos como sujeitos hipervulneráveis, atualmente, as crianças e pré-adolescentes são vislumbrados como meios de intermediação da relação dos adultos com as mercadorias, porque exercem um grande poder de influência nas decisões de compra familiar.

Com efeito, o excessivo direcionamento dos anúncios publicitários às crianças e pré-adolescentes pode lhes acarretar consequências danosas, sobretudo em razão da propagação de valores consumistas, do estímulo ao consumo de alimentos não saudáveis e do induzimento à adoção precoce de comportamentos adultos.

Então, considerando esses potenciais efeitos, é mais do que necessário que haja a imposição de limites ao exercício da atividade publicitária, a fim de que se possa

concretizar o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, insculpido no art. 227 da Magna Carta.

O grande problema é que o Brasil não dispõe de um diploma que trate de forma específica acerca dos limites publicidade direcionada ao público infantojuvenil, o que termina por prejudicar a sua efetiva tutela frente às práticas publicitárias.

Dessa maneira, o objetivo central do estudo proposto concentra-se em analisar os reais limites legais da publicidade direcionada às crianças e pré-adolescentes, apontando soluções viáveis para a efetiva tutela desses sujeitos hipervulneráveis.

Em um primeiro momento, a pesquisa desenvolve uma análise geral acerca dos elementos formadores da relação de consumo, até alcançar a discussão sobre as crianças e pré-adolescentes que ocupam a condição de consumidores, seja pela prática de efetivos atos de consumo, seja pela simples exposição à publicidade.

Em um segundo momento, realiza o estudo da publicidade como técnica persuasiva voltada ao estímulo do consumo, tratando dos seus reflexos psicológicos na decisão de compra do consumidor. Perpassa, também, pela análise dos sistemas de controle da atividade publicitária, abordando, inclusive, o problema da autorregulamentação da publicidade no Brasil. Ao final, percorre as diretrizes gerais da disciplina jurídica da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque nos princípios da identificação, da vinculação e da veracidade e nas espécies de publicidade ilícita.

Em seguida, o quarto capítulo ocupa-se de apreciar o arcabouço normativo que trata dos limites da publicidade direcionada aos infantes. Inicia com o exame do tratamento prioritário que o ordenamento jurídico conferiu às crianças e aos adolescentes. Posteriormente, passa a averiguar a importância da proteção desse público, em face da sua condição de hipervulnerabilidade na dinâmica mercadológica. Explora, ainda, os limites legais da publicidade infantojuvenil, abordando acerca da importância das normas do Código de Autorregulamentação Publicitária e da Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Finalmente, trata das novas tendências legais e jurisprudenciais acerca da temática, discorrendo sobre o julgamento do STJ no Recurso Especial nº 1.558.086.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E O PÚBLICO INFANTOJUVENIL

A relação jurídica de consumo envolvendo o público infantojuvenil conduz a determinados problemas de difícil solução, sobretudo no que diz respeito aos limites da atividade publicitária, foco do presente trabalho monográfico.

Por conta disso, neste capítulo, a priori, serão analisados os elementos fundamentais da relação de consumo básica, e posteriormente, os aspectos peculiares das crianças e pré-adolescentes que ocupam a posição de consumidores.

2.1. RELAÇÃO DE CONSUMO: NOÇÕES GERAIS

A relação de consumo é aquela estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, quando da aquisição de produtos ou contratação de serviços.

Para Flávia Marimpietri, a relação jurídica de consumo é a relação de direito material, de caráter bilateral, que resguarda uma forte ligação de interdependência entre as partes – fornecedores e consumidores –, constituindo a base para a incidência do microsistema consumerista.¹

Cláudia Lima Marques, por sua vez, define a relação de consumo como uma relação finalística, voltada à prática de um ato de consumo, que depende da presença simultânea de dois agentes especiais que interagem entre si – fornecedor e consumidor –.²

A legislação pátria não definiu expressamente a relação de consumo. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor conceituou todos os elementos estruturantes dessa relação: fornecedor e consumidor (elementos subjetivos), produtos e serviços (elementos objetivos). Por lógica, isso conduz à premissa de que a relação de consumo restará caracterizada sempre que o fornecedor ofertar aos consumidores seus produtos e/ou serviços, mediante pagamento de um valor.

¹ MARIMPIETRI, Flávia da Fonseca. **Concessão Irresponsável de Crédito e Superendividamento do Consumidor**: Estudo comparativo à luz dos microsistemas de consumo do Brasil e da Argentina. Salvador: Juspodivm, 2016, p.37.

² MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na Pós-Modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29º do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacases: FDC, ano 1, n. 1, jan- jun 2000, p. 82.

2.1.1 Objeto da relação de consumo

A relação de consumo padrão tem como objeto um produto ou serviço.

O art. 3, §1º, do Código de Defesa do Consumidor definiu como produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.³

De antemão, constata-se uma definição legal bastante ampla para o conceito de produto. A começar, pela inclusão explícita dos bens imóveis, admitindo-se, portanto, aplicação do Código de Defesa ao Consumidor aos contratos imobiliários. Ademais, destaca-se, também, a abrangência dos bens materiais (corpóreos), que visivelmente podem ser transacionados, e dos imateriais (incorpóreos), que se misturam ao fornecimento de serviços, tais como, lazer, pacotes turísticos, pacotes de telefonia, etc.⁴

Por conta dessa amplitude conceitual, a doutrina considera como produto qualquer bem resultante de “atividade empresarial em série de transformação econômica”⁵, ou seja, qualquer bem submetido a um processo de produção, fabricação, ou montagem no mercado de consumo.

O conceito de serviço, por seu turno, foi estabelecido pelo parágrafo segundo do art. 3, do CDC, o qual estatui que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Excluídas as relações trabalhistas, o único elemento restritivo para considerar uma atividade fornecida no mercado de consumo como um serviço é a remuneração – que pode se dar de maneira direta ou indireta –.⁶

³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁴ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83.

⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁶ DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - ART. 159 DO CC/16 E ARTS. 6º, VI, E 14, DA LEI Nº 8.078/90 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - PROVEDOR DA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA NÃO AUTORIZADA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO - RELAÇÃO DE CONSUMO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DANOS MORAIS - QUANTUM RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO.

[...] 2 - Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta [...].

Entende-se por remuneração direta aquela que se refere diretamente à atividade prestada pelo fornecedor, e por remuneração indireta a obtenção de uma vantagem econômica decorrente da prestação de serviços aparentemente gratuitos. Nesse último caso, a remuneração já está diluída em outros custos, a exemplo da captação de clientela, autopromoção, dentre outros.

Entretanto, não restam dúvidas de que os serviços remunerados diretamente pelo consumidor estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Do mesmo modo, os serviços aparentemente gratuitos, que indiretamente refletem um interesse ou vantagem patrimonial no serviço para o executor, também atraem a incidência do estatuto consumerista. Por outro lado, os serviços puramente gratuitos, prestados no exclusivo interesse do beneficiário, sem qualquer vantagem financeira para o executor, ficam sob a regência do diploma civil.⁷

É oportuno mencionar que esse tratamento jurídico conferido à remuneração direta e indireta passa a ter grande relevância se interpretado no contexto da atividade publicitária. É que, não raras vezes, a publicidade desrespeita os princípios aos quais está submetida, omitindo importantes informações relativas aos custos de produtos ou serviços anunciados, fazendo parecer que há uma oferta gratuita, quando, na verdade, ocorre a imposição de um ônus financeiro ao consumidor.

Em se tratando de sujeitos hipervulneráveis, sobretudo crianças e pré-adolescentes, que são facilmente influenciáveis para a prática de atos de consumo, e não tem o discernimento necessário para avaliar se, de fato, há uma oferta gratuita ou não, razoável é a consideração de que a obtenção de uma vantagem econômica pelo fornecedor, ainda que de forma indireta, deve induzir à caracterização de uma relação de consumo, e, por conseguinte, à incidência do Código de Defesa do Consumidor.

2.1.2 Fornecedor

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 566.468/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 561. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=566468&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 18 mai. 2016).

⁷ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85.

O conceito de fornecedor foi contemplado no art. 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor⁸, que assim dispôs:

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

Inicialmente, destaca-se a amplitude da definição legal, tanto em relação ao aspecto subjetivo (sujeitos que podem ser considerados fornecedores) quanto ao aspecto dinâmico (atividades desenvolvidas). Nesse sentido, tem-se que o legislador nacional considerou como fornecedores todos aqueles que fazem parte da cadeia produtiva antes da chegada do produto ou serviço ao destinatário final. Não apenas o fabricante ou o produtor originário são tratados como fornecedores, mas todos os intermediários, e, ainda, o comerciante, desde que atuem com caráter de profissionalidade ou no desempenho das suas atividades principais.⁹

Assim, a legislação consumerista trata como fornecedores todos os participantes da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, pouco importando a existência de uma relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor. O reflexo mais importante da utilização dessa técnica legislativa é a instituição de uma solidariedade entre os participantes da cadeia produtiva, nos termos do parágrafo único, do art. 7, do CDC¹⁰, com algumas exclusões e exceções de responsabilidade, previstas nesse mesmo diploma normativo.¹¹

Na atividade publicitária, vale mencionar que as empresas de comunicação não são consideradas como fornecedores para efeitos legais. Mesmo porque, o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor¹² não deixa dúvidas de que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as

⁸ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁹ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014p. 80.

¹⁰ BRASIL. *Op.cit.*

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. *In*: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

¹² BRASIL. *Op.cit.*

patrocina”. Logo, não há que se falar na possibilidade de responsabilização das empresas anunciantes diante de publicidade abusiva ou enganosa.¹³

Então, em suma, é possível afirmar que a definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo. É fornecedor qualquer pessoa física que “a título singular, mediante o desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual ofereça no mercado produtos ou serviços”, ou a pessoa jurídica que atue da mesma forma “mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual”.¹⁴ E a lei ainda considera como fornecedor os entes despersonalizados, assim compreendidos os que, “embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços”.¹⁵

Como se vê, integra, essencialmente, o conceito de fornecedor, a ideia de atividade profissional exercida com habitualidade. Assim, estão excluídos da tutela consumerista os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais ou a atuação de um comerciante desvinculada da sua atividade-fim, aplicando-se, nesses casos, o Código Civil.¹⁶

Desse modo, se uma pessoa física vende seu computador utilizado, ou, se uma pequena agência de viagens aliena seu carro a terceiros¹⁷, em princípio, não há a caracterização de uma relação de consumo. Por outro lado, se há uma regularidade

¹³ RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE - CDC, ART. 38 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

[...] III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 604.172/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 21/05/2007, p. 568. Acesso em: 26 mai. 2016. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+604172&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>.)

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I – Direitos do Consumidor. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 48.

¹⁵ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código comentado de jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 39.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 150.829/DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 11/05/1998, p. 95. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=150829&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

nesse tipo de venda realizada por esses sujeitos, a relação de consumo resta caracterizada.¹⁸ Logo, é possível afirmar que o elemento distintivo dessas situações é, basicamente, a habitualidade com a qual o sujeito realiza a atividade de fornecimento. A tal respeito, cita-se de precedente:

APELAÇÃO CÍVEL Alienação de veículo Código de Defesa do Consumidor Alienante do bem que não realiza a atividade com habitualidade e de forma profissional Inaplicável o CDC **Requerida que não pode ser considerada como Fornecedora de produtos por lhe faltar o requisito da habitualidade da conduta** Decadência Ocorrência Verificada a existência de vício redibitório na coisa, cabe aquele que a recebe pleitear o abatimento do preço ou o desfazimento do Negócio no prazo de 180 dias contados da data da verificação do vício Inteligência do artigo 445 "caput" e § 1º do CCB - RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO para julgar Improcedente a Ação, reconhecendo-se o decurso do prazo decadencial.¹⁹

Válida, ainda, a transcrição de julgado que considera o conhecimento técnico do fornecedor como atributo relacionado à habitualidade:

RECURSO DE APELAÇÃO. Relação jurídica de consumo. Imputação de fatura e inserção de nome no rol de restrição ao crédito. Inexistência de contratação. Verossimilhança. Admissão da empresa de possível fraude perpetrada por terceiro. O Código de Defesa do Consumidor é um divisor de águas em relação à interpretação do ordenamento jurídico (...) **Qualquer pessoa que pretenda fornecer bens de produção ou serviços ao mercado, com habitualidade, deve ter consciência de que, por ser o titular do conhecimento técnico acerca do que lança no mercado de consumo, assume posição de superioridade técnica em relação aos consumidores que desfrutam de seu produto ou serviço. Riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor de produtos e serviços e não do consumidor.** [...].²⁰

A título exemplificativo, copie-se, mais uma vez, pronunciamento jurisprudencial que trata o objetivo econômico e a habitualidade no exercício da atividade como elementos relacionados à condição de fornecedor:

¹⁸ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.134.

¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 00019429620118260482, Relator(a): DESA. PENNA MACHADO, Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/06/2014; Data de registro: 13/06/2014. Sem negritos no original. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

²⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL 00178833020118190014, Relator (a): DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA, Vigésima Terceira Câmara Cível/Consumidor, julgado em 03/12/2014, publicado em 05/12/2014. Sem negritos no original. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=00178833020118190014&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&filter=0&getfields=*&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&partialfields=%28ctd%3A1|ctd%3A2%29&as_q=+>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE OCORRIDO EM FESTA DE FORMATURA. LOCAÇÃO DE ESPAÇO PARA FESTA. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO PELO JUÍZO A QUO. AFASTADA INCIDÊNCIA DA LEI DE INQUILINATO. NÍTIDA RELAÇÃO DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. DECISÃO A QUO MANTIDA. PRECEDENTES DESTE E. TRIBUNAL EM CASOS ENVOLVENDO O MESMO FATOS. RECURSO IMPROVIDO. **Analisando detidamente os autos, verifica-se que o Clube agravante não pode negar a sua adequação à condição de fornecedor de serviço. Isto porque, como bem fundamentou o Juízo de primeiro grau, a junção do elemento econômico (contra-prestação pecuniária, onerosidade) com a habitualidade da atividade (cessão de espaço) impõe, ao Ilhéus late Clube a condição de fornecedor de serviço.** Em sendo assim, devem ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor, mormente no que tange à competência territorial, mostrando-se possível o ajuizamento da demanda no domicílio do consumidor. Precedentes deste Tribunal de Justiça em casos envolvendo o mesmo fato. RECURSO IMPROVIDO.²¹

A despeito dessa linha de raciocínio, Bruno Miragem defende a tese de que, em verdade, ao indicar à atividade do fornecedor com certa habitualidade, o legislador quis remeter ao critério de atuação profissional, tratando, portanto, a profissionalidade como um requisito integrante do conceito de fornecedor²², que se traduziria na existência de dois atributos básicos: a) conhecimento especial presumivelmente abrangente sobre uma dada atividade em b) intuito de obtenção de uma vantagem econômica.²³

Ao que parece, essa discussão não ostenta uma relevância jurídica, uma vez que, a habitualidade no fornecimento de bens ou serviços no mercado, teoricamente, induz à existência de especialidade técnica e de um objetivo econômico.

Sendo assim, a conclusão é no sentido de que para efeitos legais, será considerado fornecedor a pessoa física, jurídica ou o ente despersonalizado que praticar qualquer atividade típica da cadeia de produção, de forma habitual, com um intuito lucrativo.

²¹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. AI 00000734020128050000, Relator (a): DESA. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, Segunda Câmara Cível, julgado em 26/06/2012, publicado em 16/11/2012. Sem negritos no original. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=7F6F80B4494856229311593971F7D46C.cposg02?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0000073-40.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0000073-40.2012.8.05.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

²³ *Ibidem*, loc.cit.

2.1.1 Consumidor

Para Fábio Konder Comparato, considera-se como consumidor todo aquele que está submetido ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, ainda que se trate de empresário que adquire produtos ou contrata serviços (desde que de forma desvinculada do exercício da sua atividade empresarial).²⁴

Por outro lado, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin elabora uma definição doutrinária mais restrita, entendendo como consumidor aquele que adquire ou utiliza produtos, serviços, ou quaisquer outros bens ou informação, para uso pessoal ou familiar.²⁵

O legislador nacional, por sua vez, optou por uma definição objetiva de consumidor, positivando-a em quatro dispositivos diferentes do CDC - art. 2, *caput* e parágrafo único, e arts.17 e 29²⁶.

2.1.1.1 Consumidor padrão

O conceito padrão de consumidor foi estatuído pelo art. 2, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90²⁷ –, segundo o qual “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ab initio, contata-se o que decorre da obviedade da leitura: 1) tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem ser consumidoras; 2) tanto a aquisição, quanto a simples utilização de produto ou serviço na condição de destinatário final, atrai a incidência do CDC.²⁸

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: Importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15/16, 1974, p. 90 *et seq.*

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 628, fev. de 1988, p. 78.

²⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai.2016.

²⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁸ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.119.

A questão que sempre gerou controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileiras, desde o início da vigência do Código de Defesa do Consumidor – em março de 1991 –, foi o alcance da expressão “destinatário final”.

De logo, pontue-se que não há qualquer celeuma acerca da impossibilidade de tratar como consumidor aquele que adquire um produto ou serviço para fins de revenda, alimentando o ciclo produtivo. É que, o CDC sinalizou de forma bastante clara, e porque não dizer, enfática, que apenas o destinatário final do produto/serviço deve ser considerado como consumidor, excluindo, de antemão, os intermediários da cadeia de produção.

O problema da utilização do termo “destinatário final” cinge-se, então, às ocasiões em que a pessoa física ou jurídica adquire um produto ou contrata um serviço a fim de utilizá-lo como meio de produção, sem, necessariamente, alimentar a cadeia produtiva de forma direta. É a hipótese, por exemplo, de um grande supermercado que compra, numa empresa de eletrodomésticos, um freezer para a refrigeração de alguns produtos que serão postos à venda. Nessa situação, embora não se vislumbre um fim de revenda do produto adquirido, não há como negar que, de certa forma, existe um intuito de incremento de uma atividade profissional lucrativa.

Dado o caráter controvertido dessa questão, surgiram inicialmente, na doutrina, duas correntes identificadas quanto à extensão do campo de aplicação do CDC: o maximalismo e o finalismo.

Para os teóricos da corrente maximalista, o destinatário final é “o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome”.²⁹ Por essa visão é irrelevante a análise da finalidade do ato de consumo em si, ou seja, não há necessidade de avaliar se a aquisição de um produto ou serviço objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais do adquirente.³⁰

A tal respeito, anota João Batista de Almeida:

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o “destinatário final” dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho da atividade ou profissão,

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do Consumidor. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

³⁰ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

bastando, para tanto, que não haja finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar sua profissão é destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda.³¹

Assim, a relação de consumo restaria caracterizada quando uma pessoa física ou jurídica retirasse do mercado um produto ou serviço, para fins comerciais ou não.

É representativo desse entendimento o seguinte precedente do Tribunal de Cidadania, que reconheceu a caracterização de uma relação jurídica de consumo, diante da aquisição de um produto para fins profissionais:

Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes.

1. A expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.

2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos.

3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial.

4. Recurso especial não conhecido.³²

Nos termos do supramencionado julgado, que reflete a aplicação da teoria maximalista, houve o reconhecimento da relação jurídica de consumo, tendo sido o agricultor considerado como consumidor, por ter adquirido um produto que não seria objeto de nenhuma “transformação ou beneficiamento”. Nesse caso, o elemento decisivo para o voto do Relator foi o objeto da relação jurídica de consumo – o adubo –, e não o sujeito – agricultor –.

Como se vê, resta clara a incongruência da teoria maximalista: desprezar a qualificação própria dos sujeitos que fazem parte da relação jurídica de consumo –

³¹ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.43.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; REsp 208.793/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/1999, DJ 01/08/2000, p. 264. Sem negritos no original. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=208793&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

fornecedor e consumidor –, para centrar-se, apenas, em aspectos objetivos da relação.

Não é demais lembrar que o Direito do Consumidor tutela uma relação jurídica típica, a de consumo, definida por elementos precisos, a partir de requisitos específicos da proteção jurídica resguardada ao consumidor. Isso significa dizer, em outras palavras, que as relações jurídicas que se encontram sob a égide do CDC, caracterizam-se, em razão de seus sujeitos, e não pelos seus objetos.³³

Os sujeitos da relação jurídica de consumo gozam de qualificações distintas e particulares, senão vejamos. O fornecedor é aquele que desenvolve uma atividade econômica. De outro lado, o consumidor é o sujeito que, sendo o destinatário final da produção, adquire um produto ou contrata um serviço fora do exercício de uma atividade econômica, praticando, apenas, atos de consumo. A relação de consumo é, pois, uma só, em razão da tipicidade das características de seus sujeitos.³⁴

Em razão disso, não é possível qualificar o fabricante que adquire insumos para o incremento da sua atividade empresarial, como consumidor, já que esse ato de compra é integrante de uma etapa necessária ao processo produtivo.

Mesmo porque, não haveria qualquer sentido em conferir uma proteção especial a determinado sujeito integrante de uma relação jurídica, quando esse se encontra em posição de igualdade com o outro polo da relação. Por certo, a adoção dessa postura entraria em rota de colisão com os ditames da isonomia abalizados pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ocasionaria o desequilíbrio de forças entre as partes, em razão da atribuição de uma tutela especial àquele que se encontra em patamar de igualdade com o seu contratante.

De mais a mais, a adesão a esse posicionamento também implicaria em tratar o Código de Defesa do Consumidor como um regulamento geral para a sociedade de consumo, aplicando-se normas e princípios específicos para todos os agentes de mercado, que ora poderiam assumir o papel de consumidor, ora de fornecedor.³⁵

³³ PASQUALOTTO, Adalberto. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 74, abr./jun. 2010, p. 12.

³⁴ *Ibidem*, p. 25.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do Consumidor. *In*: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

Em razão dessas inconsistências, a teoria maximalista caiu em desuso e a teoria finalista passou a ocupar uma posição de destaque no cenário da doutrina e jurisprudência nacionais.

Na esteira da teoria finalista, também conhecida como subjetivista, considera-se como consumidor o contratante ou o terceiro que atuam como destinatários finais de um bem ou serviço, sem o intuito de exercer uma atividade comercial.³⁶ Para essa visão, é imprescindível que o ato de consumo seja destinado à satisfação de uma necessidade pessoal do consumidor, e não ao exercício de uma atividade econômica.

Logo, não é possível admitir que o consumo seja realizado no intuito de incrementar uma atividade profissional lucrativa, voltada à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem, ou simplesmente, à composição do ativo fixo do estabelecimento empresarial.³⁷

Para efeitos de aplicação da teoria finalista, será considerado como consumidor o destinatário final do bem ou serviço, isto é, as pessoas físicas ou jurídicas, que praticam o ato de consumo sem o objetivo de desenvolver atividade lucrativa. A tal respeito, transcrevem-se as preciosas lições de Cláudia Lima Marques:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço.³⁸

Então, os requisitos da destinação final se desdobram em dois aspectos: fático e econômico. A destinação final na dimensão fática é aquela em que o consumidor ocupa o último espaço da cadeia de consumo, encerrando a transmissão do produto

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na Pós- Modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29º do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacases: FDC, n. 1, jan- jun 2000, p. 111.

³⁷ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.305.

ou serviço. Por outro lado, destinação final econômica, consiste na não utilização do produto ou do serviço para o repasse, transmissão onerosa, ou obtenção de lucro.³⁹

Assim, em princípio, os contratos celebrados entre profissionais não caracterizam relação de consumo, por faltarem-lhes o elemento da destinação final econômica, em virtude do propósito de fomento da atividade empresarial.⁴⁰

Mas, em que pese se vislumbre uma respeitável coerência nessa linha de raciocínio, andou bem José Geraldo Brito Filomeno, ao afirmar que a condição de consumidora da pessoa jurídica deve observar as seguintes questões: a) se o consumidor-fornecedor adquiriu bem de capital ou não; b) se o serviço foi contratado para a

³⁹ TARTUCE, Flávio. Elementos da Relação Jurídica de Consumo. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. São Paulo: Método, 2014, p. 76.

⁴⁰AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO PARA USO DE SOFTWARE DE VENDAS ON LINE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. 1.- Quanto à aplicação do CDC, conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 2.- No caso dos autos, em que pessoa jurídica contrata uso de software de vendas on line, não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que o programa teve o propósito de fomento da atividade empresarial exercida, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. 3.- Agravo Regimental improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 245.697/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 07/06/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=CONTRATO+PARA+USO+DE+SOFTWARE+DE+VENDAS+ON+LINE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 mai.2016).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional. 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo.

Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. [...] 7. Recurso especial não provido.

(*Idem*. REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AQUISI%C7%C3O+DE+EQUIPAMENTO+PARA+ATIVIDADE+PROFISSIONAL&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 09 mai.2016).

satisfação de uma necessidade advinda de uma exigência legal, ou da natureza do próprio negócio⁴¹

Ora, é bem verdade que, por vezes, o profissional pratica atos de consumo completamente desvinculados da sua atividade empresarial, seja como uma forma de conferir benesses aos empregados, seja por uma exigência prevista legalmente, ou ainda, pelas circunstâncias do próprio negócio.

Assim, há que se repensar a necessidade de tratar como consumidor o profissional que, nessas condições, contrata serviços ou adquire produtos que não adentram na cadeia produtiva, e nem tampouco se relacionam com o exercício da atividade profissional em si.

Feitas as devidas ponderações acerca dos cuidados que devem ser observados na avaliação da destinação final econômica de um produto ou serviço, fala-se que o mérito da teoria finalista é a restrição da figura do consumidor àquele que adquire/utiliza produto/serviço para satisfação de necessidades pessoais ou familiares. Segundo Cláudia Lima Marques, essa técnica restritiva de aplicação do CDC resguarda um nível mais alto de proteção um grupo especial da sociedade que, de fato, é mais vulnerável, já que, os precedentes judiciais passam a ser construídos com base nos casos em que o consumidor de fato é a parte mais fraca da relação de consumo, “e não sobre casos em que profissionais consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede”.⁴²

O problema é que a aplicação pura da corrente finalista pode conduzir a situações manifestamente injustas, por obstar a incidência da tutela especial do Direito do Consumidor, mesmo naquelas hipóteses em que há um patente desequilíbrio de forças num contrato firmado entre dois profissionais. Ora, em que pese exista a presunção de que não há qualquer desequilíbrio, ou que não há discrepância tão grave que mereça ser tutelada de forma distinta nas relações travadas entre dois profissionais, nada impede, que um dos contratantes seja extremamente fraco, e, portanto, merecedor de um tratamento desigual.⁴³

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I – Direitos do Consumidor. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.306.

⁴³ *Ibidem*, p.321 et seq.

A fim de esclarecer isso, analise-se o caso exemplar trazido por Rizzato Nunes, que ilustra a situação em que um aluno e um professor adquirem canetas idênticas, com as mesmas características, numa mesma papelaria. Nesse caso, o professor utilizaria a caneta para preparar e ministrar a aula, e o aluno para copiá-la. Pela lógica finalista, se a caneta ocasionasse um dano, o aluno poderia fazer uso do Código de Defesa do Consumidor, pleiteando indenização com base na responsabilidade objetiva do fornecedor. Em contrapartida, o professor, por não ser destinatário final econômico do produto, não poderia utilizar o CDC, devendo pleitear a responsabilidade com base nas normas do Código Civil. Como é evidente, esse desfecho “não só seria ilógico como feriria o princípio de isonomia constitucional, além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC.”⁴⁴

Então, por conta de incoerências tais as quais a aplicação da teoria finalista pode ocasionar, aos poucos, começou a surgir uma tendência jurisprudencial, denominada, pela doutrina, de finalismo mitigado, que se concentra na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade.

Para os teóricos dessa corrente de pensamento, é considerado consumidor o destinatário final fático do produto, que seja, simultaneamente, vulnerável. Nessa linha de raciocínio, a vulnerabilidade é o pilar da determinação do conceito de consumidor, e, conseqüentemente, da aplicação das normas do CDC.

A par disso, aparece em cena a figura do “consumidor intermediário”, representada por agentes econômicos – pequenas empresas ou profissionais liberais –, que, não sendo consumidores em sentido estrito, se apresentam em situação de vulnerabilidade frente ao outro contratante.

Pois bem, entende-se por vulnerabilidade “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”.⁴⁵

De acordo com Cláudia Lima Marques, existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

A vulnerabilidade técnica é materializada pela ausência de conhecimentos específicos, por parte do consumidor, quanto às características de um bem ou

⁴⁴ NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.126.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104.

serviço.⁴⁶ Já a vulnerabilidade jurídica, consiste “na falta de conhecimento pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra”.⁴⁷ A vulnerabilidade fática, por sua vez, é compreendida de forma mais ampla, abrangendo uma série de situações nas quais o consumidor se coloca em posição de debilidade em relação ao fornecedor, por falta de condições econômicas, fáticas ou psicológicas.⁴⁸ Fala-se, ainda, na vulnerabilidade informacional, que é aquela respaldada na condição de os fornecedores serem os únicos verdadeiros detentores da informação em relação aos produtos e serviços ofertados aos consumidores.⁴⁹

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça já vem admitindo uma ampliação do conceito de vulnerabilidade para além dessas situações tipicamente conhecidas. De acordo com essa nova tendência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra, no contexto de uma relação empresarial, pode, conforme as circunstâncias específicas do caso concreto, caracterizar uma nova espécie de vulnerabilidade, legitimadora da incidência do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁰

Então, em suma, o finalismo mitigado admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada, no caso concreto, a existência de vulnerabilidade. Transcrevem-se julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A Segunda Seção desta Corte consolidou a aplicação da teoria subjetiva (ou finalista) para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.323 *et seq.*

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 124.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.336.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1195642&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, apresentase em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela vulnerabilidade do agravado em relação à agravante. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵¹

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE RASTREAMENTO E COMUNICAÇÃO DE DADOS. FALHA. ROUBO DE VEÍCULO. RESCISÃO CONTRATUAL. 1. OFENSA AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TEMAS APRECIADOS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 2. APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGAÇÃO. 3. RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 4. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NOVA ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] **2. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.** [...].⁵²

Portanto, a regra geral é que a caracterização de consumidor, e, por conseguinte, a incidência do CDC, pressupõe a destinação final fática e econômica de um bem ou serviço. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o finalismo mitigado, para permitir, excepcionalmente, a incidência do CDC nas relações estabelecidas entre profissionais, quando presente a vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica que adquire um produto ou contrata um serviço.

Existem, no entanto, algumas objeções relativas à teoria finalista mitigada.

Alexandre Pimenta Pereira argumenta que a relação jurídica de consumo possui aspectos conceituais próprios, delimitados em lei, que, por certo, não devem ser aplicados à relação jurídica estabelecida entre empresários. Diz ainda, o autor, que o contratante vulnerável, de fato, deve ser tutelado, mas sob a égide do Direito Privado – que dispõe de mecanismos suficientes para a correção de eventuais

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 415.244/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015. Sem negritos no original. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=AREsp+415244&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

⁵² *Idem*. AgRg no AREsp 601.234/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015. Sem negritos no original. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=AREsp+601234&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

desequilíbrios contratuais –, e não pelo Código de Defesa do Consumidor.⁵³ Com base nesses argumentos, rechaça a existência do “consumidor intermediário” e a aplicação do finalismo mitigado à relação jurídica estabelecida entre empresários.

Adalberto Pasqualotto, por sua vez, inova ao dizer que aplicação do conceito de “consumidor intermediário” não decorre do finalismo mitigado, mas sim de uma adequada aplicação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴ – que equipara aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, sujeitas a certas práticas comerciais.⁵⁵

Para tanto, ensina que “O art. 29 é o portal dos vulneráveis não consumidores”, porque “agasalha os que, não sendo destinatários finais, enfrentam no mercado as mesmas ou semelhantes dificuldades dos consumidores”. Segue afirmando que tanto os consumidores propriamente ditos, quanto àqueles que estão expostos a práticas mercadológicas, nos termos do art. 29 do CDC – também chamados de consumidores equiparados – seriam vulneráveis. Logo, conclui que o art. 29 do CDC, em verdade, positiva uma cláusula geral de analogia à vulnerabilidade, passível de ser aplicada a todas as situações em que existe uma discrepância na relação jurídica estabelecida entre profissionais.⁵⁶

De acordo, então, com essa louvável contribuição doutrinária, os “consumidores intermediários” seriam, na realidade, consumidores equiparados, nos termos do art. 29 do CDC. Ao que parece, esse é o posicionamento mais adequado, uma vez que possibilita a correta aplicação do Código de Defesa de Consumidor às ocasiões em que há uma situação de vulnerabilidade que carece de ser tutelada.

2.1.1.2 Consumidor por equiparação

A constatação de que determinados indivíduos, embora não adquirentes de produtos ou contratantes de serviços, podem ser atingidos pelas atividades desempenhadas

⁵³ PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Em Torno do Assim Chamado Consumidor Intermediário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, jul./set. 2013, p. 236.

⁵⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 74, abr./jun. 2010, p. 33.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁵⁶ PASQUALOTTO, Adalberto, *Op.cit.*, 2010, p. 40 *et. seq.*

pelos fornecedores no mercado, levou o legislador nacional a ampliar o conceito de consumidor, estatuidando normas de equiparação, insculpidas no art. 2, parágrafo único, art.17 e art. 29 do CDC.⁵⁷ Através desses dispositivos legais, a proteção especial, assegurada ao consumidor, foi estendida a terceiros que, apesar de não praticarem um ato material de consumo, estão expostos, de algum modo, às práticas comerciais dos fornecedores. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques ensina que:

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é duplo. De um lado, a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade.

Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei. De outro, que o destinatário final nem sempre é o contratante, logo, os antigamente denominados terceiros contratuais são hoje consumidores. E com a equiparação de outros agentes a consumidores, estes “terceiros” tendem a desaparecer.⁵⁸

Pois bem. O art. 2º, parágrafo único, da legislação consumerista equipara ao consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.⁵⁹ A finalidade dessa norma de equiparação é a de fazer abranger, pelas normas do CDC, não apenas os consumidores reais, que participam diretamente relação de consumo, mas também a universalidade, que, de algum modo, é afetada por isso.

É que, o exercício de uma atividade comercial pelo fornecedor, por si só, já é um fato que repercute na esfera jurídica alheia, quer pela ocorrência de um ato de consumo, quer, apenas, pela subordinação dos membros de uma coletividade aos efeitos das ações dos fornecedores no mercado.⁶⁰ Por conta disso é que, para fins de equiparação, não há a necessidade que os integrantes da coletividade tenham sofrido qualquer tipo de prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, bastando, tão somente, a exposição a uma atividade do fornecedor, a um risco, ou a um dano que perpassa a relação de consumo.

⁵⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.381.

⁵⁹ BRASIL. *Op. cit.*

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor ⁶¹, por sua vez, equipara ao consumidor, para efeitos da Seção II (Da Responsabilidade por Fato do Produto ou do Serviço), do Capítulo IV (Da qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos), “todas as vítimas do evento”. Por óbvio, o “evento” ao qual o dispositivo quis se referir é a ocorrência de um acidente de consumo, isto é, de “acontecimento externo que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos) decorrente de um defeito” do produto ou do serviço.⁶² Então, sob essa ótica, as pessoas físicas ou jurídicas que sofrem, de algum modo, as consequências de um evento danoso em razão de um defeito de um produto ou serviço, são consideradas como consumidores equiparados, ainda que não tenham sido partícipes diretos da relação de consumo.

Nesse passo, através da aplicação da norma constante no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência brasileira já equiparou ao *status* de consumidor aquele que teve o seu carro furtado em estacionamento de *shopping center* ⁶³, as vítimas da queda de uma aeronave ⁶⁴, o menor que teve seu olho atingido pelos estilhaços de vidro de uma garrafa de cerveja ⁶⁵, etc.

⁶¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁶² CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 311.

⁶³ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO EM ESTACIONAMENTO. SHOPPING CENTER. VEÍCULO PERTENCENTE A POSSÍVEL LOCADOR DE UNIDADE COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE VIGILÂNCIA NO LOCAL. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Nos termos do enunciado n. 130/STJ, “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. II - A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada dispende. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo. III - A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 437.649/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 242. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=437649&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 12 mai. 2016).

⁶⁴ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC.

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, “... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido.

Por fim, tem-se o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor ⁶⁶, que equipara aos consumidores todas as pessoas sujeitas às seguintes práticas comerciais: oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, inscrição no banco de dados e cadastros de consumidores. Nessas hipóteses, para efeitos de equiparação legal, não há a necessidade de intervenção direta na relação de consumo, bastando apenas, e tão somente, a exposição a uma determinada prática comercial. Vale dizer, nas felizes palavras de Cláudia Lima Marques:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agente econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo “consumidores stricto sensu” poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas! ⁶⁷

De fato, a norma de equiparação positivada no art. 29 do CDC possui um grande potencial para a proteção de todos aqueles que ocupam posição de vulnerabilidade na sociedade de consumo, através da ampliação do campo de tutela do consumidor às situações pré-contratuais e pós-contratuais. Resguardam-se, inclusive, os interesses daqueles que são expostos à publicidade, sendo, por vezes, lesados por desvios ocorridos no bojo dessa técnica mercadológica.

E note-se que o art. 29 do CDC e os demais dispositivos legais ora explanados – art. 2, parágrafo único e art. 17, do CDC – são aplicáveis tanto aos destinatários finais

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 540.235/TO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 372. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=540235&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 12 mai. 2016).

⁶⁵ Indenização por dano material, moral e estético – Explosão de garrafa de cerveja, causando no autor lesão no olho direito, resultando baixa acuidade visual Parcial procedência decretada Equiparação da vítima do evento a consumidor – Inteligência do art. 17 do CDC – Responsabilidade objetiva caracterizada – Não demonstração, pela ré, de configuração de culpa exclusiva ou concorrente de terceiro ou da vítima – Danos materiais Mantidos Danos morais e estéticos reduzidos – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível Nº 0008927-41.2004.8.26.0510. Relator(a): Miguel Brandi; Comarca: Rio Claro; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2014; Data de registro: 02/06/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7606675&cdForo=0>>. Acesso em: 12 mai. 2016).

⁶⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.386.

de produtos ou serviços, quanto aos agentes econômicos /profissionais liberais que se mostrem vulneráveis, diante de um caso concreto, no contexto de uma relação de consumo.⁶⁸

Diante disso, não se pode deixar de saudar a consciência do legislador nacional, que, sensivelmente, notou a potencialidade das ações dos agentes econômicos e seus efeitos na sociedade, e a fim de escoimar essa circunstância, imprimiu uma tutela generalizante às normas de definição do consumidor, insculpidas nos arts. 2, *caput* e parágrafo único, 17 e 29 do CDC.

Por conta dessa medida, foram resguardados, através de normas materiais e processuais, iguais direitos contratuais aos consumidores praticantes de um ato de consumo e aos consumidores equiparados. E, considerando o caráter sinalagmático da relação jurídica, foi inaugurada uma série de deveres do fornecedor perante os consumidores “que como tais e neste patamar de boa-fé, qualidade e segurança devem ser tratados no mercado, indistintamente, se “contratam” os serviços, se os “utilizam diretamente”, se neles “intervêm” ou se são apenas “expostos” a eles.”⁶⁹

2.2 CRIANÇAS E PRÉ-ADOLESCENTES NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORES

Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 8.069/90 “Considera-se criança, para os efeitos dessa Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.⁷⁰

Como se vê, a lei estatutária determina que as pessoas com até doze anos de idade incompletos devem ser consideradas como crianças, e que aquelas com idade entre doze e dezoito anos devem ser consideradas como adolescentes. E, acrescente-se que, embora não haja uma definição legal, a ciência convencionou a denominar de pré-adolescência a fase de transição entre a infância e adolescência.

Então, ainda que em níveis diferentes, em razão da pouca idade, tanto as crianças como os pré-adolescentes possuem uma formação intelectual incompleta, ocupando, assim, uma posição de vulnerabilidade na dinâmica mercadológica,

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.382.

⁶⁹ *Ibidem*, p.396.

⁷⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 01 ago.2016.

sobretudo pelas pressões sociais para a adesão a um estilo de vida consumista e pelos apelos da publicidade.

É sabido que o consumo é um fato social inerente à sociedade moderna, que assume um lugar primordial na estruturação dos valores e práticas que regulam as relações sociais, na construção de identidades e na definição de mapas culturais.⁷¹ Vale dizer, o consumo “é constitutivo de qualquer sociedade”, na medida em que traduz o imaginário e as práticas socioculturais, bem como, a identidade e o lugar do sujeito na hierarquia social.⁷²

Para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman o consumismo é um atributo da sociedade contemporânea, na medida em que a capacidade profundamente individual de querer, de almejar, se destaca dos seres humanos como uma força externa, que institui “uma forma específica de comportamento humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e condutas individuais”.⁷³

Por isso, o citado autor denomina o atual meio social como uma “sociedade de consumidores”, que promove e encoraja a escolha de uma estratégia existencial consumista e rejeita todas as opções culturais alternativas. Nesse contexto, “o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção”.⁷⁴

O antropólogo Everaldo Rocha ensina que o consumo é um sistema de significação, por suprir necessidades simbólicas, traduzir relações sociais e classificar sujeitos, grupos, produtos e serviços.⁷⁵ Em outras palavras, o que se quer dizer é que o consumo não é um ato em si mesmo, que se esgota apenas na satisfação das necessidades humanas básicas. Isso porque, existe, na realidade, uma associação

⁷¹ ROCHA, Everaldo Pereira Guimarães. Culpa e Prazer: Imagens do consumo na cultura de massa. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 124.

⁷² BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação, Educação e Consumo: relações. In: CASTRO, Gisela Grangeiro da Silva; BACCEGA, Maria Aparecida (Orgs.). **Comunicação e Consumo nas Culturas Locais e Global**. São Paulo: Escola Superior de Propaganda e Marketing, 2009, p. 234.

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 41.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁵ ROCHA, Everaldo Pereira Guimarães. Culpa e Prazer: Imagens do consumo na cultura de massa. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 136.

entre a identidade da pessoa e as coisas que ela usa, as quais funcionam como importantes estruturas para a sua identificação e diferenciação perante os grupos sociais.⁷⁶

Com isso, não se nega que, de fato, o ser humano precisa consumir para o atendimento das suas necessidades fundamentais, tais como comer, beber e se vestir. Apenas se chama atenção ao que essas demandas básicas convivem ao lado das necessidades sociais, relativas à sensação de pertencimento a grupos e criação de vínculos, que também se satisfazem através do consumo de bens.⁷⁷

O ato de consumir, então, é uma espécie de passaporte de entrada e permanência na comunidade social, um ponto de partida para a identificação da classe à qual os sujeitos pertencem, e para o surgimento de uma rede de relacionamentos.

E diga-se mais: o consumo é capaz de repercutir até mesmo o próprio estado de espírito de cada sujeito, na medida em que proporciona uma proteção à autoestima e conduz à sensação de felicidade.

Por isso, aliás, que a sociedade de consumidores passa a enxergar o mercado como uma grande magazine, onde se vende tudo aquilo que se precisa e que se pode sonhar.⁷⁸ Nesse meio social, o consumo é vislumbrado como verdadeira fonte motriz das relações interpessoais, da satisfação individual e da formação da identidade de cada sujeito.

Com efeito, o supervalor que a sociedade atribui ao consumo acaba por se reverter numa pressão social de natureza destrutiva para o atendimento das condições de elegibilidade estabelecidas pelos padrões de mercado.⁷⁹ Há uma coerção para que todos, necessariamente, sejam consumidores por vocação, inclusive as crianças,

⁷⁶ SANTOS, Leandro José dos. Consumidores e Cidadãos e a Lógica do Pertencimento. **Revista Espaço Acadêmico**. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, vol. 10, n. 117, fev. 2011, p. 3.

⁷⁷ SCHRODER, Kim Christian; VESTERGAARD, Torben. **A Linguagem da Propaganda**. Trad. José Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p. 36.

⁷⁹ *Idem*. **Vida para Consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 78.

seres em formação, que estão à mercê de valores familiares e sociais, das tecnologias e da influência midiática.⁸⁰

Então, em primeiro lugar, a própria sociedade intimida os infantes à adesão de uma rotina consumista, na medida em que os brinquedos, jogos e serviços de lazer são veiculados como meios absolutos para o entretenimento infantil, utilizados, muitas vezes, como forma de suprir a carência dos pais que trabalham e como meio de interação nos grupos sociais.

Somado a isso, tem-se que desde muito cedo, a publicidade ocupa um espaço no cotidiano das crianças e pré-adolescentes, expondo-lhes, ainda mais, a um processo de massificação cultural, normativa e comportamental, voltado, essencialmente, ao fomento da cultura de consumo.

Essa questão se justifica porque os fornecedores adotam como estratégia mercadológica a intensificação da atividade publicitária ao público infantojuvenil, segmento compreendido como mercado de consumo facilmente acessível, que não possui maturidade suficiente à realização de uma fiel avaliação sobre os aspectos práticos de uma eventual contratação. Sobre esse tema, inclusive, já foi dito em sede doutrinária que:

(...) se os apelos de *marketing* são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre os aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor *standard*.⁸¹

Sendo assim, não se pode negar que as crianças e pré-adolescentes ocupam uma posição de vulnerabilidade na atual dinâmica mercadológica, sobretudo em razão da pressão exercida pela sociedade de consumidores e da sedução do discurso publicitário.

Mas, em contraste a essa reconhecida vulnerabilidade do público infantojuvenil em face da atuação dos fornecedores no mercado de consumo, nos últimos tempos, as

⁸⁰ DOWBOR, Ladislau. Reflexões atuais sobre Cidade Família e Escola: Impactos na vida das crianças e do planeta. In: FONTENELLE, Laís. (Org.). **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 75.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118.

crianças e pré-adolescentes passaram a ser vistos como entes influenciadores das decisões dos adultos nos atos de compra.⁸² Aos poucos, os infantes, antes considerados como filhos dos clientes, conquistaram o *status* de consumidores, capazes de intermediar a relação dos adultos com as mercadorias, de forma a instrumentalizar a cultura do consumo.⁸³

Nesse sentido, o estudioso David Buckingham destaca que as crianças exercem uma influência muito significativa sobre o poder de compra dos adultos, que repercute, até mesmo, nas escolhas relativas às férias, novas tecnologias, carros e outros bens de consumo caros.⁸⁴

Além disso, o público infantojuvenil passou a assumir uma postura mais autônoma na escolha dos produtos e serviços a serem consumidos, dissociada da opinião de seus responsáveis. Aliás, Gilles Lipovetsky foi preciso a esse respeito, ao dizer que essa é a era da criança hiperconsumidora, que exprime seus pedidos e emite opiniões acerca das opções parentais, e, ainda, tem o direito de fazer as próprias escolhas de compra, por dispor de uma pequena parcela de poder econômico.⁸⁵

De mais a mais, ainda é possível registrar uma alteração dos hábitos de consumo desse público, que outrora se restringiam à compra de brinquedos, jogos e serviços de lazer, e atualmente se materializam através de compras de gêneros diversos, como roupas, sapatos, eletrônicos, dentre outros.

Todos os fatores sociais aqui mencionados contribuíram de forma ainda mais significativa para o direcionamento das mensagens publicitárias às crianças e pré-adolescentes.

Diante dessas considerações é que se impõe a necessidade de um estudo mais específico acerca da publicidade, com enfoque no seu papel no mercado de consumo, disciplina jurídica e sistemas de controle.

⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 117 *et. seq.*

⁸³ JOBIM E SOUZA, Solange. Por Uma Crítica dos Modos de Subjetivação na Cultura do Consumo: Crianças e adultos em ação. *In*: FONTENELLE, Laís. (Org.). **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 205.

⁸⁴ BUCKINGHAM, David. Repensando a Criança Consumidora: Novas práticas, novos paradigmas. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 9, n. 25, ago.2012, p. 51.

⁸⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: Ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 74 *et seq.*

3. PUBLICIDADE

A atual dinâmica do mercado de consumo basicamente é dividida em duas fases: a de produção em massa e a de circulação de bens e troca de moeda. Na primeira etapa, os bens de consumo são submetidos a um processo produtivo, que comporta a aplicação de capital em maquinários, matérias-primas e custos com trabalhadores. No período subsequente, há a circulação de recursos, com retorno financeiro em favor dos fornecedores, através da obtenção de lucro pelos atos de consumo praticados por terceiros.⁸⁶

A publicidade se insere exatamente nesse segundo momento, apresentando-se como válvula de escape à problemática da competitividade, por facilitar o escoamento do mercado, por meio do fortalecimento da imagem de determinado produto, serviço ou ainda, de uma marca.⁸⁷

3.1. CONCEITO

Não há, no Código de Defesa do Consumidor, um conceito exposto de publicidade, limitando-se a sessão que regulamenta a matéria em três dispositivos, a tratar de aspectos atinentes à forma de divulgação, proibições, e ônus da prova da veracidade/correção da informação publicitária.⁸⁸

⁸⁶ SCHRODER, Kim Christian; VESTERGAARD, Torben. **A Linguagem da Propaganda**. Trad. José Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11.

⁸⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 22.

⁸⁸ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É 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.

§ 2º É 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.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Para Antônio Herman V. Benjamin, a publicidade é entendida como “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços com a utilização de informação e/ou persuasão.”⁸⁹

É, pois, a publicidade caracterizada pela presença de dois elementos básicos – difusão e informação –. Assim, a atividade publicitária consiste na disseminação de informações de caráter comercial, relativas a um produto ou serviço, com o escopo de incentivar a prática de atos de consumo.⁹⁰

Para Lúcia Magalhães Dias, é, ainda, inerente ao conceito de publicidade, o objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor, uma vez que a atividade publicitária visa não somente tornar o produto de conhecimento geral, como também criar o interesse de aquisição no consumidor.⁹¹

Nesse mesmo sentido, Sérgio Rodrigo Martinez conceitua a publicidade como um ato lícito, praticado às expensas do fornecedor, com o intuito de levar ao conhecimento exclusivo do público consumidor uma imagem ou uma mensagem com um conteúdo informativo, para o fomento direto ou indireto da realização de negócios jurídicos de consumo. Sobre esse assunto, ressalva o autor, que a interferência direta da atividade publicitária ocorre pela oferta de um dado negócio jurídico de consumo (publicidade promocional), enquanto que a indireta se dá através da divulgação da pessoa do fornecedor ou de seus bens (publicidade institucional).⁹²

A partir dessa definição, pode-se, agora, afirmar que a publicidade não se confunde com a propaganda. Como visto alhures, a publicidade veicula informações conexas à atividade econômica, sendo voltada para fins estritamente comerciais. A

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016).

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 27 ago. 2016.

⁹⁰ *Idem*. Oferta e Publicidade. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 272.

⁹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

⁹² MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, abr./jun. 2006, p. 231.

propaganda, por sua vez, não almeja um fim econômico, tendo nítido escopo de difusão de ideias de cunho econômico, religioso, filosófico, político ou social.⁹³ E, embora por vezes, a propaganda exerça influência sob ideias e pensamentos, o seu papel principal não é voltado para o estímulo do ato de compra, ainda que, indiretamente, possa repercutir sob as escolhas econômicas dos indivíduos.⁹⁴

Não obstante as diferenças conceituais, na prática, os termos propaganda e publicidade são utilizados de forma indistinta para designar a publicidade comercial, constatando-se certa confusão nos diplomas específicos relacionados à atividade publicitária, e, até mesmo, em dispositivos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor.

Também não se mistura o conceito de publicidade com o de *marketing*. Esse último é traduzido como “um conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, as quais, por sua vez, visam satisfazer as necessidades humanas”.⁹⁵ Nesse sentido, o *marketing* abrange as pesquisas de mercado, o planejamento de produtos que atendam às necessidades do consumidor, a determinação de preços, a promoção de vendas e a distribuição de bens.⁹⁶ Envolve, pois, a atividade total de vender, desde o momento da criação idealizada no produto ou serviço até o momento em que é exaurida a relação de consumo.⁹⁷

O principal foco do *marketing* é, então, a produção de resultados de venda. As pesquisas e os conhecimentos teóricos se voltam para a compreensão do consumo, e para as formas pelas quais se pode vender mais, aumentar a rentabilidade das coisas e gerar lucros.⁹⁸

⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Oferta e Publicidade. *In*: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 273.

⁹⁴ SANTOS, Dandara do Lago Guimarães. Publicidade de Produtos e Serviços e o Princípio da Vinculação Contratual: O necessário respeito à boa-fé objetiva dos consumidores. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de. (Orgs.). **Publicidade dos Bens de Consumo**. Salvador: Paginae, 2015, p. 176.

⁹⁵ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: Uma abordagem jurídica do *marketing* empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

⁹⁶ FALCÃO, Valéria Chaise. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.12.

⁹⁷ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, abr./jun. 2006, p. 225.

⁹⁸ ROCHA, Everaldo Pereira Guimarães. Culpa e Prazer: Imagens do consumo na cultura de massa. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 133.

A publicidade, por sua vez, cinge-se apenas ao ato de divulgar ou promover, sendo, por conta disso, identificada como a fase pré-contratual do *marketing*.⁹⁹ Trata-se, assim, de um conceito de amplitude mais restrita, caracterizado como uma espécie de *marketing* de caráter massificado, praticado com o auxílio da mídia, e com a intervenção de três sujeitos típicos – agência de publicidade, anunciante e veículo transmissor–.¹⁰⁰

A par dessas considerações, alguns conceitos também podem ser extraídos da legislação que regulamenta a atividade publicitária.

O art. 5 da Lei nº 4.680/65 – que dispõe sobre a profissão de publicitário e agenciador de propaganda – conceitua como propaganda “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”¹⁰¹

O Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, por sua vez, define como propaganda “a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou ideia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido”.¹⁰²

Por fim, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), sabidamente, conceitua tanto a propaganda quanto a publicidade como “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias”.¹⁰³

Como se vê, os próprios diplomas específicos da atividade publicitária terminam por fazer uma confusão na utilização dos termos “publicidade” e “propaganda”. No entanto, conforme já pontuado, existe uma clara distinção na utilização desses

⁹⁹ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, abr./jun. 2006, p. 226.

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 27 ago. 2016.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4680.htm >. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁰² ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA. **Código de Ética dos Profissionais de Propaganda**. Disponível em: < <http://appbrasil.org.br/app-brasil/servicos-e-manuais/codigo-de-etica-dos-profissionais-de-propaganda/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁰³ CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 28 ago. 2016.

termos, devendo haver a utilização da expressão “publicidade” para identificar a atividade de comunicação com fins comerciais.

3.2 PAPEL DA PUBLICIDADE NA DINÂMICA MERCADOLÓGICA

Originariamente, a publicidade apresentava uma função informativa, orientada no sentido de dar conhecimento aos interessados da existência de certo produto ou serviço.

Todavia, a partir do século XX, com o surgimento da sociedade de massa e o avanço dos meios de comunicação, a publicidade passou a assumir uma função eminentemente persuasiva, voltada a estimular novas demandas, a convencer o público consumidor à aquisição de produtos e serviços. Ou seja, não mais bastava à publicidade apenas informar, já que, o aumento da competição entre as empresas fabricantes reclamava a adoção de uma medida relevante: tornar os produtos e serviços atrativos para a massa de consumidores, através do enaltecimento de seus benefícios e vantagens.

Mesmo porque, o desenvolvimento tecnológico acabou por aproximar as características técnicas entre os objetos fornecidos por diferentes produtores, equiparando-os, também, na mente do consumidor. Em consequência disso, a diferenciação dos produtos no mercado teve de passar a ser feita num plano simbólico/perceptivo, através do emprego da retórica publicitária.¹⁰⁴

A publicidade, então, torna-se um meio de comunicação em larga escala entre as forças produtivas e os consumidores, voltada a influir na compra ou aceitação de um produto e/ou serviço, através da utilização de uma linguagem sugestiva, icônica e até metalinguística.¹⁰⁵

Neusa Demartini ensina que a atividade publicitária, intermediadora da comunicação entre vendedores e consumidores, desempenha as seguintes funções: a) anunciar ao sujeito receptor; b) fornecer informações sobre bens, enfáticas o suficiente para suscitar o interesse do destinatário; c) exaltar os benefícios decorrentes da eventual

¹⁰⁴ GLOBOVANTE, Maria da Conceição. Publicidade: O fazer-valer. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 142.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 144.

compra; d) modificar o comportamento de compra dos indivíduos a quem, teoricamente, se dirige.¹⁰⁶

Só isso já basta para demonstrar o papel da publicidade no mercado de consumo. Outros indicadores, porém, podem ser apontados.

Inicialmente, fala-se que a publicidade é importante em razão da sua ligação direta com a sociedade de consumo. Através dela, é possível manter a velocidade de circulação dos bens e despertar, nos consumidores, um desejo constante de substituí-los por outros, “novos e melhorados”.¹⁰⁷ Ou seja, é como se a atividade publicitária alimentasse um cíclico processo, que provoca no consumidor a impressão de que a prática de novos atos de consumo é indispensável ao conforto e à manutenção da qualidade de vida.

Então, a publicidade auxilia na dinamização do mercado, na medida em que influi, simbolicamente, no “tempo de existência” de cada produto, apressando a substituição por novos bens, de forma a provocar uma rapidez no escoamento das vendas.¹⁰⁸ Isso porque, durante todo o tempo, o consumidor é bombardeado por uma série de ofertas publicitárias, sentindo-se na obrigação de estar sempre atualizado de acordo com os novos hábitos de consumo da sociedade.

Além disso, Roberto Nunes Bittencourt destaca que a ação crucial da publicidade na sociedade capitalista consiste em criar uma significação das marcas¹⁰⁹ no imaginário coletivo, “como se por ventura o consumo de um produto agregado ao nome da marca fornecesse ao ser humano a felicidade e satisfação que ele não encontra em suas atividades corriqueiras”.¹¹⁰

De acordo com o citado autor, as técnicas publicitárias conferem às marcas das empresas uma significação emocional, na medida em que associa à imagem dos

¹⁰⁶ GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade: Comunicação Persuasiva**. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 181.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p. 36.

¹⁰⁸ BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação, Educação e Consumo: relações. In: CASTRO, Gisela Grangeiro da Silva; BACCEGA, Maria Aparecida (Orgs.). **Comunicação e Consumo nas Culturas Locais e Global**. São Paulo: Escola Superior de Propaganda e Marketing, 2009, p. 239.

¹⁰⁹ A marca é o meio pelo qual uma empresa diferencia seu produto dos concorrentes, protegendo o seu espaço no mercado ao longo dos anos.

(WHITE, Roderick. Marcas e Publicidade. In: JONES, John Philip (Org.). **A Publicidade na Construção de Grandes Marcas**. Trad. Elizabeth Chammas. São Paulo: Nobel, 2004, p. 77).

¹¹⁰ BITTENCOURT, Renato Nunes. A Divinização das Marcas pela Atividade Publicitária no Sistema Normativo de Consumo. **Revista Augustus**. Rio de Janeiro: Unisuam, vol. 17, n. 34, jul/dez 2012, p. 52.

produtos/serviços a um conjunto de valores e atributos relevantes para o consumidor, gerando, assim, a ideia de que a aquisição de um produto específico implica na assimilação pessoal das suas qualidades próprias.¹¹¹

A fim de melhor esmiuçar essa tese, cita-se, a título exemplificativo, a marca de calçados e acessórios *Carmem Steffens*, que, indubitavelmente, alavanca nos potenciais consumidores uma profunda ligação emocional com a ideia de luxo, sofisticação e atrevimento.

Explica, assim, o fato de a publicidade assumir uma extensão imaginária “emprestando ao produto uma dimensão especular, pela qual o sujeito vê a sua própria imagem, o produto incorpora as motivações mais profundas irracionais de evasão, de metamorfose, de idealização e alheamento de si”.¹¹²

Frise-se: é inconteste o papel da atividade publicitária no processo de hipostasia das marcas e a forte adesão do público consumidor a essa realidade.

Aliás, o enraizamento das marcas no cotidiano dos consumidores guarda uma profunda relação com a fidelidade à compra de determinados produtos, ocasionando, portanto, uma estabilidade na dinâmica mercadológica. Por isso é que se destaca a importância da publicidade na promoção das marcas, tendo em vista a possibilidade de criação de uma vantagem competitiva poderosa no mercado, capaz de oportunizar, até mesmo, a manutenção dos produtos ofertados por um preço superior.¹¹³

O ardid publicitário é, pois, a introdução e o fortalecimento das marcas no “repertório de compra” dos consumidores¹¹⁴, o que, por via reflexa, se traduz na manutenção da posição dos produtos no mercado.

Logo, no âmbito da economia das empresas, a publicidade se destaca como fonte de criação e de ampliação de mercados – seja verticalmente, através do alcance de novas faixas de consumidores, seja horizontalmente, pela ampliação do campo de

¹¹¹ BITTENCOURT, Renato Nunes. A Divinização das Marcas pela Atividade Publicitária no Sistema Normativo de Consumo. **Revista Augustus**. Rio de Janeiro: Unisum, vol. 17, n. 34, jul/dez 2012, p. 52 *et. seq.*

¹¹² GLOBOVANTE, Maria da Conceição. Publicidade: O fazer-valer. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 148.

¹¹³ WHITE, Roderick. Marcas e Publicidade. *In*: JONES, John Philip (Org.). **A Publicidade na Construção de Grandes Marcas**. Trad. Elizabeth Chammas. São Paulo: Nobel, 2004, p. 78.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 89.

uso de um produto ou serviço –. Além disso, revela-se como um autêntico regularizador, na medida em que estimula o consumo da produção, evitando o excesso de estoque nos vários ciclos de distribuição. Também torna possível o aumento do lucro global das mercadorias, por permitir o aumento da produção e a redução do preço de custo das mercadorias.¹¹⁵

Por outro lado, também é possível afirmar que atividade publicitária é importante, de certo modo, para a proteção do consumidor. A tal conclusão se chega, em primeiro lugar, porque a publicidade é um veículo para a transmissão de informações, com aptidão de influir diretamente no consentimento do consumidor. Ou seja, através dela, torna-se possível mitigar a desigualdade informativa existente entre os dois polos da relação de consumo, melhorando o poder de decisão de compra do consumidor.¹¹⁶

Em segundo lugar, a publicidade também tem importância para o público consumidor por aumentar a competitividade entre os fornecedores, estimulando-os a buscar formas para a redução de custos, a fim de tornar viável a fixação de preços menores para a venda de produtos e/ou serviços.¹¹⁷ Ademais, por ser um “compromisso público” a publicidade também atua de forma favorável na melhoria da qualidade das mercadorias, já que, eventual constatação da má qualidade de um produto anunciado teria aptidão de comprometer o prestígio do fabricante, dificultando a venda de seus outros produtos.¹¹⁸

Finalmente, outro dado revelador da importância da atividade publicitária é o volume de recursos que movimenta, o que a torna uma poderosa força econômica na manutenção dos meios de comunicação e da vida cultural no país. Através da verba financeira decorrente dos investimentos em anúncios comerciais, torna-se possível manter os jornais, as revistas, televisão, rádio e outros sistemas como a internet.¹¹⁹

¹¹⁵ SANT'ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: Teoria, técnica e prática**. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p.68 *et seq.*

¹¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 27 ago. 2016.

¹¹⁷ PENA, Rafaela Valentim de Almeida. A Publicidade Abusiva Dirigida ao Público Infantil. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de. (Orgs.). **Publicidade dos Bens de Consumo**. Salvador: Pagiane, 2015, p. 437.

¹¹⁸ SANT'ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p.70.

¹¹⁹ LARA, Milton. **Publicidade: A máquina de divulgar**. São Paulo: Senac, 2010, p. 22 *et seq.*

3.3 REFLEXOS PSICOLÓGICOS DA PUBLICIDADE NA DECISÃO DE COMPRA DO CONSUMIDOR

Como visto alhures, o papel fundamental da publicidade é conseguir, através da comunicação instantânea, que a sua mensagem persuasiva seja ouvida, vista e compreendida, com suficiente impacto para repercutir no comportamento de compra do consumidor.¹²⁰

Assim, a função primeira da publicidade é alcançar o consumidor através do anúncio. Em segundo lugar, é necessário que a comunicação publicitária mantenha a atenção do público, convencendo-o de que o tema veiculado na mensagem lhe desperta o interesse. No mais, ainda é preciso demonstrar que o produto divulgado é capaz de satisfazer uma necessidade e que a marca que está sendo anunciada tem certas qualidades que a tornam superior às similares.¹²¹

Para que isso aconteça, a publicidade se vale de uma linguagem especial, que exalta as qualidades de um produto ou serviço, conferindo-lhes uma dada significação para o consumidor. Ou seja, a mensagem publicitária é construída através de um código formal apropriado, voltado, sobretudo, para despertar o desejo de compra no espectador.

Então, de fato, toda publicidade deve ser estruturada de uma forma cuidadosa e estratégica, a fim de apresentar aquilo que se quer vender de uma forma atrativa para o consumidor. Todavia, esse mecanismo, por si só, não é suficiente para garantir o sucesso de uma campanha publicitária.

É que, em toda atividade publicitária há uma carga psicológica, movida pelo intuito de chamar atenção, despertar o interesse e influir o ato de compra. Destarte, a publicidade não se resume, isoladamente, à utilização de uma linguagem atrativa pelo anunciante, já que, além disso, é preciso ter conhecimento acerca das motivações que podem determinar a forma de agir do público.

Por essa razão, comumente são realizadas pesquisas motivacionais, voltadas a descobrir a razão de agir das pessoas, através da análise das suas reações. Essas

¹²⁰ GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 180 *et seq.*

¹²¹ SCHRODER, Kim Christian; VESTERGAARD, Torben. **A linguagem da Propaganda.** Trad. José Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

pesquisas, na verdade, se voltam desvendar o “processo de profundidade” que canaliza os hábitos irrefletidos, as decisões de compra e os processos de pensamento, através de conhecimentos emprestados da psicologia e da sociologia.¹²²

Armando Sant’Anna explica que a pesquisa motivacional é uma técnica utilizada pelos publicitários para induzir o ato de compra, não em razão das propriedades físicas de um produto, mas sim por conta das “gratificações psicológicas” proporcionadas por ele:

Às vezes, um grupo de entrevistados é submetido a testes de olhos vendados para ver se consegue identificar o produto pelo gosto, tratando-se de alimento. Se os entrevistados não podem identificá-lo pelo gosto, a pesquisa motivacional revela que a atração do produto é apenas psicológica e emocional. No caso dos cigarros, por exemplo, nunca foi encontrado um consumidor capaz de identificar o seu fumo favorito. Quando de olhos vendados, fuma-se uma imagem.¹²³

E, realmente, não se pode olvidar que quase todo comportamento de compra reflete uma atração psicológica por um produto ou serviço. Com isso, não se quer dizer que o público consumidor atua de forma completamente emotiva na aquisição de um bem, desprezando todas as suas características materiais. Apenas se chama atenção ao fato de os aspectos psicológicos, não raras vezes, influírem nas escolhas de compra.

Pois bem, para impulsionar o comportamento das massas consumidoras através de estímulos psicológicos, a publicidade deve conhecer as necessidades básicas, desejos e paixões que constituem o agir humano, e ainda, os hábitos e motivos de compra.¹²⁴

Roger Mucchielli ensina que as necessidades humanas repercutem na sensibilização perceptiva, “como fator de seleção das informações, como categoria ativa de prospecção e decodificação das informações disponíveis”.¹²⁵ Ou seja, por essa perspectiva, as necessidades são um filtro de interesse das informações veiculadas no anúncio publicitário. Dessa forma, o receptor da mensagem

¹²² SANT’ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: Teoria, técnica e prática.** São Paulo: Cengage Learning, 2009, p.56 *et seq.*

¹²³ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁴ *Ibidem, p.80.*

¹²⁵ MUCCHIELLI, Roger. **A Psicologia da Publicidade e da Propaganda: Conhecimento do problema.** Trad. Flávia Sollero de Campos. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978, p. 15 *et. seq.*

publicitária é influenciado a praticar atos de consumo, em razão do estímulo à satisfação de uma necessidade pré-existente.

O professor Armando Sant'Anna, por seu turno, defende a tese de que as necessidades humanas conduzem aos desejos, verdadeiros fatores determinantes da ação de compra. A atividade humana tem, pois, as necessidades como forças remotas, e os desejos como motivos imediatos do comportamento de compra.¹²⁶

Assim, sinteticamente, o citado autor destaca os seguintes estágios da psicologia da compra e venda: a) surgimento de uma necessidade; b) consciência dessa necessidade; c) conhecimento do objeto que pode satisfazê-la; d) desejo de satisfazê-la; e) decisão por determinado produto que melhor irá satisfazer o desejo.¹²⁷

Sob outra perspectiva, Roger Mucchielli diz serem as reações afetivas os fatores determinantes das ações de compra. Tais reações, segundo ele, distinguem-se em dois tipos: desejo e agressividade. Para estimular o desejo seria necessário “fornecer os meios de realizar a satisfação de uma necessidade ou de uma aspiração, mostrar a imagem da pessoa sonhada”. A agressividade, por seu turno, seria suscitada pelo estímulo direto da cobiça pelo poder, da vontade de autoafirmação perante os outros, ou, ainda, pelo reforço negativo à frustração, humilhação, privação.¹²⁸

A fim de traduzir a tese do autor em termos práticos, imagina-se como estímulo ao desejo uma campanha publicitária de uma determinada marca de roupa feminina, que exhibe como modelo uma bela atriz, completamente arrumada e elegante. Ora, não há dúvidas de que a publicidade, nessa circunstância, teria aptidão de despertar em potenciais clientes o desejo de também demonstrar uma aparência de elegância, o que, por via reflexa, se traduziria na prática de um ato de compra.

De outro modo, quando se fala em estímulo de agressividade, é possível imaginar, exemplificativamente, um anúncio publicitário em que uma pessoa é zombada por não utilizar de um dado produto que faz parte do cotidiano de seu grupo de amigos. Essa seria uma forma de impulso negativo, em que o espectador da mensagem

¹²⁶ SANT'ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: Teoria, técnica e prática**. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p.81.

¹²⁷ *Ibidem*, p.82.

¹²⁸ MUCCHIELI, Roger. **A Psicologia da Publicidade e da Propaganda: Conhecimento do problema**. Trad. Flávia Sollero de Campos. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978, p. 18.

publicitária se sentiria motivado a praticar determinado de consumo para evitar ser submetido a uma situação desconfortável.

Spinalt, por sua vez, ao tratar da psicologia da publicidade, destaca as seguintes fontes psíquicas como determinantes da motivação: a) instinto de nutrição; b) instinto sexual; c) instinto de conservação; d) instinto de dominação; d) desejo de prestígio; e) desejo de bem-estar social; f) desejo de intelectualização; g) desejo de sociabilidade; h) reação de inferioridade i) reação de ressentimento; j) reação de frustração; k) reação de ambivalência; l) hábito social; m) hábito psíquico; n) psicose social; o) psicose mental.¹²⁹

Com base nisso, menciona uma série procedimentos de simples psicologia para a captação do espectador.¹³⁰ Cita, por exemplo, o estímulo do impulso libidinoso através da utilização da figura feminina, realidade muito comum no âmbito da publicidade comercial de bebidas alcoólicas. Destaca, também, o exemplo do estímulo pelo “desejo de ter o melhor”, ilustrado pela situação em que as mães são motivadas a comprar produtos ou serviços para os seus filhos, em razão da vinculação à imagem de crianças com a aparência de saudáveis e felizes.

Esse último procedimento de simples psicologia, aliás, se faz muito presente na dinâmica mercadológica, sobretudo na publicidade de alimentos. Não raras vezes, os pais são influenciados a comprar determinados produtos alimentícios para seus filhos, pelo fato de campanha publicitária os associar à figura de uma criança sadia e esperta.

Diante disso, embora não seja alvo desse trabalho a construção de uma tese acerca da psicologia da publicidade, não há como negar que a atividade publicitária, de fato, é uma técnica persuasiva, com forte poder de induzir a tomada de decisão de compra do público a que se destina. Por essa razão, torna-se imperioso o controle da atividade publicitária, a fim de banir eventuais abusos no estímulo ao consumo de bens e serviços.

¹²⁹ SPINALT, C. M. **Técnica e Psicologia da Propaganda Moderna**. Trad. Carlos Márcio Chaves. São Paulo: Companhia Brasileira de Impressão e Propaganda, p. 43.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 135 *et seq.*

3.4 SISTEMAS DE CONTROLE

A atividade publicitária, fenômeno inerente à sociedade de consumo, deve ser exercida de forma compatível com as regras que dispensam proteção à figura do consumidor. Para que isso se torne possível, é preciso que exista um eficaz sistema de controle que possa coibir possíveis efeitos nocivos da publicidade sobre a sociedade.

Pois bem, uma primeira modalidade de regramento da publicidade é através da intervenção estatal exclusiva, onde somente o Estado dita as normas de controle da publicidade. Em oposição a esse modelo, fala-se no sistema exclusivamente privado, em que o controle da atividade publicitária é realizado somente por um órgão privado e ligado ao setor publicitário. Existe, ainda, uma forma de controle mista – adotada no Brasil e na maior parte dos países do mundo –, em que convivem perfeitamente o Estado e os agentes de mercado do ramo publicitário.

3.4.1 Sistema legal

Pelo sistema de controle legal, compete exclusivamente ao Estado regulamentar a publicidade, mediante a edição de leis esparsas ou agrupadas em um código.

A principal vantagem desse sistema é o poder coercitivo estatal, que possibilita a imposição de sanções de natureza jurídica diante da inobservância de normas de ordem pública. Somado a isso, ainda é possível destacar como ponto positivo do controle do Estado, a sua capacidade de análise contínua do mercado, viabilizada pela facilidade de acesso a determinados dados.¹³¹

Por outro lado, como desvantagens do modelo de intervencionismo puramente estatal, tem-se, em primeiro lugar, a diminuição da força na efetivação da tutela dos consumidores em face da publicidade, uma vez que, nesse sistema, utiliza-se apenas a pressão do Estado, ao passo em que no sistema misto, há uma atuação conjunta entre os setores da iniciativa privada e a máquina estatal. Em segundo

¹³¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 19 out. 2016.

lugar, fala-se na existência de um risco de não ser prestada a devida assistência às situações que de fato demandariam a tutela do Estado, pela necessidade de serem atendidas determinadas prioridades¹³², como a saúde e a segurança pública.

De mais a mais, é válido notar que um modelo exclusivamente estatal implicaria, também, em um formalismo da sua atuação, e, por via de consequência, na lentidão da tutela de determinadas situações e na dificuldade de acompanhamento das rápidas mudanças de mercado.¹³³

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor – norma editada pelo Estado – cuidou de disciplinar a matéria publicitária especialmente em seus arts. 30, 36, 38, além de prever a tutela do consumidor nas esferas administrativa (arts. 55 a 60), penal (arts. 66 a 69) e jurisdicional (arts. 81 a 100).¹³⁴

Com efeito, esse diploma legal constitui-se como uma norma especial de ordem pública, que rege as relações de consumo no país, inclusive, com a previsão de sanções de natureza jurídica para reprimir eventuais transgressores de suas disposições legais. Por meio dele, integra-se à proteção dos consumidores um amplo aparato, estatal e privado, voltado a evitar ou reprimir eventuais abusos e desvios ocorridos no exercício da atividade publicitária.¹³⁵

De acordo com o CDC, o controle estatal da publicidade no Brasil pode ser exercido pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, pelos demais órgãos de âmbito federal, estadual municipal, pelas entidades civis de defesa do consumidor (art. 2º, do Decreto nº 2.181/97)¹³⁶, além das Promotorias do Consumidor de âmbito estadual e federal, dos Programas de Proteção e Defesa do Consumidor, e do próprio Poder Judiciário.

¹³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 34.

¹³³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 19 out. 2016.

¹³⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. O Controle da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 673, nov. 1991, p. 8.

¹³⁶ BRASIL. **Decreto nº Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

Lúcia Ancona Dias ainda acrescenta a possibilidade de realização de um controle indireto da publicidade pelas agências reguladoras, como a Agência de Vigilância Sanitária - ANVISA, por exemplo, que tem dentre as suas atribuições a fiscalização da rotulagem e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária.¹³⁷

3.4.2 Sistema de autorregulamentação

O sistema autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade, por meio de um órgão privado e ligado ao setor publicitário. A autorregulamentação manifesta-se, assim, por um conjunto de regras privativas, instituídas por meio da edição de códigos de comportamento.¹³⁸

Para os consumidores, a principal vantagem desse sistema é a possibilidade de solucionar eventuais conflitos por meio de processo de autocomposição, evitando-se, portanto, os custos e a morosidade de um procedimento judicial. Por seu turno, a vantagem do modelo autorregulamentar para o Estado, consiste na garantia de disponibilidade para execução de políticas públicas em setores que carecem de tutela.¹³⁹ Além disso, também se destaca como aspecto positivo do modelo de autorregulamentação, o fato de proporcionar um meio de solução de controvérsias políticas sobre a publicidade não proibida legalmente, como aquela dirigida ao público infantojuvenil.¹⁴⁰

De outro modo, como desvantagem do modelo autorregulamentar para o Estado, cita-se o abandono da função de legislar – prerrogativa específica estatal –. No que concerne aos consumidores, sem dúvidas, o principal ponto negativo desse modelo é a ausência de força obrigatória das normas autorregulamentares.¹⁴¹

¹³⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

¹³⁸ FROTA, Mário. Auto- regulamentação: Vantagens e desvantagens. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2014, p. 1233 *et seq.*

¹³⁹ *Ibidem*, p. 1236.

¹⁴⁰ FALCÃO, Valéria Chaise. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.26.

¹⁴¹ FROTA, Mário. Auto- regulamentação: *Op. cit.* 2014, p. 1236 *et seq.*

No Brasil, a publicidade foi disciplinada no âmbito privado com a edição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e com criação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) – instituído em 1980, sob a forma de associação civil, integrado, na forma do art. 8º do seu Estatuto Social, por entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda e entidades privadas dotadas de personalidade jurídica, voltadas a defesa do consumidor –.¹⁴²

Historicamente, o CONAR surgiu num contexto em que o governo federal estava buscando criar um sistema de censura prévia à publicidade. Nesse momento, os publicitários brasileiros buscaram agregar-se para estabelecer regras de conduta entre si, a fim de, a priori, instituírem normas deontológicas da profissão, pautadas no princípio da lealdade da publicidade. Por via reflexa, essas normas acabaram por beneficiar os consumidores, apesar de terem como intuito inicial o zelo pela liberdade de expressão e pela ética da publicidade.¹⁴³

São órgãos do CONAR, a Assembleia - Geral, o Conselho Superior e o Conselho Fiscal, e, ainda um Conselho de Ética – órgão notadamente judicante ou deliberativo, responsável pela aplicação prática do controle da atividade publicitária –.¹⁴⁴

Quanto ao Código de Autorregulamentação Publicitária, genericamente, é possível afirmar que as suas normas encontram-se em absoluta harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, servindo, inclusive, como subsídio ao aplicador do Direito, dada à extensão do seu conteúdo em matéria publicitária.¹⁴⁵ Trata-se, pois, de um diploma voltado à disciplina exclusiva da publicidade, que elenca uma série de

¹⁴² CONAR. **Estatuto Social do CONAR**. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/pdf/estatuto-social-conar.pdf> >. Acesso em 21 out. 2016.

¹⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 36.

¹⁴⁴ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Estrutura Orgânica do Controle da Publicidade de Consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, abr./jun. 2002, p. 199.

¹⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

princípios especiais a serem observados pela atividade publicitária (Capítulo II, art. 19 à 43).¹⁴⁶

Em razão disso, Maria Luiza de Saboia Campos diz ser o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária uma forma secundária de expressão do Direito, que contém uma técnica mais afinada e adequada ao mercado publicitário do que aquela do CDC, diploma de caráter genérico.¹⁴⁷

Pois bem, havendo a veiculação de publicidade em violação às normas constantes no Código de Autorregulamentação Publicitária, o Conselho de Ética poderá aplicar as seguintes sanções: a) advertência ao anunciante e sua agência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos para a sustação do anúncio; d) divulgação pública da posição do CONAR, em relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, na hipótese de não acatamento das providências recomendadas (art. 50, CBARPB).¹⁴⁸

Como se vê, as sanções impostas à violação do CBARP tem apenas um caráter moral. Não há a previsão de qualquer penalidade coercitiva, e, nem tampouco, da possibilidade de o CONAR determinar a paralisação da veiculação da publicidade infratora. Isso torna evidente a ausência de força cogente do sistema autorregulamentar.

Aliás, a crítica ao sistema de controle da publicidade exclusivamente privado se dá justamente pelo fato de o CONAR não possuir quaisquer poderes de império que possam obrigar os anunciantes, publicitários e veículos de difusão à sujeição das suas normas e preceitos éticos. Não há, pois, qualquer força coercitiva no controle autorregulamentar, sendo essa a razão de se entender pela sua insuficiência para a efetiva tutela dos consumidores.

¹⁴⁶ CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 21 out. 2016.

¹⁴⁷ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultura Paulista Editora, 1996, p. 239.

¹⁴⁸ *Ibidem*, loc. cit.

Ademais, vale ressaltar que as decisões do CONAR obrigam apenas os signatários desse sistema de controle, não vinculando, portanto, todos os agentes de mercado, motivo que enfraquece a sua legitimidade.¹⁴⁹

Há, ainda, objeções relativas à ilegitimidade do CONAR para a defesa dos consumidores, como aquelas exaradas por Marcelo Abelha Rodrigues, no sentido de que a entidade foi criada, apenas, com intuito de oferecer proteção à concorrência desleal no meio publicitário, e que a composição do seu quadro social – integrado por trinta e um membros titulares –, conta, apenas, com seis representantes dos consumidores.¹⁵⁰

Apesar desses aspectos, não há como negar a importância do CONAR perante a sociedade brasileira, sobretudo quando se remete à época em que o Código de Defesa do Consumidor ainda não existia e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária cuidava de reprimir a concorrência desleal e proteger os consumidores.¹⁵¹

Com efeito, ao longo do tempo, a atuação do CONAR no controle e fiscalização da publicidade mostrou-se essencial ao mercado e aos consumidores, inclusive, em razão de diversas decisões que recomendaram a sustação ou a alteração de anúncios publicitários, conforme será exemplificado ao longo desse capítulo.

Além disso, não é demais frisar o CONAR é vislumbrado como uma entidade respeitável no meio publicitário, o que acaba por induzir as entidades de classe e os veículos de comunicação a atuarem no sentido de cumprir as deliberações do Conselho de Ética, até mesmo como forma de evitar a sanção do desagravo público – penalidade de força moral com aptidão de marcar negativamente a imagem de uma empresa perante seus clientes anunciantes e todo o meio publicitário –.¹⁵²

Diante dessas considerações, resta concluir que apesar do inegável papel do CONAR, o controle exclusivamente privado é insuficiente à efetiva tutela dos

¹⁴⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio Sobre a Publicidade e o Seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 37.

¹⁵¹ CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: Responsabilidade civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultura Paulista Editora, 1996, p. 240.

¹⁵² MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Estrutura Orgânica do Controle da Publicidade de Consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, abr./jun. 2002, p. 205.

consumidores em face publicitária, o que torna ideal o sistema de controle misto da publicidade.

3.4.3 Sistema misto

O sistema misto caracteriza-se pela convivência harmônica entre os órgãos da iniciativa privada, ligados ao setor publicitário, e o Estado. Nesse modelo – adotado pelo Brasil –, o controle voluntário da publicidade pelo organismo autorregulamentar coexiste, no mesmo espaço, com os procedimentos judiciais e administrativos.¹⁵³

Para tanto, parte-se do pressuposto que a autorregulamentação não tem a força cogente necessária a dispensar a intervenção do Estado, e que essa, isoladamente, deixa de fornecer o aparato suficiente à tutela satisfatória do consumidor. É o sistema misto o modelo ideal, capaz de controlar a publicidade de forma efetiva, por meio da junção do controle estatal e autorregulamentar, e da noção de responsabilidade empresarial, individual e coletiva.¹⁵⁴

Então, por um lado, há o controle autorregulamentar da publicidade, tipicamente caracterizado pela celeridade na tentativa de banir eventuais ilicitudes, com a imposição de sanções de cunho moral.

De outro, há possibilidade de defesa dos interesses dos consumidores, a título individual ou coletivo, no âmbito da esfera judiciária. Por essa via, é possível buscar, liminarmente, com fundamento no art. 84 do CDC¹⁵⁵, a cessação da veiculação de

¹⁵³ FALCÃO, Valéria Chaise. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.28.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 19 out. 2016.

¹⁵⁵ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

campanha publicitária reputada ilegal.¹⁵⁶ É possível, também, a imposição de contrapropaganda, a ser realizada às custas do infrator (art. 60, CDC)¹⁵⁷, a reparação de danos morais e materiais sofridos pelos lesados (art. 6, VI, CDC)¹⁵⁸ e a repressão penal quanto aos delitos capitulados no Código de Defesa do Consumidor – crime de publicidade enganosa e abusiva (art. 67, CDC)¹⁵⁹, crime de publicidade capaz de provocar ou encorajar comportamento prejudicial à saúde ou segurança do consumidor (art. 68, CDC)¹⁶⁰ e crime de não- organização dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade (art. 69, CDC)¹⁶¹–.

3.5 DISCIPLINA JURÍDICA

O regime jurídico da publicidade basicamente é respaldado em dois diplomas: Constituição Federal – norma maior, que fundamenta a validade da atividade publicitária –, e Código de Defesa do Consumidor – legislação que disciplina princípios próprios da publicidade e institui duas figuras típicas de publicidade ilícita –.

3.5.1 Fundamento constitucional

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

¹⁵⁶ FALCÃO, Valéria Chaise. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.31.

¹⁵⁷ Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

(BRASIL. *Op. cit.*).

¹⁵⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

(*Ibidem, loc. cit.*).

¹⁵⁹ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

(*Ibidem, loc. cit.*).

¹⁶⁰ Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

(*Ibidem, loc. cit.*).

¹⁶¹ Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

(*Ibidem, loc. cit.*).

A atividade publicitária encontra guarida constitucional em dois principais aspectos: a) como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa e pela livre concorrência (Art. 170, *caput* e inciso IV, CF)¹⁶²; b) como manifestação da liberdade de expressão (Arts. 5º, IX¹⁶³ e 220, *caput*,¹⁶⁴ CF).

Sabe-se que a publicidade é orientada por uma finalidade econômica, na medida em que se volta a provocar, no ânimo do consumidor, o estímulo ao consumo. Então, por ser utilizada como uma ferramenta comercial dos fornecedores, a atividade publicitária se expressa como um desdobramento dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, gozando, portanto, de proteção constitucional.

Mesmo porque, atualmente, a publicidade é estratégia nuclear do mercado de consumo, guardando, por isso, uma íntima relação com o surgimento de novos agentes econômicos, com o lançamento de novos produtos ou serviços, e até mesmo com a concorrência empresarial. Em outras palavras, significa dizer que a

¹⁶²Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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

(BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2016).

¹⁶³ 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;

(*Ibidem, loc. cit.*).

¹⁶⁴ 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. (*Ibidem, loc. cit.*).

publicidade, de fato, é uma forma de exteriorização direta da livre iniciativa econômica e da livre concorrência entre os fornecedores.

Por essa razão, aliás, é que se diz ser a disciplina constitucional da atividade publicitária concentrada, fundamentalmente, no postulado da livre iniciativa econômica.¹⁶⁵

De modo suplementar, também é possível afirmar que a publicidade se resguarda a partir da proteção outorgada pela Magna Carta à liberdade de expressão, direito fundamental à manifestação livre do pensamento, através da palavra falada ou escrita, de imagens, ou de qualquer outro meio de difusão.¹⁶⁶

Isso se justifica porque, de certo modo, as peças publicitárias refletem manifestações do intelecto humano. Lucia Ancona Dias, por exemplo, trata a publicidade como uma forma de expressão artística, consubstanciada na utilização de uma linguagem especial, que se vale de apelos emotivos para chamar a atenção do público consumidor.¹⁶⁷

Sob outra linha de intelecção, Bruno Miragem entende que a íntima vinculação da atividade publicitária com uma finalidade econômica, torna desproporcional o seu tratamento jurídico sob a égide da liberdade de expressão, bem como, a aplicação das normas constitucionais relativas à vedação geral à censura.¹⁶⁸ Ou seja, o autor defende a tese de que é irrazoável tratar a publicidade como forma de livre expressão, e com base nessa premissa, criar um óbice à restrição ou limitação da intensidade.

Discorda-se, todavia, desse posicionamento. A publicidade é sim uma forma de manifestação de pensamento, ainda que voltada a um fim exclusivamente comercial. Logo, não há como negar que direito à liberdade de expressão é uma das facetas

¹⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios e interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, set./out. 2014, p. 464.

¹⁶⁶ BETITINI, Lucia Helena Polleti. Comunicação Social: a publicidade comercial na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 47, abr./jun. 2004, p.212.

¹⁶⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 252.

constitucionais do exercício da atividade publicitária. Mas isso não se traduz no exercício absoluto e irrestrito da publicidade.

Não raras as situações são estabelecidos conflitos entre a liberdade de expressão/comunicação e as demais garantias erigidas ao patamar de direitos fundamentais. Em casos tais, verificada a colisão de direitos de mesma hierarquia constitucional, deve-se proceder à conciliação, de forma que se evite a mínima restrição a qualquer dos direitos fundamentais colidentes em questão.¹⁶⁹

Por isso, se entende que a atividade publicitária é resguardada sob o manto constitucional da liberdade de expressão, devendo ser exercida de uma forma harmônica com os demais postulados abalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aqueles relacionados à defesa do consumidor.¹⁷⁰ Ou seja, a liberdade utilização dos veículos de comunicação não implica na impossibilidade controle da publicidade sob o viés dos princípios que integram a seara de defesa do consumidor.

Diante disso, torna-se patente o duplo fundamento constitucional da publicidade, forma de comunicação mercadológica, tutelada tanto sob o viés da liberdade de iniciativa e de concorrência, inseridas na ordem econômica, quanto sob a perspectiva da liberdade de expressão.

Mas a despeito dessa ampla proteção constitucional, é crucial pontuar que o exercício da atividade publicitária deve respeitar determinados limites.

A tal conclusão se chega porque a própria Constituição Federal cuidou de estabelecer restrições à comunicação publicitária, em especial no que tange às “diversões” e espetáculos públicos (art. 220, §3º, CF), e aos produtos potencialmente prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores, tais como, tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos, dentre outros (art. 220, §4º, CF).¹⁷¹ Além

¹⁶⁹ SPODE, Guinther. O Controle da Publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 83, jul./set. 2012, p. 181.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 39.

¹⁷¹ 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. (...)

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;

disso, o texto constitucional, em seu art. 170, V, impôs expressamente o dever de compatibilização do exercício da livre iniciativa com o direito dos consumidores.

Crucial, pois, concluir que a proteção da Magna Carta outorgada à atividade publicitária, deve, necessariamente, se conformar com a defesa dos interesses do consumidor, dialogando, inclusive, com os demais pilares básicos do ordenamento jurídico pátrio.

3.5.2 Princípios da atividade publicitária

A disciplina jurídica da atividade publicitária se estabelece também por meio de alguns princípios jurídicos norteadores, os quais são utilizados como parâmetro para a identificação e o controle da sua regularidade.

A doutrina, contudo, diverge quanto à exata determinação desses princípios. Antônio Herman Benjamin, por exemplo, nomeia os princípios da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da informação, da correção do desvio publicitário, e da lealdade publicitária.¹⁷² Bruno Miragem, de sua vez, faz menção a três princípios elementares, quais sejam, os da identificação, da veracidade e da vinculação¹⁷³, opção didaticamente escolhida para o presente trabalho.

3.5.1.1 Princípio da identificação

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à 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, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

(BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2016).

¹⁷² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Oferta e Publicidade. *In*: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 277 *et seq.*

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253 *e.t seq.*

O princípio da identificação decorre, diretamente, da previsão constante no art. 36 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁴, no sentido de que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Trata-se, pois, de norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo entre as partes o dever de lisura e lealdade nas relações de consumo.

Em razão disso, toda e qualquer publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor facilmente a identifique como tal. Vale dizer, o fornecedor é obrigado a evidenciar a prática publicitária, de modo que o público a quem se dirija consiga identificá-la de forma apartada das demais informações divulgadas através do mesmo veículo.¹⁷⁵ Aliás, essa obrigação transcende à determinação legal, sendo estipulada também, no art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação, de acordo com o qual “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”.¹⁷⁶

Quanto a esse tocante, vale a ressalva feita por Antônio Herman Benjamin: o princípio da identificação da publicidade não impõe ao fornecedor, apenas, o dever de elaborar a campanha publicitária de forma identificável pelo consumidor. Isso porque, em verdade, a identificação da mensagem publicitária deve ocorrer de forma imediata, no momento da sua exposição, e, além disso, não deve demandar qualquer esforço ou capacitação técnica do público a que se destina.¹⁷⁷

Portanto, o princípio da identificação publicitária visa impedir que o consumidor seja exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que deles possa de salvaguardar. Mesmo porque, a eventual camuflagem do caráter publicitário da peça veiculada impossibilita que o consumidor adote a necessária “reserva mental” frente à publicidade, em razão do desconhecimento, de plano, da parcialidade da mensagem patrocinada pelo fornecedor.¹⁷⁸

¹⁷⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

¹⁷⁶ CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 14 out. 2016.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Oferta e Publicidade. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 277 *et. seq.*

¹⁷⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. A Publicidade no Código do Consumidor. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**. Salvador: Nova Alvorada, vol. 1, n. 2, jan./dez. 1992, p. 109.

Genericamente, é possível afirmar que toda e qualquer mensagem publicitária que incorra em violação ao princípio da identificação insculpido no art. 36 do CDC, de forma a se apresentar sob aparência de informação neutra e desinteressada, será caracterizada como publicidade oculta.¹⁷⁹

Nesse passo, Lucia Ancona Dias ensina que o reconhecimento desse gênero de publicidade ilícita impescinde da demonstração de dois requisitos específicos: a) finalidade promocional da mensagem (apresentação intencional do produto ou serviço); b) efetivo ocultamento desse fim comercial, de modo a não ser passível de identificação pelos destinatários.¹⁸⁰

Pois bem, dentre as hipóteses de publicidade oculta, citam-se, basicamente, a publicidade dissimulada, a clandestina e a subliminar.¹⁸¹

A publicidade dissimulada, também conhecida como publicidade redacional, é aquela que se confunde com parte do conteúdo de uma notícia de jornal ou editorial.¹⁸² Tem, pois, aparência de informação isenta, mas na verdade, revela-se com uma finalidade publicitária destinada ao público, através da veiculação de reportagens editoriais com referências positivas acerca de um determinado produto, serviço, ou mesmo uma marca.¹⁸³

Sobre esse recurso publicitário, válida é a ressalva acerca do seu potencial lesivo, em virtude da credibilidade que o público confere aos canais de informação, inclusive, quanto à transparência e objetividade do conteúdo veiculado. Em outras palavras, significa dizer que os telespectadores tem uma expectativa de imparcialidade dos assuntos divulgados pelas notícias e artigos informativos, o que, inevitavelmente, se traduz na confiança da veracidade das informações constantes numa matéria jornalística, e na não identificação da sua intenção publicitária.

De outro turno, a publicidade clandestina consiste na exibição, de modo associado ao roteiro original de um programa, de situações normais de consumo, onde se faz uso, referência ou simplesmente se projeta a imagem de um produto, serviço, ou de

¹⁷⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 207.

¹⁸¹ PASQUALOTTO, Adalberto *apud* MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

¹⁸² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Op. cit.* 2010, p. 68.

¹⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

uma marca.¹⁸⁴ Comumente, essa técnica publicitária é denominada de *merchandising*, embora a nomenclatura apresente sentidos diversos para a teoria do *marketing*.¹⁸⁵

Então, para os consumeristas, o *merchandising* é a “inserção proposital de produtos ou serviços nos programas de televisão, como novelas e programas de auditório, ou filmes, ou no enredo dessas histórias na sua real situação de consumo”.¹⁸⁶ Através dessa técnica, produtos ou serviços são veiculados sem que os consumidores sequer percebam que o que está sendo assistido significa uma prática publicitária. É o que ocorre, por exemplo, na situação em que um personagem de novela ingere refrigerante de determinada marca, se utiliza de serviços bancários de uma instituição financeira, ou, ainda, faz uso de um automóvel, de modo a evidenciar a marca e o modelo específico.

Luiz Antônio Nunes chama atenção para o nível de influência dos personagens de uma novela quanto aos produtos anunciados. De acordo com o citado autor, “quando a personagem “dentro” da novela, enquanto é personagem e, portanto, fazendo parte da ficção, se utiliza de um produto, o consumidor não percebe o “detalhe” e é induzido a gostar do produto”.¹⁸⁷

De fato, a aparente situação de neutralidade no consumo de um produto nessas circunstâncias, tem uma maior penetração do que os anúncios propriamente ostensivos, e, por via de consequência, uma maior propensão de induzir o consumidor ao ato de compra. Isso se justifica porque, na verdade, o público consumidor deixa de fazer crítica da informação veiculada e sequer a interpreta como uma forma de apelo de vendas.¹⁸⁸

Por conta dessas considerações, tudo leva a crer, em princípio, que o *merchandising* é uma prática que contraria o princípio da identificação publicitária. Mas, apesar

¹⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

¹⁸⁵ *Merchandising* significa a exposição diferenciada do produto no ponto de venda, com o auxílio de qualquer elemento, ou por meio da organização de uma apresentação diferenciada. Em resumo, consiste na técnica que se utiliza da própria mercadoria com o fim de estimular a sua venda.

(DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218).

¹⁸⁶ BOLKENHAGEN, Lina. *Merchandising* como Técnica de Publicidade: O seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua veiculação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 80, out./dez. 2011, p. 349.

¹⁸⁷ NUNES, Luiz Antônio. A Publicidade e o Direito do Consumidor. **Justitia**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 62.

¹⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

disso, a doutrina brasileira adota o entendimento de que o *merchandising* não é proibido pela lei, podendo o anunciante se valer dessa técnica publicitária, desde que o consumidor possa identificar e distinguir a mensagem publicitária das demais informações veiculadas na programação. Ou seja, o *merchandising* é uma prática permitida no Brasil, contanto que possibilite a fácil e imediata identificação da mensagem publicitária pelo público consumidor.

Sobre essa questão, Luiz Antônio Nunes sugere como forma de identificação da mensagem publicitária pelos telespectadores, a inclusão, antes da exibição de um filme, propaganda ou novela, de um aviso no sentido que a programação irá se utilizar do *merchandising*.¹⁸⁹ Essa solução apresentada, no entanto, parece não ter plena viabilidade, dada a possibilidade de o consumidor assistir a apenas uma parte da programação, deixando de tomar conhecimento dos créditos informativos de publicidade comercial.

Então, em tese, no Brasil, ainda não há um modo eficaz de possibilitar a identificação da mensagem publicitária pelo público destinatário do *merchandising*. Por conta disso, vale referenciar o tratamento jurídico do princípio da identificação da publicidade na Europa. A legislação europeia, a priori, condena toda a prática de publicidade ou comunicação audiovisual oculta, nos termos do art. 9º, 1, a, da Diretiva 2010/13/UE¹⁹⁰, que dispõe: “As comunicações comerciais audiovisuais devem ser facilmente reconhecíveis como tal. As comunicações comerciais audiovisuais ocultas são proibidas”. Todavia, essa proibição é relativizada em relação ao *merchandising*, conforme se vê no art. 10 da mesma Diretiva, *in verbis*:

1. Os serviços ou programas de comunicação social audiovisual que sejam patrocinados devem respeitar os seguintes requisitos:
 - a) Os seus conteúdos e, no caso da radiodifusão televisiva, a sua programação não devem, em circunstância alguma, ser influenciados de um modo que afecte a responsabilidade e a independência editorial do fornecedor do serviço de comunicação social;
 - b) Não devem encorajar directamente a compra ou o aluguer de produtos ou serviços, nomeadamente fazendo referências promocionais específicas a esses produtos ou serviços;
 - c) Os telespectadores devem ser claramente informados da existência de um acordo de patrocínio. Os programas patrocinados devem ser claramente identificados como tal pelo nome, logótipo e/ou qualquer outro símbolo do patrocinador, como uma referência ao seu ou aos seus produtos ou serviços

¹⁸⁹ NUNES, Luiz Antônio. A Publicidade e o Direito do Consumidor. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 62 *et seq.*

¹⁹⁰ EUROPA. **Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=EN>>. Acesso em: 18 out. 2016.

ou um sinal distintivo a eles referente, de um modo adequado ao programa, no início, durante e/ou no fim do mesmo.

Como se vê, a legislação europeia admite a inserção de produtos em filmes e séries, programas esportivos e de entretenimento, desde que sejam observadas algumas regras, como as de não realização de referência promocional específica ao produto divulgado e de não incentivo à sua compra.

Assim, não se pode negar que a Europa, de fato, norteia o tratamento jurídico do *merchandising* com base no princípio da identificação publicitária, priorizando, de qualquer sorte, o direito à informação do consumidor.

Partindo dessa inspiração, Adalberto Pasqualotto sugere, como forma de melhoria do tratamento jurídico da publicidade no Brasil, a proibição de diálogos promocionais acerca dos produtos ou serviços inseridos nas programações, através do *merchandising*.¹⁹¹ E essa sim, seria uma forma válida de compatibilizar a inserção de produtos ou serviços nos programas de televisão com o princípio da identificação publicitária.

Todavia, mesmo que se reconheça a relevância da citada solução proposta pelo autor, não há dúvidas que a mensagem publicitária, quando dirigida prioritariamente ao público infantojuvenil, demanda a adoção de cuidados mais severos.

Nesse ponto, vale mencionar que o CONAR já se manifestou acerca da matéria, quando no julgamento da Representação nº 210/2012 – que versava sobre ação de *merchandising* da Cacaú Show, inserida em capítulo da novela Carrossel –, recomendou a sustação da mensagem publicitária. Para tanto, o conselheiro relator considerou que a utilização de personagens do universo infantil ou de apresentadores de programas dirigidos a esse público, para fins publicitários, deveria ser realizada apenas nos intervalos comerciais, a fim de tornar evidente a distinção da publicidade veiculada e o conteúdo da programação.¹⁹²

Diante disso, chega-se à conclusão de que o princípio da identificação publicitária deve assumir contornos mais acentuados quando a publicidade é dirigida às

¹⁹¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e Publicidade em Ritmo de Descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, jul./ago. 2015, p. 526.

¹⁹² CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária** Representação nº 210/2012, Rel. Conselheiro André Porto Alegre, julgado em setembro/ 2012. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 14 out. 2016.

crianças e pré-adolescentes. Vale dizer, nessas circunstâncias, sequer é razoável admitir-se a realização de *merchandising* no bojo das programações, sendo, por certo, mais adequada a apresentação de produtos ou serviços apenas nos intervalos comerciais.

Finalmente, esgotada essa análise, fala-se na publicidade subliminar, tipicamente marcada pela projeção de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, que não chegam a estimular a consciência humana, mas são capazes de registrar, no subconsciente das pessoas, a marca de determinado produto ou serviço.¹⁹³ Essa técnica publicitária envolve, assim, a prática de um induzimento psicológico no nível do subconsciente, o que a torna, portanto, imperceptível pelo consciente do consumidor.¹⁹⁴

3.5.1.2 Princípio da vinculação

O princípio da vinculação está insculpido no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁵ e estabelece que toda informação ou publicidade vincula o fornecedor ao seu cumprimento, nos termos do anúncio. Em verdade, esse princípio diz respeito tanto à eficácia vinculativa da oferta publicitária, quanto das demais ofertas de consumo – simples apresentação de produtos numa vitrine, entrega do orçamento de um determinado produto ou serviço ao consumidor, dentre outros –.

Pois bem, dizer que a oferta publicitária tem efeito vinculante significa admitir que o seu cumprimento se torna obrigatório pelo anunciante, integrando os termos do futuro contrato.¹⁹⁶ Então, acaso o consumidor se manifeste pela aceitação da oferta publicitária promovida pelo fornecedor, haverá a constituição de uma relação contratual que o obrigará ao cumprimento daquilo que foi ofertado. Para que surja, porém, esse efeito vinculante, é preciso, basicamente, a presença de dois requisitos:

¹⁹³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1992, p. 154.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 170.

¹⁹⁵ Art. 30. 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. (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

¹⁹⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

a) exposição da oferta publicitária ao público consumidor, por qualquer meio de comunicação; b) oferta suficientemente precisa.

Respeitadas essas condições, as características mencionadas na oferta publicitária acerca de um produto ou serviço, necessariamente, terão eficácia vinculativa em relação ao fornecedor. No caso de eventual recusa do cumprimento da oferta pelo fornecedor, surgirá para o consumidor, conforme a redação do art. 35 o CDC¹⁹⁷, a possibilidade de exigir o cumprimento forçado da obrigação da oferta, aceitar o produto ou prestação de serviço equivalente, ou rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada e a perdas e danos.

Justifica-se essa disposição legal em razão da necessidade de se resguardar a boa-fé objetiva nas relações de consumo, protegendo-se as legítimas expectativas criadas no consumidor, através da imposição do cumprimento, pelo anunciante, dos deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação e informação.

3.5.1.3 Princípio da veracidade

O princípio da veracidade impõe que o conteúdo da mensagem publicitária exponha informações exclusivamente corretas e verdadeiras. Trata-se de um dever que decorre da própria noção boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo, voltado a tutelar o direito à informação do consumidor.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cuidou de assegurar em diversos dispositivos o dever de veracidade das mensagens publicitárias, dispensando um especial tratamento ao dever de informar corretamente o consumidor. O art. 6º do CDC¹⁹⁸, que versa sobre os direitos básicos do consumidor, elenca, dentre outros, o

¹⁹⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹⁹⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

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

~~III - 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;~~

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

direito à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III) e o direito à “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV).

Igualmente, o art. 31 do CDC¹⁹⁹ exige que a oferta e apresentação dos produtos ou serviços contenham informações claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as suas principais características e também sobre os riscos que representam.

O art. 36, parágrafo único, do CDC²⁰⁰, por seu turno, estabelece que “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. Esse dispositivo, na verdade, tem por escopo impor ao fornecedor a manutenção da prova da veracidade das afirmações veiculadas, acaso questionadas pelos legítimos interessados.²⁰¹

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

¹⁹⁹ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
(*Ibidem, loc. cit.*)

²⁰⁰ *Ibidem, loc. cit.*

²⁰¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 27, §1º, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária²⁰², obriga os anunciantes e as agências de publicidade a fornecerem comprovações fáticas, técnicas ou científicas, a respeito de todas as descrições, comprovações e alegações veiculadas, verificando-se, inclusive, inúmeras decisões do Conselho de Ética do CONAR acerca desse assunto.

Exemplificativamente, é possível citar a Representação nº 088/2016, relativa ao produto *Colgate Luminous White Advanced*, instaurada mediante queixa de consumidores, relatando que “o creme dental não proporciona o branqueamento prometido em filme para a TV”. Nesse caso específico, após a apresentação de informações clínicas e científicas pela anunciante, o CONAR entendeu pela comprovação das características do produto anunciado, pelo que propôs o arquivamento da representação por unanimidade.²⁰³ O fornecedor, então, fez prova das afirmações veiculadas no anúncio, diante do questionamento de determinados consumidores.

Em suma, a ideia central do princípio da veracidade é possibilitar que a relação contratual estabelecida entre fornecedor e consumidor seja guiada com base na boa-fé objetiva, preservando-se a transparência e a lealdade entre as partes. Mesmo porque, como pontuado anteriormente, é papel fundamental da publicidade mitigar a desigualdade informativa existente entre o fornecedor e o consumidor, de forma a evitar, portanto, eventuais práticas abusivas.

Nesse sentido, Bruno Miragem pontua a existência de um “dever de informar agravado” com relação ao público infantil, destacando a ilicitude da utilização de técnicas de persuasão que se aproveitam da falta de discernimento das crianças.²⁰⁴ Isso não significa dizer que é proibido destinar ao público infantil uma mensagem publicitária que envolve o emprego de elementos fantasiosos, mas apenas que é vedada a publicidade que se aproveite da falta de astúcia das crianças, por tratar-se de prática abusiva.

²⁰² CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 14 out. 2016.

²⁰³ CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária** Representação nº 088/2016, Rel. Conselheiro Gustavo Leme, julgado em junho/2016. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 14 out. 2016.

²⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 257.

De qualquer sorte, a mensagem publicitária deve ser divulgada de forma clara e objetiva, sobretudo quando for destinada ao público infantil. Exige-se, desse modo, a compatibilização entre a liberdade publicitária e o respeito ao direito básico do consumidor à informação, sob pena de ter-se a caracterização de publicidade enganosa, nos termos do art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.²⁰⁵

3.5.3 A publicidade ilícita

Entende-se por publicidade ilícita toda aquela que viole os deveres jurídicos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis à elaboração de divulgação das mensagens publicitária. Exemplificativamente, é possível afirmar como ilícita a publicidade que viola o princípio da identificação publicitária, ou ainda, o ato de recusa do anunciante de cumprir a oferta publicitária.

Apenas duas espécies de publicidade ilícita, porém, encontram previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

3.5.3.1 Publicidade enganosa

O art. 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor definiu a publicidade enganosa nos seguintes termos:

É 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.²⁰⁶

Como se vê, o dispositivo elegeu um elemento fundamental para a caracterização da publicidade enganosa: a capacidade de induzir em erro o consumidor, acerca de

²⁰⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁰⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

quaisquer dados relativos ao produto ou serviço divulgado. Logo, ter-se-á por enganosa a mensagem publicitária que venha a distorcer o processo decisório do consumidor, induzindo-o em erro quanto às reais características de um produto ou serviço, seja pela omissão de dados relevantes, ou pela falsidade das informações veiculadas.

Assim, restará caracterizada a publicidade enganosa omissiva, por ausência de informação essencial a respeito de dados do produto ou serviço anunciado, e a comissiva, por ação direta da campanha.

A publicidade enganosa por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação constante no anúncio publicitário. Trata-se, pois, de mensagem publicitária que omite um “dato essencial” sobre determinado produto ou serviço anunciado, nos termos do art. 37, §3º, CDC.²⁰⁷

Para Luiz Antônio Nunes, dato essencial é todo aquele “inerente ao produto ou serviço e desconhecido do consumidor”. Em outras palavras, significa dizer que tudo aquilo que apesar de ser essencial, já faz do conhecimento notório do consumidor, não carece de ser informado no anúncio publicitário. Por outro lado, segundo essa tese, estará presente a necessidade de veicular a informação na mensagem publicitária, quando se tratar de um dato essencial, que por qualquer motivo não seja conhecido pelo consumidor.²⁰⁸

Esse posicionamento, porém, pode conduzir a um grave equívoco. É que, não parece razoável deixar de informar, por exemplo, sobre a insegurança de determinado produto ou serviço, somente pelo fato de o consumidor ter conhecimento notório acerca desse dato. Por isso, entende-se que, para fins de caracterização de publicidade enganosa por omissão, são essenciais os seguintes dados: a) preço; b) segurança; c) adequação. Todavia, não se nega que a análise da essencialidade dos dados na publicidade enganosa é sempre casuística, havendo a possibilidade de outros dados serem tratados como essenciais.

²⁰⁷ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dato essencial do produto ou serviço.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

²⁰⁸ NUNES, Luiz Antônio. A Publicidade e o Direito do Consumidor. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 67.

Portanto, em tese, restará configurada a publicidade enganosa por omissão, quando o anunciante deixar de fornecer informações acerca dos dados essenciais de determinado produto ou serviço.

A publicidade enganosa por ação, por seu turno, é aquela que veicula um dado total ou parcialmente falso sobre um produto ou serviço, de forma a induzir o consumidor a erro.

Vale salientar, entretanto, que a falsidade das informações veiculadas não é um elemento integrante do conceito de publicidade enganosa comissiva. Antônio Herman Benjamin dá ênfase a esse aspecto, ao dizer que “Não se confunda publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. O grande labirinto desta matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa nem sempre é evidentemente falsa”.²⁰⁹

Assim, a simples veiculação de inverdade não é suficiente para a caracterização da publicidade enganosa. É preciso que a informação inverídica seja, pelo seu conteúdo, pelo contexto em que se insere, ou pelo público que se dirige, capaz de enganar. Por isso, aliás, Sérgio Cavalieri Filho observa que a existência de um “toque de fantasia” nas peças publicitárias não implica em publicidade enganosa, se a todos for perceptível.²¹⁰

Essa é, de fato, uma válida ressalva, dada a necessidade de compatibilizar a livre criação publicitária e a defesa do direito à informação do consumidor. Eventual entendimento diverso poderia ser traduzido, até mesmo, como um óbice à liberdade de expressão publicitária, o que poderia resultar numa considerável diminuição do nível de repercussão da publicidade comercial.

Então, em suma, o elemento essencial para a caracterização da publicidade enganosa é capacidade de induzir em erro o consumidor, ainda que isso se manifeste apenas, em relação a uma categoria especialmente vulnerável – crianças, idosos, doentes, etc –.²¹¹

A fim de exemplificar esse entendimento, cita-se a Representação do CONAR nº 196/2010, instaurada mediante queixa dos consumidores. Nos termos da referida

²⁰⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Oferta e Publicidade. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 282.

²¹⁰ CAVALIERI FILHO. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145.

²¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Op. cit.*, 2014, p. 284.

representação, foi noticiada a ocorrência de publicidade enganosa destinada ao público infantojuvenil, em comercial das balas *Fini*, que continha a seguinte afirmação: “As balas *Fini* alimentam até o seu coração, *Fini* é saudável”. O Conselheiro Relator, ao julgar o caso, deu razão aos termos da denúncia, recomendando a alteração da mensagem publicitária, com a exclusão da frase que conduzia o público infantojuvenil à enganiosidade.²¹² Note-se que nessa situação específica, apesar de a capacidade de indução a erro se manifestar apenas em relação a uma categoria específica de consumidores – crianças e pré-adolescentes –, foi reconhecida a caracterização de publicidade enganosa.

Pontue-se, ademais, que a lei pune não somente a efetiva indução em erro, mas também a potencialidade, em abstrato, de a mensagem publicitária levar os seus destinatários ao engano (seja por omissão, seja por meio de uma conduta comissiva), sendo desnecessária a pesquisa de vontade – dolo ou culpa – do fornecedor. Exige-se o dolo, direto ou eventual, para a caracterização do crime de publicidade enganosa, mas não para a verificação dessa circunstância em seu âmbito civil em sentido amplo.²¹³

Portanto, é irrelevante a análise da boa ou má-fé do anunciante, bastando-se, para a caracterização da publicidade enganosa, apenas a potencialidade de induzir o consumidor em erro. Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, §1º, DO CDC.LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE.

(...) **5. A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor**, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão.

6. Em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.²¹⁴

²¹² CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária** Representação nº 196/2010, Rel. Conselheiro Márcio Delfim Leite Soares, julgado em setembro/2010. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/> >. Acesso em 14 out. 2016.

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. O Regime da Publicidade Enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Direito (nº 1)**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.113.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 445.854/MS, 1317338/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 01/04/2013. Disponível em:

Esse entendimento se explica porque se busca em primeiro plano, a proteção do consumidor, e não a repressão do comportamento enganoso do anunciante. Mesmo porque, a enganosidade é capaz de interferir na própria validade da futura relação de consumo. Uma vez que o consentimento do indivíduo informado é pressuposto de validade do negócio jurídico de consumo, procura-se, com a vedação legal, evitar a formação de um juízo de valor incorreto acerca de determinado produto ou serviço, assegurando-se a escolha do consumidor de modo consciente.²¹⁵

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas de que a publicidade enganosa é uma prática veementemente repugnada pelo Código de Defesa do Consumidor, podendo ensejar, nessa seara, a responsabilização civil e criminal (art. 67, CDC)²¹⁶, e ainda, a imposição de contrapropaganda (art. 60, CDC).²¹⁷

3.5.3.2. Publicidade abusiva

Assim como a publicidade enganosa, o legislador brasileiro optou por conceituar a publicidade abusiva no texto legal, especificamente, no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, nos termos seguintes:

É 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp+1317338&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 17 out.2016.

²¹⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 97.

²¹⁶ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

²¹⁷ Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

(*Ibidem*, *loc. cit.*).

Como se vê, o citado artigo de lei elenca uma série de modalidades de publicidade abusiva. Todas elas implicam, diretamente, numa ofensa a valores da sociedade, tais como: respeito à dignidade, segurança, saúde e sensibilidade do consumidor, à vulnerabilidade da criança, e ao meio ambiente.

Na mesma linha de intelecção, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no seu Capítulo 2, contempla uma série de valores sociais consagrados pela Constituição Federal. Assim, impõe que toda a atividade publicitária caracterize-se pelo respeito à dignidade da pessoa, humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades e à família (art. 19, CBARP). Também condena a publicidade discriminatória (art. 20, CBARP); que induza a atividades criminosas ou ilegais (art. 21, CBARP); que ofenda padrões de decência daqueles que pode atingir (art. 22, CBARP); que abuse a confiança do consumidor, explore sua falta de experiência ou de conhecimento e se beneficie da sua credulidade (art. 23, CBARP), ou ainda, que explore de medo, a superstição ou conduza à violência (arts. 24, 25 e 26, CBARP).²¹⁸

Infelizmente, não raras vezes, os anunciantes incorrem na violação desses valores sociais, quando no exercício da atividade publicitária.

A fim de explicitar essa problemática, cita-se, a título ilustrativo, a Representação nº 169/2012, que noticiou a ocorrência de publicidade abusiva em quatro anúncios do Parque da Xuxa, em razão da exibição de cenas de “crianças de pouca idade preparando-se para atitudes de extremo perigo em suas casas”. O Conselheiro Relator, no julgamento do caso, recomendou a sustação das mensagens publicitárias, sob o argumento de que “situações de risco mostradas para crianças constituem sempre um perigo”, tendo sido acompanhado de forma unânime pelo Conselho de Ética do CONAR.²¹⁹

O caso ilustrado, de fato, revela a caracterização de publicidade abusiva, por ter o público infantil sido induzido à adoção de um comportamento perigoso, violando-se, assim, os valores sociais da segurança e da vulnerabilidade da criança.

²¹⁸ CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 14 out. 2016.

²¹⁹ CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária** Representação nº 196/2012, Rel. Mário Oscar Chaves de Oliveira, julgado em setembro/2012. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 19 out. 2016.

Então, genericamente, é possível dizer publicidade abusiva não é, propriamente, uma infração às relações de consumo, mas sim uma forma de violação de valores morais socialmente disseminados.²²⁰

A publicidade abusiva trata-se, pois, de um conceito jurídico indeterminado, que demanda do aplicador do Direito uma análise casuística, voltada a identificar situações específicas que, mesmo não elencadas no rol do art. 37, §2º, do CDC, terminam por se revestir de um caráter de abusividade.

Lúcia Ancona Dias destaca que a apreensão da natureza abusiva da publicidade demanda uma interação maior e direta do intérprete com a peça publicitária, tendo em vista a necessidade de identificação dos valores sociais eventualmente transgredidos. Isso porque, em verdade, examina-se se a publicidade se apresenta de forma condizente com os valores eleitos pelo ordenamento jurídico brasileiro como informadores da sociedade. Reprime-se, assim, a publicidade que viola a moral, os bons costumes, os valores constitucionais e legais.²²¹

Frise-se, ademais, que a caracterização da natureza abusiva de um anúncio não prescinde a ocorrência de um dano real, uma ofensa concreta ao consumidor. Aliás, a abusividade deve ser avaliada à luz dos valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico, sempre tendo em vista a potencialidade de causar algum mal ou constrangimento ao público consumidor.²²²

É a partir daí que se extrai, portanto, o caráter difuso inerente à ofensa decorrente dessa espécie de publicidade ilícita, que induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar os danos pessoalmente sofridos.²²³

Finalmente, registra-se que, do mesmo modo que a publicidade enganosa, a publicidade abusiva é uma prática rechaçada pelo Código de Defesa do Consumidor, podendo ensejar, nessa seara, a caracterização de ilícito civil e criminal (art. 67, CDC)²²⁴, e ainda, a imposição de contrapropaganda (art. 60, CDC).²²⁵

²²⁰ NARCHI, Edney G. Da Publicidade e sua Disciplina no CDC. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 80.

²²¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163 *et seq.*

²²² NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p 572 *et seq.*

²²³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 265.

²²⁴ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

4. OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL NO BRASIL

O Brasil não possui uma legislação que dispõe de forma específica acerca dos limites da publicidade direcionada às crianças e pré-adolescentes. Por conta disso, torna-se necessário, de início, analisar o tratamento prioritário que o ordenamento jurídico conferiu aos infantes, para, após, examinar as disposições constantes no ECA e no CDC, que se relacionam, minimamente, à atividade publicitária direcionada ao público infantojuvenil.

4.1 TUTELA CONSTITUCIONAL E LEGAL DEFERIDA ÀS CRIANÇAS E PRÉ-ADOLESCENTES

A Constituição Federal de 1988 tratou com destaque, em seu Título VIII, Capítulo VII, da questão da proteção da criança e do adolescente, enunciando-a, em seu art. 227, como um dever da família, da sociedade e do Estado:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).²²⁶

Instituiu-se assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a diretriz da proteção integral à criança e ao adolescente, que se traduz na garantia de um atendimento diferenciado a demandas e direitos especiais e na atração dos preceitos jurídicos relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2016).

²²⁵ Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

(*Ibidem*, *loc. cit.*).

²²⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

Como características da doutrina da proteção integral, tem-se, pois, a consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direito em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como, o reconhecimento da titularidade de todos os direitos fundamentais assegurados aos adultos e de mais alguns direitos fundamentais especiais.²²⁷

Diante desse novo paradigma, a criança e o adolescente passaram a desfrutar do arcabouço de direitos fundamentais condensados no art. 5º da Magna Carta e de uma proteção especial garantida, solidariamente, pela família, sociedade e Estado.

Então, todos esses atores sociais ficaram encarregados de agir positiva e negativamente para garantir que as crianças e adolescentes possam se desenvolver de forma saudável e feliz. Existe, por um lado, a responsabilidade de atuar de forma efetiva para evitar prejuízos à infância e ao saudável desenvolvimento, e, de outro lado, a obrigação negativa de não praticar atos que possam lesionar a garantia da proteção integral.²²⁸

E, como não poderia deixar de ser, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)²²⁹ foi promulgado com o fim de implementar a proteção dos infantes estabelecida na Constituição Federal, dispondo expressamente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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.

Art. 6º 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 pessoas em desenvolvimento.

²²⁷ ALMEIDA, Tamara Amoroso Gonçalves Natália Ferreira de. Proteção Integral e o Dever de Cuidado na Proteção da Criança e do Adolescente em relação à Mídia. *In*: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: Ltr, 2010, p. 468.

²²⁸ HENRIQUES, Isabela; GONÇALVES, Tamara Amoroso. O Caso Brasileiro. *In*: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). **Publicidade de Alimentos e Crianças**: Regulação no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

²²⁹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm >. Acesso em 24 out.2016.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Como se vê, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prega como diretriz única e básica a doutrina da proteção integral, assegurando às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais da pessoa humana e os direitos subjetivos de desenvolvimento físico, mental moral, espiritual e social, em observância à condição peculiar de serem pessoas em desenvolvimento.

Assim, mais uma vez, é estabelecida uma primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Ou seja, o legislador constituinte, acompanhado pela legislação ordinária, pré-estabeleceu a preponderância dos interesses dos infantes sob qualquer esfera de interesses – judicial, extrajudicial, administrativa, social, familiar, etc –.²³⁰

Anote-se, ademais, que o legislador infraconstitucional também previu o direito ao respeito à criança e ao adolescente, consistente na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Logo, a simples condição de ser criança ou adolescente já garante a incidência, além de direitos fundamentais previstos a toda e qualquer pessoa, dos direitos especiais estipulados em favor, exclusivamente, desse grupo social.

Tem-se como razão justificadora de todo esse arcabouço de proteção instituído em favor das crianças e adolescentes, a existência de uma situação de desequilíbrio, causada pela vulnerabilidade desses sujeitos de direitos, em virtude da falta de maturidade física e intelectual. A vulnerabilidade é, portanto, uma condição intrínseca a esse grupo social.

Essa clarividente situação de vulnerabilidade, agrava-se, ainda mais, quando os infantes ocupam o papel de consumidores, quer em razão da prática de um efetivo

²³⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 22.

ato de consumo (consumidor - padrão) quer pela simples exposição às práticas comerciais dos fornecedores (consumidor por equiparação). Nessas circunstâncias, é possível dizer que as crianças e adolescentes assumem a condição de “hipervulneráveis”.

Explica Cláudia Lima Marques que a hipervulnerabilidade é “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor”.²³¹

Nessa linha de raciocínio, o Professor Bruno Miragem diz existir uma “vulnerabilidade agravada” das crianças e pré-adolescentes, considerando a facilidade de persuadi-los e a ausência de malícia para o controle dos aspectos práticos relativos a uma eventual contratação (como custos financeiros, riscos e benefícios do negócio).²³²

Interessante mencionar que a jurisprudência brasileira já vem aplicando essa noção de hipervulnerabilidade, principalmente em casos envolvendo idosos, portadores de necessidades especiais, crianças e adolescentes.

Inclusive, em sede de julgamento do Recurso Especial 931513/RS o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o conteúdo social da tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis, levando em consideração a existência de um “pacto coletivo de inclusão social imperativa”, fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.²³³

Isso significa admitir que, na verdade, a proteção dos hipervulneráveis reflete um interesse da própria sociedade, na medida em que traduz o cumprimento de uma série de preceitos valorativos abalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, o respeito à dignidade da pessoa humana e à igualdade, a tutela ao consumidor, dentre outros.

²³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.360.

²³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.513/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 27/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hipervulner%E1veis&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 25 out. 2016.

À luz desses consumidores hipervulneráveis, e, aqui, especialmente das crianças e pré-adolescentes, cumpre analisar as principais influências nocivas da atividade publicitária e discutir acerca da real tutela fornecida pelo sistema jurídico vigente.

4.2 A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO DO PÚBLICO INFANTOJUVENIL FRENTE À PUBLICIDADE

As crianças e pré-adolescentes, em razão da sua condição de hipervulnerabilidade, são mais suscetíveis de serem atingidos pelas técnicas persuasivas utilizadas pela comunicação publicitária.

Até os cinco anos de idade, as crianças sequer são capazes de identificar os anúncios comerciais como mensagens publicitárias. Essa habilidade surge, apenas, por volta dos oito anos de idade, e mesmo assim, não torna os infantes necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos, na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas permitem influenciar os seus comportamentos.²³⁴

Há, inclusive, pesquisa de campo realizada no Município de Blumenau - Santa Catarina, com três grupos de crianças de cinco anos de idade – dois de classe social alta e um de classe social baixa –, que confirma essa tese.

Nos termos do referido processo investigativo, as crianças assistiram a um vídeo de duração total de dezesseis minutos, que continha uma média de três minutos e trinta segundos de desenhos em blocos, separados por um minuto e trinta segundos de publicidade. Na conclusão final, dentre as diversas observações consignadas, foi destacado que o grupo social de classe mais baixa apresentava dificuldades em diferenciar a publicidade comercial da programação de desenhos. Também se salientou que algumas crianças, embora capazes de distinguir os anúncios publicitários da programação normal, nem sempre os identificava como mensagens publicitárias (com funções persuasivas, voltadas a estimular o consumo).²³⁵

²³⁴ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v. 2, n. 4, dez. 2012, p. 303.

²³⁵ LAURINDO, Roseméri; LEAL, Andressa. A Recepção da Publicidade na TV entre Crianças de Cinco Anos. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 5, n.13, jul. 2008, p.146 *et seq.*

Com base nisso, vê-se que as mensagens publicitárias tem uma grande facilidade de infiltração nas crianças de pouca faixa etária, sendo até mesmo despercebida a sua intenção comercial. As crianças de idade maior e os pré-adolescentes, por seu turno, embora sejam capazes de identificar o caráter comercial da publicidade, são, igualmente, bastante sensíveis aos apelos de *marketing*.

De um modo geral, é possível afirmar que a publicidade pode acarretar em consequências danosas para a saúde física, psíquica e moral dos infantes, sobretudo em razão do incitamento excessivo ao consumo de alimentos não saudáveis, do estímulo ao consumismo, da propagação de determinados valores e da indução precoce de comportamentos adultos, conforme se passa a analisar.

A última Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009, consolidada pelo IBGE e lançada oficialmente em 2010, demonstra números preocupantes do estado nutricional de crianças com idade entre cinco e nove anos. Os índices são maiores entre meninos, que contam com 34,8% de sobrepeso e 16,6% de obesidade, em contraposição às meninas, que apresentam 32% de sobrepeso e 11,8% de obesidade.²³⁶

Esses dados sinalizam, em verdade, um problema da saúde pública brasileira, ligado, intimamente, à exposição dos infantes à publicidade comercial de alimentos, como apontam uma série de estudos nessa área.

Paula Carolina Nascimento, em sua tese de doutorado²³⁷, voltada a debater influência da televisão nos hábitos alimentares de crianças e adolescentes, analisa a publicidade comercial de produtos alimentícios veiculada na programação aberta, alcançando os seguintes dados: a) 34,5% de todos os produtos divulgados são de alimentos ou bebidas alcoólicas; b) dentre os comerciais de alimentos, 57,8% são de gorduras, óleos e doces, 21,2% são de pães, cereais, arroz e massas; 11,7% são de leites, queijos e iogurtes. 9,3% são de carnes, ovos e leguminosas, e 0% são de frutas e vegetais.

²³⁶ IBGE. **Antropometria e estado nutricional de crianças, adolescentes e adultos no Brasil**. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/0000000108.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

²³⁷ NASCIMENTO, Paula Carolina Barboni Dantas. **A Influência da Televisão nos Hábitos Alimentares de Crianças e Adolescentes**. Tese. Orientador: Prof. Sebastião Dias de Sousa Almeida. Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-21092007-145239/pt-br.php>>. Acesso em: 26 out. 2016.

De forma complementar, uma pesquisa realizada pelo DataFolha, publicada em fevereiro de 2010, revelou que os produtos mais desejados pelo público infantojuvenil eram guloseimas de baixo valor nutricional, como chocolates, balas, salgadinhos, etc. Além disso, também atestou que 85% dos pais entrevistados acreditavam no poder de influência da publicidade nas escolhas de seus filhos.²³⁸

Então, há fortes indícios de que a publicidade televisiva influencia a conformação de preferências, os pedidos de compra e os modelos de consumo de alimentos eleitos pelos infantes. A exposição aos anúncios publicitários é, pois, associada a uma maior preferência por alimentos e bebidas com alto teor de gordura, sal e açúcar, porque induz à compra de determinadas marcas e categorias de produtos.²³⁹

A motivação para escolha desses produtos anunciados justifica-se, por exemplo, pela utilização de determinadas cores e imagens de alguns personagens de sucesso. Ou seja, o consumo desses alimentos anunciados é associado à diversão, aos personagens próprios do universo infantil, causando uma imediata empatia nos infantes.

É claro que a situação se torna ainda mais preocupante quando a publicidade de alimentos ou bebidas não saudáveis é acompanhada da oferta de brindes, já que, nessas circunstâncias, as crianças e pré-adolescentes sentem a necessidade de consumir o produto anunciado apenas para ganhar o brinquedo. Ainda mais porque, geralmente esses brindes formam uma coleção, o que induz a criança ao consumo frequente dos produtos com um intuito colecionador.

Aliás, essa é uma tendência que vem sendo adotada por marcas de diferentes ramos no mercado de consumo. Por exemplo, o protetor solar *Sun Kids* da marca *Nivea* oferta, como brinde, um boneco que fica vermelho quando é exposto ao sol e perde a vermelhidão com a aplicação do produto. Esse é, sem dúvidas, um louvável projeto educativo, capaz de ensinar às crianças a importância da utilização do protetor solar. No entanto, é evidente que a oferta do brinde, nesse caso, não tem caráter meramente educativo. Existe sim um intuito comercial de atrair a atenção dos

²³⁸ Consumismo na Infância. Pesquisa DataFolha, fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/137316452/Datafolha-Consumismo-Infantil>>. Acesso em: 27 out. 2016.

²³⁹ HAWKES, Corinna. Palavra da Especialista Internacional. In: HERIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). **Publicidade de Alimentos e Crianças: Regulação no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145 *et seq.*

infantes, para que eles possam influenciar na escolha de compra do filtro solar da família.²⁴⁰

De mais a mais, a publicidade também é responsável pela propagação de valores consumistas no universo infantojuvenil. Como já mencionado em outra oportunidade, as mensagens publicitárias terminam por assumir uma extensão imaginária, emprestando aos produtos ou serviços anunciados uma significação emocional.

As crianças e pré-adolescentes, especialmente vulneráveis a esse processo de significação, tendem a querer reproduzir as situações apresentadas, por meio da prática de atos de consumo.

O conteúdo comunicação publicitária institui, assim, uma ligação emocional entre os infantes e aquilo que é anunciado, de maneira que, a publicidade inaugura um cíclico processo de despertar desejos e induzir à aquisição novos produtos ou serviços para saciá-los.

Além disso, a publicidade também é responsável por fazer a mediação entre o consumo e a inserção das crianças e pré-adolescentes em grupos. Vale dizer, o anúncio publicitário tem aptidão de despertar nos infantes, a ideia de que a aquisição de determinado produto ou marca gera uma identidade com um grupo social.

Não raras vezes, inclusive, os pedidos de compra dos menores estão associados ao desejo de possuir os mesmos bens que outras pessoas do mesmo grupo social possuem. Por trás disso, há, por um lado, um intuito de inclusão social e de construção de relações afetivas, e por outro, uma vontade de “não ser diferente” dos demais.

Essa íntima relação entre a exposição a certos anúncios publicitários e os pedidos de compra aos pais, é capaz também de gerar alguns conflitos familiares. Isso porque, a publicidade incita os infantes a suplicarem pelos produtos, colocando os pais numa situação delicada de ter que lhes negar determinados pedidos de compra.

²⁴⁰ G1. Veja lista de campanhas brasileiras premiadas em Cannes Lions 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/06/veja-lista-de-campanhas-brasileiras-premiadas-em-cannes-lions-2016.html>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Nessa linha de raciocínio, destacam-se as seguintes conclusões exaradas no Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu acerca da publicidade destinada a jovens e crianças:

4.6 No que se refere em especial ao incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre endividamento, alguma comunicação comercial dirigida a crianças pode estimular hábitos de consumo pautados pelo excesso, criando desejos artificiais que não correspondem a necessidades reais e forjando um conceito falso de “felicidade”. Estatísticas demonstram que 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos só porque os seus amigos têm, ou seja, o consumo acaba por ser fator de inclusão social.

4.7 Há uma relação causal entre a exposição a certos anúncios e os pedidos de compras aos pais. Os conflitos familiares, relacionados com a exposição à publicidade e pedidos de aquisição, surgem em todas as famílias mas sobretudo nas de estatuto socioeconômico mais baixo, cujas crianças passam mais tempo frente à televisão. Por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo, as famílias de baixos recursos acabam assim por ser mais penalizadas pela publicidade.

4.8 O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão de grande número de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não têm acesso. Uma dessas situações é o <<*bullying de marca*>> em ambiente escolar que afeta severamente crianças que não usam essas marcas, podendo gerar comportamentos desviantes ou situações de grande infelicidade pessoal empurrando-as por vezes por vezes para contextos de exclusão, violência e sofrimento que podem estar na origem da entrada na criminalidade, pela via do furto ou do roubo.²⁴¹

De fato, o bombardeio constante de anúncios publicitários tem propensão de criar, nas crianças e pré-adolescentes, uma compulsão consumista, que associa o ato de compra à ideia de felicidade e inclusão em grupos sociais.

Também é importante frisar que as mensagens comerciais dirigidas aos infantes tem aptidão de disseminar determinados valores defasados, infelizmente sedimentados na sociedade.

Por exemplo, é possível constatar uma grande diferença nos anúncios publicitários que se dirigem aos meninos e às meninas, o que reflete uma assimetria existente na sociedade entre homens e mulheres e contribui para reforçar esse tipo de estruturação social.

²⁴¹ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v. 2, n. 4, dez. 2012, p. 304 *et seq.*

Enquanto as peças publicitárias direcionadas para as crianças e pré-adolescentes do sexo masculino abordam a violência e a agressividade como elementos para a identificação de padrões de masculinidade, aquelas dirigidas às meninas exploram a construção de uma imagem de feminilidade, “baseada na delicadeza feminina, suposto maior interesse por questões ligadas à moda, aparência e beleza e na passividade.” Vale dizer, ao passo em que os meninos e homens são mostrados pela publicidade em posições ativas, as meninas e mulheres frequentemente são expostas com um comportamento passivo.²⁴²

A partir disso, é instituído um verdadeiro padrão de gênero, aplicável, inclusive às brincadeiras das quais participam as crianças e os pré-adolescentes. Não é por acaso, e nem é exagero dizer, que na atual estrutura social, dificilmente, os pais de uma criança do sexo masculino permitiriam que brincasse com uma boneca. Da mesma forma, os pais de uma menina tendem a desestimular determinadas brincadeiras típicas do universo masculino, como por exemplo, jogar bola.

Além do reforço a esse tipo de distinção social, muitas vezes os anúncios publicitários disseminam um determinado padrão de beleza, que acaba se tornando um referencial para as crianças e pré-adolescentes, sobretudo do sexo feminino. Diga-se, inclusive, que a publicidade comercial da própria indústria de brinquedos também é responsável pela reprodução desse paradigma. As bonecas da *Barbie*, por exemplo, são apresentadas, em sua grande maioria, como altas, magras, brancas e loiras.

A consequência da apresentação desses padrões estereotipados, especialmente da beleza feminina, é uma excessiva preocupação com a aparência física, com aptidão de desencadear, nos infantes, determinados transtornos psicológicos e, ainda, distúrbios alimentares como anorexia e bulimia.²⁴³

Outra influência preocupante da publicidade é a indução precoce a comportamentos adultos. Isso ocorre, por exemplo, quando as crianças ou pré-adolescentes são

²⁴² ALMEIDA, Tamara Amoroso Gonçalves Natália Ferreira de. Proteção Integral e o Dever de Cuidado na Proteção da Criança e do Adolescente em relação à Mídia. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: Ltr, 2010, p. 464.

²⁴³ *Ibidem*, p. 465.

apresentados trajando roupas curtas, usando sapatos de salto alto, com maquiagens marcantes, ou fazendo poses pretensamente sensuais.²⁴⁴

A professora Susan Linn pondera que a indústria de *marketing* explora a tendência natural da criança de querer e admirar crianças mais velhas. Como resultado desse processo, sintetiza que:

As crianças estão caindo nas “armadilhas” da maturidade e usando roupas, ouvindo músicas e adotando uma linguagem como se fossem mais velhas do que de fato são. Mas não existem evidências que indiquem que o desenvolvimento emocional e social dessas crianças caminha no mesmo ritmo.²⁴⁵

Realmente, os infantes tendem a ser influenciados por essa estratégia publicitária, aderindo a determinados comportamentos típicos de pessoas mais velhas. Explica-se esse fenômeno, porque a oferta de produtos, serviços ou ideias de forma incompatível com a faixa etária do público infantojuvenil, termina por impulsionar o adiantamento das etapas relativas à fase de desenvolvimento.

A grande problemática que envolve essa questão é o adiantamento da fase adulta e a conseqüente desvalorização da infância. Em outras palavras, “ao induzir as crianças a desejarem o que não sabe se desejariam e a adotarem valores distorcidos e artificiais, a publicidade atropela a infância, contribuindo para mudanças no curso natural do desenvolvimento infantil.”²⁴⁶

Para Ana Lucia Villela, a conseqüência para o menor que pula etapas da infância é a de que “não consegue ser um ser humano completo. Não brincar o quanto deveria brincar, não vivenciar o que deveria vivenciar dificulta o desenvolvimento das capacidades de um adulto saudável”.²⁴⁷

Logo, as evidências demonstram ser necessário preservar a infância e a idade de brincar, em respeito às etapas naturais das fases do desenvolvimento humano.

²⁴⁴ D'AQUINO, Lúcia Souza. A Publicidade Abusiva Dirigida ao Público Infantil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.106 jul./ago. 2016, p. 106.

²⁴⁵ LINN, Susan. Arte, Religião e Descobertas Científicas são Todas Enraizadas na Nossa Capacidade de Brincar. **Criança e Consumo Entrevistas: A importância do brincar**. São Paulo, Instituto Alana, 2010, p. 38.

²⁴⁶ INSTITUTO ALANA. **Por que a Publicidade faz mal para Crianças**. São Paulo: Instituto Alana, 2009, p. 29.

²⁴⁷ VILLELA, Ana Lucia. O Apelo Emocional do Consumo Atinge Todo Mundo. **Criança e Consumo Entrevistas: A importância do brincar**. São Paulo, Instituto Alana, 2010, p. 15.

Diante de todas essas considerações, torna-se crucial concluir pela potencialidade de a publicidade causar consequências desastrosas às crianças e pré-adolescentes, motivo pelo qual se reconhece a necessidade de uma efetiva limitação legal para o exercício dessa atividade.

4.3 LIMITES LEGAIS DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL

Como visto, o exercício da publicidade encontra legitimação na ordem constitucional, na medida em que se fundamenta nos princípios da liberdade de expressão, livre concorrência e livre iniciativa. Apesar disso, é evidente que o exercício da atividade publicitária é passível de restrições, dada a necessidade de se conformar com as demais regras e princípios abalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em matéria de publicidade infantojuvenil, as limitações legais – presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor – encontram respaldo no princípio da proteção integral e no princípio da defesa do consumidor.

Pois bem, o ECA não aborda a questão específica da publicidade dirigida às crianças e pré-adolescentes, embora estabeleça algumas regras gerais de proteção perante à mídia. Essas encontram assento nos arts. 71, 75, 76 e 79²⁴⁸ que garantem aos infantes o pleno acesso à informação, à cultura, ao lazer e a outros produtos e serviços que sejam compatíveis com a sua idade e condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento. Especialmente, o art. 76 do Estatuto prevê a exibição de programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, nos horários recomendados para o público infantojuvenil. O art. 79, por seu turno, determina que as revistas e publicações direcionadas a esse segmento não contenham ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições.

²⁴⁸ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm >. Acesso em 30 out. 2016.

Aliás, vale dizer que a publicidade comercial de produtos fumíferos é absolutamente proibida na programação audiovisual, nos termos do art. 3º, da Lei 9.294/1996²⁴⁹. A publicidade de bebidas alcoólicas, de sua vez, é, em geral, permitida, desde que no horário compreendido entre as 21h e 06h. Essa restrição de horário, de certa maneira, obedece às disposições constantes na Portaria nº 1.220/2007 do Ministério da Justiça²⁵⁰, nos termos da qual a programação não recomendada para menores de catorze anos é inadequada de ser exibida antes das 21 horas.

Quanto à tutela específica do Código de Defesa do Consumidor, além dos princípios norteadores da comunicação publicitária, se estabeleceu, no art. 37, §2º, o caráter abusivo da publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.²⁵¹ O enunciado do dispositivo é bastante sucinto e não especifica, com exatidão, de que forma a publicidade se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança para fins de caracterização de prática abusiva.

Em razão da amplitude dessa norma, outorga-se ao aplicador do Direito a possibilidade de avaliar e definir as situações em que as mensagens publicitárias dirigidas aos infantes, de fato são abusivas, por se aproveitarem da sua condição de

²⁴⁹ Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo. (BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em 30 out. 2016).

²⁵⁰ Art. 19. A vinculação entre categorias de classificação e faixas horárias de exibição, estabelecida por força da Lei nº 8.069, de 1990, dar-se-á nos termos seguintes:

I – obra audiovisual classificada de acordo com os incisos I e II do artigo 17: exibição em qualquer horário;

II – obra audiovisual classificada como não recomendada para menores de 12 (doze) anos: inadequada para exibição antes das 20 (vinte) horas;

III – obra audiovisual classificada como não recomendada para menores de 14 (catorze) anos: inadequada para exibição antes das 21 (vinte e uma) horas;

IV – obras audiovisual classificada como não recomendada para menores de 16 (dezesesseis) anos: inadequada para exibição antes das 22 (vinte e duas) horas; e

V – obras audiovisual classificada como não recomendada para menores de 18 (dezoito) anos: inadequada para exibição antes das 23 (vinte e três) horas.

Parágrafo único. A vinculação entre categorias de classificação e faixas horárias de exibição implica a observância dos diferentes fusos horários vigentes no país.

(BRASIL. **Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007, do Ministério da Justiça**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/comunicacao/classificacao-indicativa/portaria_MinJustica_1220.2007>. Acesso em 30 out. 2016).

²⁵¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

vulnerabilidade.²⁵² Na verdade, delega-se ao juiz a função de instituir os verdadeiros limites da publicidade infantojuvenil, o que, por certo, causa uma grande insegurança jurídica.

Nesse ponto, as normas do Código de Autorregulamentação Publicitária ganham uma grande importância, na medida em que atuam como uma fonte subsidiária para a aplicação da norma do art. 37, §2º do CDC, auxiliando a identificação das hipóteses em que há abuso na mensagem publicitária.

Assim, por exemplo, a Seção 11 do CBARB ²⁵³ – dedicada exclusivamente às crianças e aos adolescentes –, dispõe, em seu art. 37, *caput*, que a publicidade não deve conter apelo imperativo de consumo direcionado diretamente a crianças e adolescentes.²⁵⁴ Também adverte, no inciso I, alíneas *e* e *f*, que a publicidade não deve causar constrangimento aos pais e a terceiros com o propósito de pressionar a prática do consumo, e nem tampouco, empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar o apelo direto, recomendação, ou sugestões de uso e consumo.²⁵⁵

O mesmo dispositivo destaca nas alíneas *b* e *d*, do inciso I, que a mensagem publicitária não deve provocar sentimentos de superioridade em razão do consumo de certo produto, de inferioridade em razão da sua ausência, ou mesmo, despertar sentimentos de discriminação. Igualmente, determina que a publicidade dirigida aos infantes também deve se abster de estimular comportamentos socialmente

²⁵² DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Hipervulneráveis: Limitar, proibir ou regular?. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 99, mai./jun. 2015, p. 292.

²⁵³ CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 31 out. 2016.

²⁵⁴ Como exemplo de apelo imperativo ao consumo, é possível citar a Representação do CONAR nº 244/2012, nos termos da qual o Conselheiro Relator decidiu pela modificação das seguintes mensagens constantes em anúncio de revista e filme para TV da Cacau Show: “ Pelúcias com sons de bicho para você colecionar e brincar...” e “ a cada R\$ 20 em compras, com mais R\$ 14,90 você leva...”.

(CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária**. Representação nº 244/2012, Rel. Conselheiro (a) Maria Eliete de Moraes, julgado em fevereiro/2012. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 31 out. 2016).

²⁵⁵ Exemplificativamente, é possível mencionar a Representação do CONAR nº 249/09, onde os Conselheiros da Sétima Câmara acordaram, por unanimidade, em alterar o comercial da Magazine Luiza, que se utilizou de modelos infantis que vocalizaram apelo imperativo de visita à loja, por meio da expressão “vem, vem ser feliz”.

(*Idem*. Representação nº 249/2009, Rel. Conselheiro (a) Ricardo Amaral da Silveira, julgado em novembro/2009. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 31 out. 2016).

reprováveis para a obtenção do produto anunciado, nos termos do art. 37, II, e, do CBARP.

Além disso, estabelece que nos programas dirigidos especificamente para o público infantil, a publicidade de produtos ou serviços destinada exclusivamente a esse seguimento, deve ser veiculada, estritamente, nos intervalos comerciais (art. 37, IV, CBARP), vedando a prática do *merchandising*. No mais, condena ainda a publicidade que se vale da imagem de crianças ou de elementos típicos do universo infantil, com a finalidade de captar a atenção desse público específico (art. 37, III, CBARP).

Especificamente sobre a publicidade de alimentos, o anexo H do código ético determina que: a) o uso de personagens ou apresentadores seja feito apenas em intervalos comerciais (1, k); b) não haja a utilização de crianças excessivamente gordas ou magras em suas publicidades (1, l); e c) não haja o estímulo imperativo de compra ou consumo (2).

Então, realmente, o Código de Autorregulamentação Publicitária contempla uma descrição mais detalhada acerca das situações que podem caracterizar o caráter abusivo da publicidade direcionada às crianças e pré-adolescentes.

Diga-se, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor também prevê, em seu art. 39, como prática abusiva, a conduta do fornecedor de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Esse comando normativo, semelhante à disposição constante no art. 37, §2º, reitera a tutela dos infantes frente à publicidade comercial que se aproveite da sua condição de vulnerabilidade.

E, nesse ponto, é válido mencionar que a dificuldade da criança em captar e processar as sutilezas presentes nas mensagens publicitárias a elas direcionadas não torna a publicidade abusiva, e, portanto, ilegal. Se assim o fosse, de um modo geral, a publicidade praticamente teria de ser banida de todos os meios audiovisuais, passando a ser veiculada em horários bastante restritos. Isso porque, todos os dias as crianças são expostas a diversos anúncios publicitários (que não necessariamente se direcionam a elas), e por vezes, não conseguem identificar o caráter comercial da publicidade.

Essa solução não parece viável, mesmo porque, seria uma medida um tanto quanto drástica, capaz de repercutir de forma sensível na manutenção dos meios de comunicação do país, e na venda de produtos e serviços pelos agentes econômicos.

Além disso, não é demais lembrar que a proibição de toda e qualquer publicidade infantil significa, de certo modo, retirar o papel da educação dos pais e da escola na formação da criança e na imposição de limites, para atribuí-lo, integralmente, ao Estado. Sob essa ótica, seria imposta a total substituição do Estado ao próprio pátrio poder em matéria de ações de *marketing* infantil.²⁵⁶

A interpretação mais razoável, então, é aquela que entende que nem toda publicidade dirigida ao público infantil é ilegal, porque abusiva. A atividade publicitária direcionada às crianças e pré-adolescentes é sim lícita, devendo observar, é claro, os limites impostos pela lei.

As restrições legais constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente são bastante claras e impõem uma proibição total de anúncios publicitários de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, nas publicações direcionadas especialmente ao público infantojuvenil.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, elenca os princípios que devem ser observados por toda e qualquer atividade publicitária (princípios da veracidade, identificação e vinculação), e veda, de forma genérica, a publicidade que se aproveita da falta de maturidade dos infantes.

A proibição legal, mediante o reconhecimento da natureza abusiva da publicidade, se dá, apenas, em relação às situações que há um aproveitamento da deficiência de julgamento do público infantojuvenil. Abusiva, e, portanto, proibida é a mensagem publicitária que explora essa dificuldade de compreensão das crianças e pré-adolescentes.

A grande problemática é a apreciação dessas situações que podem ser caracterizadas como abusivas em matéria de publicidade direcionada às crianças e pré-adolescentes. Existe, em verdade, uma dificuldade de aplicação do arsenal normativo já existente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a

²⁵⁶ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Hipervulneráveis: Limitar, proibir ou regular?. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 99, mai./jun. 2015, p. 302.

identificação do caráter abusivo da publicidade, nessas circunstâncias, exige do aplicador do Direito um esforço interpretativo.

Nesse ponto, vale mencionar que as normas do Código de Autorregulamentação Publicitária, de fato, podem auxiliar no processo de adensamento das hipóteses de publicidade abusiva. Mas o ideal é que a noção do que se configura como aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência dos infantes seja construída com base em critérios objetivos e materialmente demonstráveis.²⁵⁷

Justamente com base nesse cenário, que se deve tomar como parâmetro a Resolução nº 163 do Conanda, que estabelece critérios determinados para a identificação da publicidade abusiva direcionada às crianças e pré-adolescentes.

4.4 A RESOLUÇÃO Nº 163 DO CONANDA

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) é um órgão do Poder Executivo, com competência normativa, vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, por força do art. 88, II, do ECA.²⁵⁸ Criado pela Lei nº 8.242/1991²⁵⁹, o Conanda teve a sua competência fixada no art. 2º desse mesmo diploma legal, que assim dispôs:

Art. 2º Compete ao Conanda:

I - 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 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

²⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios e interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, set./out. 2014, p. 477.

²⁵⁸ Art. 88. São diretrizes da política de 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;

(...)

(BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm >. Acesso em 02 nov. 2016).

²⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm >. Acesso em 02 nov. 2016

III - 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 na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990;

IV - avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;

V - (Vetado)

VI - (Vetado)

VII - acompanhar o reordenamento institucional propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente;

VIII - 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 dos mesmos;

IX - 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;

X - gerir o fundo de que trata o art. 6º da lei e fixar os critérios para sua utilização, nos termos do art. 260 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

XI - elaborar o seu regimento interno, aprovando-o pelo voto de, no mínimo, dois terços de seus membros, nele definindo a forma de indicação do seu Presidente.

Pelo cotejo dessas disposições legais é de se concluir que uma das formas de promoção dos direitos da criança e do adolescente, enunciados na Constituição Federal e no ECA, é através da edição de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, cuja competência pertence ao Conanda.

Nesse ponto, vale frisar que em razão da sua natureza de órgão do Poder Executivo, o Conanda não legitimidade para expedir normas que se equiparam à lei. Na verdade, por meio da edição de resoluções, exerce uma função assemelhada às agências reguladoras no que concerne à sua área de atuação: a de conceituar, interpretar e explicitar os conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei sobre a publicidade dirigida aos infantes.²⁶⁰

Pois bem, no exercício da sua competência, o Conanda editou a Resolução nº 163/2014²⁶¹, a fim de regulamentar a publicidade abusiva e as modalidades de práticas abusivas, previstas, respectivamente, nos arts. 37, §2º e 39, IV, do CDC²⁶², em vista da proteção da criança e do adolescente.

²⁶⁰ PASQUALLOTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A Comédia da Publicidade: Entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, nov./dez. 2014, p. 91.

²⁶¹ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 163 do CONANDA**. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁶² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Então, a dita norma regulamentar dispõe acerca da abusividade da publicidade e da comunicação mercadológica direcionada à criança e ao adolescente. Para tanto, define, em seu art.1^{o263}, a comunicação mercadológica como toda e qualquer atividade de comunicação comercial voltada para a divulgação de produtos, serviços marcas e empresas, independentemente do suporte, da mídia, ou do meio utilizado. Menciona, a título exemplificativo, anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio, *banners*, páginas da internet, embalagens, promoções, *merchandising*, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

O art. 2º da Resolução nº 163 do Conanda²⁶⁴, por seu turno, estabelece as hipóteses em que a comunicação mercadológica e a publicidade direcionada às crianças são consideradas como abusivas:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, 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;

VI - 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 infantil.

Como se vê, a norma regulamentar reúne dois elementos para a caracterização da abusividade: primeiro, o direcionamento da publicidade e da comunicação mercadológica à criança, com intenção de persuadi-la para o consumo de um produto ou serviço; segundo, a utilização, dentre outras, de uma das estratégias enumeradas.

Logo, a priori, não há uma proibição total da publicidade direcionada às crianças. É proibida, apenas, a junção dos seguintes elementos: o direcionamento da publicidade para a criança com o propósito de convencê-la ao consumo e o emprego

²⁶³ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 163 do CONANDA**. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

de uma das técnicas elencadas no dispositivo, ou, de outras. A norma regulamentar elege, pois, esses dois critérios complementares para delimitar o alcance da publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência da criança.²⁶⁵

O art. 3º da Resolução nº 163 do Conanda²⁶⁶, de sua vez, enuncia os princípios gerais que devem ser aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente:

Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;

II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;

III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;

IV - 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;

V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;

VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.

VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e

IX - 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;

Da exegese da norma em questão percebe-se a reunião de princípios presentes tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que devem ser observados pela comunicação mercadológica ou publicidade dirigida aos adolescentes.

²⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios e interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, set./out. 2014, p. 483.

²⁶⁶ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 163 do CONANDA**. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Ao que se vê, a Resolução nº 163 do Conanda faz questão de diferenciar o tratamento conferido à criança e ao adolescente. A publicidade infantil é regida de uma forma mais específica, com a previsão de restrições pontuais. Por seu turno, a publicidade direcionada aos adolescentes é orientada com base em um arcabouço principiológico, que não limita, especificamente, a utilização de recursos técnicos de persuasão.

Em comparação com as normas do Código de Autorregulamentação Publicitária, é possível reconhecer uma grande semelhança, entre os dois regulamentos, do tratamento conferido à publicidade direcionada às crianças e adolescentes.

A tal conclusão se chega, em primeiro lugar, porque a Resolução nº 163 do Conanda considera abusiva a utilização de linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores, trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de crianças, desenho animados, figuras típicas do universo infantil e outros recursos similares. Da mesma forma o CBARP, em termos genéricos, condena “a 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”.²⁶⁷ Então, em essência, ambas as normas concretizam o conceito de publicidade abusiva direcionada à criança, positivado Código de Defesa do Consumidor: publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência.

Sobre a publicidade dirigida aos adolescentes, mais uma vez, a Resolução nº 163 do Conanda e o CBARP avizinham-se, elencando uma série de princípios e diretrizes gerais que devem ser observados pela publicidade, os quais refletem conceitos, de certo modo, imprecisos, frente à prática social e publicitária.

Apesar dessas considerações, Adalberto Pasqualotto e Mariana Azambuja destacam que não existem expectativas favoráveis para um consenso entre o Conar e o

²⁶⁷ 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.

(CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária.** Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 02 nov. 2016).

Conanda. Isso porque, cada entidade visa proteger um interesse distinto. O Conar, entidade ligada ao setor publicitário, faz apologia a uma maior liberdade de expressão no exercício da atividade publicitária. O Conanda, por outro lado, busca concretizar a garantia da proteção integral, dispondo de forma detalhada acerca dos limites da abusividade da publicidade direcionada às crianças.²⁶⁸

Todavia, ainda que se conclua pela impossibilidade de um diálogo entre essas duas entidades, o fato é que a Resolução nº 163 do Conanda fixou, de forma bastante satisfatória, critérios consistentes para a definição da publicidade abusiva direcionada a crianças e adolescentes. E esse é, por si só, um passo importante para o afastamento de abusos frequentemente cometidos no mercado, e para a elaboração de uma legislação especial mais protetiva, capaz de tutelar a vulnerabilidade agravada das crianças e adolescentes sujeitos à publicidade comercial.

4.5 NOVAS VERTENTES

O Brasil, por meio da edição do Projeto de Lei nº 5.921/2001 e da atuação jurisprudencial, caminha num sentido voltado a maior proteção da criança e do adolescente consumidores, sobretudo no que tange à publicidade de alimentos não saudáveis.

4.5.1 O projeto de lei nº 5.291/01

O Projeto de Lei nº 5.921/2001, de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly - PMDB, se propôs, inicialmente, a proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis (assim considerados aqueles destinados apenas à criança). Ou seja, toda e qualquer publicidade de produtos direcionada às crianças seria vedada. Para tanto, sugeriu o autor o acréscimo de um parágrafo no art. 37, da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).²⁶⁹

²⁶⁸ PASQUALLOTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A Comédia da Publicidade: Entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, nov./dez. 2014, p. 103.

²⁶⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.921/2001– Deputado Luiz Carlos Hauly (PMDB-PR)**. Disponível em:

Desde então, o projeto seguiu em tramitação na Câmara Federal. Dois textos substitutivos já foram aprovados – o primeiro na Comissão de Defesa do Consumidor, em 2008; o segundo na Comissão de Desenvolvimento Econômico Indústria e Comércio, em 2009 e na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, em 2013 –.

O primeiro texto substitutivo aprovado foi apresentado pela Deputada Maria do Carmo Lara - PT.²⁷⁰ Através dele, foi ampliado significativamente o âmbito de aplicação da norma, que passou, agora, a incidir também sobre a comunicação mercadológica e a publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes. Além disso, foi conferido um tratamento mais rigoroso à matéria: proibiu-se qualquer tipo de publicidade ou comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia (art. 3º, *caput*).²⁷¹ Também foi vedada a participação de crianças em qualquer tipo de publicidade ou comunicação mercadológica (art. 3º, §4º). Proibiu-se, ademais, a veiculação de publicidade ou comunicação mercadológica na televisão, na internet, ou no rádio, quinze minutos antes, quinze minutos depois, e durante a veiculação de programação infantil (art. 3º, §3º).

Sobre a publicidade dirigida aos adolescentes, o substitutivo em questão elencou princípios gerais (art. 4º)²⁷², já previstos no Código Brasileiro de

<<http://imagem.camara.gov.br/MostrIntegralimagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5921&intAnoProp=2001&intParteProp=1> >. Acesso em: 09 nov. 2016.

²⁷⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001– Deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=571215&filename=SBT+2+CDC+%3D%3E+PL+5921/2001 >. Acesso em: 09 nov. 2016.

²⁷¹ Art. 3º Fica proibido qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto. (*Ibidem, loc. cit.*)

²⁷² Art. 4º São princípios gerais a serem seguidos por qualquer publicidade ou comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

- I - respeitar à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar;
- II – garantir atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente;
- III – respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos adolescentes;
- IV - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável;
- V - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;

Autorregulamentação Publicitária e na Resolução nº 163 do Conanda, e, ainda vedou algumas práticas, como por exemplo, o *merchandising* em programa de entretenimento dirigido ao adolescente (art. 5º, I), e o uso de expressões como “somente” ou “apenas” junto ao preço ofertado do produto ou serviço (art. 5º, VII).

Sem dúvidas, essa é uma proposta de legislação que restringe consideravelmente o exercício da atividade publicitária, já que veda completamente a comunicação mercadológica e publicidade direcionada ao público infantil, ou que se vale da participação de crianças. E, como bem pontuado em outra oportunidade, o que se entende é que a proibição total da publicidade infantil é uma medida drástica, que até tem pontos positivos, mas é incapaz de impedir que as crianças sejam atingidas pelos estímulos publicitários gerais, disseminados no âmbito de toda a sociedade de consumo.

A publicidade direcionada aos adolescentes, por seu turno, foi tratada de forma satisfatória pela dita proposta de lei, que inovou ao mencionar, especificamente, algumas práticas abusivas, até então não abordadas pela Resolução nº 163 do Conanda e pelo CBarP.

O segundo substitutivo foi apresentado pelo Deputado Osório Adriano – DEM²⁷³. No seu voto, o relator sustentou que o excesso de regulamentação e fiscalização por parte do Estado “inibe a competição e, por consequência, deprime a criatividade”, podendo conduzir a “regimes autoritários, com desincentivo à criatividade, abolição da meritocracia, desorganização da atividade econômica, mercado negro,

VI - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;

VII - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade.

VIII – não explorar a crença, o medo e a superstição;

IX – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

X – não induzir a qualquer forma de degradação do meio ambiente;

XI – 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;

(CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001– Deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG).** Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=571215&filename=SBT+2+CDC+%3D%3E+PL+5921/2001 >. Acesso em: 09 nov. 2016).

²⁷³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – Deputado Osório Adriano (DEM-DF).** Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=693403&filename=SBT+2+CDEICS+%3D%3E+PL+5921/2001 >. Acesso em: 09 nov. 2016.

marginalização e informalidade da maioria e privilégios especiais para pequenos grupos”.²⁷⁴

Prosseguiu afirmando que a técnica publicitária é capaz de aumentar o nível de informação do consumidor, auxiliando na escolha das várias alternativas colocadas à sua disposição pelo mercado. Arrematou dizendo que a publicidade “é, portanto, atividade virtuosa, e não viciosa. Submete-se, todavia, como qualquer outra ação humana em ambiente democrático, ao binômio “liberdade/responsabilidade”.²⁷⁵

Com base nesses argumentos, o relator teceu uma crítica à proposição original do Deputado Luiz Carlos Hauly, sugerindo o acréscimo de um segundo parágrafo no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, nos termos seguintes:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, em qualquer meio, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, desrespeite valores ambientais, que estimule o consumo excessivo, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.²⁷⁶

Praticamente, o texto legal citado repete as disposições já existentes no art. 37 do CDC, acrescentando, apenas, o caráter abusivo da publicidade capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, e ao consumo excessivo.

Após seguir para a Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, o substitutivo em questão foi aprovado com emenda nº 01/2011, que também tratou como publicidade abusiva a que “contenha informação de texto ou apresentação sonora ou visual que, direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o consumidor a engano quanto ao produto ou serviço anunciado”.²⁷⁷

²⁷⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Parecer do Relator, pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, com substitutivo – Deputado Osório Adriano (DEM-DF)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=621561&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

²⁷⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁶ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁷ *Idem. Emenda ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – Deputado Mendes Ribeiro Filho (PMDB-RS)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=851927&filename=EMC+1/2011+CCTCI+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Mesmo diante dessa emenda, o fato é que, o segundo substitutivo ao projeto de lei apresenta uma redação por demais genérica. Vale dizer, a redação proposta faz menção a regras gerais, deixando de determinar, de forma específica, o que é proibido e permitido na publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes.

É importante pontuar que no âmbito da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática – onde foi aprovado o segundo substitutivo com a emenda nº 01/2011 –, o Deputado Salvador Zimbaldi - PROS apresentou um substitutivo (não aprovado) que dispôs de forma específica sobre a publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes.²⁷⁸

Definiu, no art. 3º, as modalidades de publicidade de produtos, serviços ou práticas nocivas à saúde física e mental das crianças e adolescentes, como por exemplo, as de tabaco, bebidas alcoólicas (inciso I), serviços financeiros (inciso IV), alimentos e bebidas com baixo valor nutricional (inciso VIII), dentre outros. Mais adiante, estabeleceu, em seu art. 5º, que os anúncios publicitários dessa natureza não devem conter elementos típicos da publicidade comercial destinada às crianças e a adolescentes, nem ser veiculados em meios midiáticos direcionados a esse público (art. 5º, I e II).

Aliás, essa pareceu ser uma forma de regulamentação mais interessante do que àquela proposta pela Deputada Maria do Carmo Lara-PT, na medida em que, não proibiu, por completo, a participação de crianças em qualquer tipo de publicidade.

Além disso, o substitutivo não aprovado tratou de forma conjunta da publicidade direcionada às crianças e adolescentes, elencando, no art. 4º, possíveis elementos caracterizadores da abusividade:

Art. 4º Considera -se, para os fins desta lei, abusiva a publicidade dirigida a crianças e adolescentes que contenha ao menos um dos seguintes elementos:

I – anúncio de produto, prática ou serviço sabidamente destinado ao consumo por crianças ou adolescentes, ou que tenha algum desses grupos como seu maior público consumidor;

II – linguagem infantil;

III – personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados a crianças e adolescentes;

²⁷⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – Deputado Salvador Zimbaldi (PROS-SP)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1136027&filename=SBT+4+CCTCI+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

- IV – desenho animado ou de animação;
- V – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis com apelo ao público infantil;
- VI – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil;
- VII – trilhas sonoras compostas por música infantil ou cantada por vozes de crianças;
- VIII – utilização de personagem, real ou animado, reconhecível como criança.

Mencionou, ademais, uma série de requisitos que devem ser observados pela publicidade dirigida às crianças e adolescentes (art. 6º), que estão presentes, inclusive, na Resolução nº 163 do Conanda e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Por fim, definiu, em seu art. 7º, as práticas consideradas abusivas na publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes (também citadas no projeto de lei de autoria Deputada Maria do Carmo Lara), tais como, a utilização de *merchandising* (inciso I), de apelo imperativo ao consumo (inciso II), de expressões como “somente”, “apenas” “precinho”, “preço baixo” para a qualificação do preço do produto ou serviço anunciado.

Pois bem, da exegese do substitutivo ao projeto de lei em questão, nota-se uma grave incongruência: ao tempo em que publicidade direcionada às crianças e adolescentes foi permitida com a observância de determinadas restrições legais, o art. 4º, I, considerou abusivo o anúncio publicitário de produto ou serviço sabidamente destinado às crianças ou adolescentes.

Ora, como pode a lei considerar abusiva a publicidade de produtos ou serviços que se destinam as crianças e adolescentes, e, simultaneamente, estabelecer requisitos que devem ser observados pela atividade publicitária destinada a esse público?

Evidente, pois, o desacerto da redação do inciso primeiro, do art. 4º, do substitutivo em questão.

Afora isso, critica-se também, a ausência de um tratamento diferenciado da publicidade dirigida às crianças e adolescentes (que possuem faixas etárias e níveis de maturidade distintos), o que, certamente, repercute na capacidade de autodeterminação perante os anúncios publicitários. No mais, ainda é possível destacar como ponto negativo a não ampliação do âmbito de aplicação do projeto de lei às comunicações publicitárias.

Mas apesar dessas incongruências, não se pode negar que o substitutivo não aprovado tratou, de forma bem mais satisfatória, da publicidade direcionada às

crianças e adolescentes, sobretudo em razão da disciplina dos anúncios publicitários de produtos e serviços nocivos à saúde física e mental das crianças e adolescentes (arts. 3º e 5º),

Enfim, na Câmara dos Deputados tramitam o projeto de lei original – que aborda apenas a publicidade direcionada às crianças – e dois substitutivos: o primeiro tem um caráter bastante restritivo, o segundo tem uma natureza genérica.

Diante das considerações tecidas, é inegável o avanço das discussões acerca da publicidade infantojuvenil no âmbito do Poder Legislativo. No entanto, ainda remanescem algumas inconsistências que carecem de ser reparadas.

4.5.2 A decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.558.086

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro proferiu decisão nos autos do Recurso Especial nº 1.558.086, condenando a Pandurata Alimentos Ltda – responsável pela marca Bauducco – por considerar abusiva, e, portanto, ilegal, a publicidade de alimentos direcionada ao público infantil.

O caso em análise se originou de representação enviada pelo Projeto Criança e Consumo ao Ministério Público de São Paulo, no dia 16 de agosto de 2007.²⁷⁹ A representação narrou diversos abusos no *marketing* da comercialização dos produtos *Gulosos* e do filme *Shrek terceiro*, a começar pela distribuição de panfletos em grandes redes de cinema, que noticiavam a seguinte promoção:

Tá na hora de Shrek! Juntando 5 embalagens de qualquer produto da linha Gulosos Bauducco + R\$5,00, você pode trocar por um relógio exclusivo do filme Shrek Terceiro. São 4 incríveis modelos para você colecionar! Consulte os postos de troca no site www.promocaogulosos.com.br e comece a sua coleção desde já!

Com base nisso, a representação afirmou que os sobreditos relógios, coloridos e com personagens do filme haviam sido elaborados, especialmente, para o público infantil, assim como as embalagens dos produtos da linha *Gulosos*, que apresentavam versões com a figura do personagem *Shrek*. Além disso, argumentou que o condicionamento do acesso aos relógios à compra exclusiva de um alimento

²⁷⁹ INSTUTO ALANA. Representação – Denúncia de abusos no âmbito do consumo infantil. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Representa%C3%A7%C3%A3o_Gulosos_Shrek.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

da linha *Gulosos* caracterizava venda casada, ante a obrigatoriedade de se comprar, no mínimo, cinco produtos da marca *Bauducco* e ainda pagar a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais). No mais, alegou que, na hipótese, a publicidade comercial incentivava o excessivo consumo de alimentos não saudáveis. Ao final de tudo, requereu a apuração da abusividade da promoção *É hora do Shrek* e a adoção das medidas cabíveis para a punição dos responsáveis.

Ao tomar conhecimento dos fatos, o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs Ação Civil Pública, na data de 11 de julho de 2008.²⁸⁰ Em primeira instância, a ação teve seus pedidos julgados improcedentes, com ganho de causa para *Bauducco*²⁸¹. Na oportunidade, o juízo da instância singela entendeu que não restou caracterizada a abusividade nas peças publicitárias veiculadas “uma vez que a promoção é de cunho facultativo, tratando-se de mera técnica utilizada pela ré para aumentar o público alvo de seus produtos”. Também julgou pela inexistência da venda casada, argumentando que o relógio promocional atuou, apenas, como um item a mais para despertar a atenção dos consumidores.

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público de São Paulo, o Tribunal de Justiça reformou a decisão, julgando a Ação Civil Pública procedente para condenar a ré, ora a apelada, a não mais adotar prática comercial que implicasse em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para crianças, sem a observância das regras próprias.²⁸²

Irresignada, a Pandurata Alimentos Ltda interpôs recurso especial alegando violação ao Código de Defesa do Consumidor. Em sede de julgamento, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos:

²⁸⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/ACP_Bauducco.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

²⁸¹ SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Processo nº 583.00.2008169077-0. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/decisao_ACP.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

²⁸² *Idem*. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0342384-90. 2009.8.26.0000. Relator(a): Ramon Mateo Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/05/2013; Data de registro: 08/05/2013; Outros números: 6486514000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6710747&cdForo=0&vIcaptcha=NISZC>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. 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).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".
Recurso especial improvido.²⁸³

Como se vê, a ementa do acórdão da relatoria do Ministro Humberto Martins, é bastante clara, ao tratar, basicamente, de dois pressupostos caracterizadores da publicidade abusiva no caso em questão: a) direcionamento do *marketing* de alimentos às crianças; b) configuração de venda casada.

O inteiro teor do acórdão aprofunda ainda mais esse entendimento. No seu voto, o Ministro Relator asseverou, sem deixar dúvidas, a razão da ilegalidade de publicidade de alimentos ou promoção de vendas voltada ao público infantil:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigidos, direta ou indiretamente às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Então, foi reconhecido que a autoridade para decidir acerca da dieta dos filhos, é dos pais. Isso significa dizer, portanto, que o direcionamento da publicidade de alimentos às crianças não é razoável, já que, nessas circunstâncias, é tolhida a liberdade dos pais na escolha dos alimentos que fazem parte da dieta de seus filhos.

Além disso, o *decisum* também tratou da questão da venda casada, tipificada no art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁴, caracterizada, no caso em apreço,

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=publicidade+abusiva+alimentos&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 03 nov. 2016.

porque “para adquirir ou comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha “Gulosos” “. ²⁸⁵

O fato de o Superior Tribunal de Justiça ter se pronunciado sobre a questão da publicidade de alimentos direcionada às crianças foi um importante passo para a uniformização de um entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

Válido ressaltar, inclusive, que está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.608/2013, que proíbe a publicidade, direcionada às crianças, de alimentos e bebidas de baixo valor nutricional, no horário compreendido entre 6 horas e 21 horas. ²⁸⁶

Além disso, a Resolução nº 163 do Conanda, em seu art. 2º, VIII²⁸⁷, já considerava o caráter abusivo da publicidade direcionada ao público infantil que emprega brindes colecionáveis – prática bastante comum na indústria de alimentos –. A Resolução nº 408 do Conselho Nacional de Saúde, por sua vez, manifestava também uma preocupação específica com a publicidade direcionada às crianças, especialmente quanto ao estímulo do consumo excessivo de alimentos não saudáveis. ²⁸⁸ Por fim,

²⁸⁴ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

(...)

(BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016).

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=publicidade+abusiva+alimentos&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 03 nov. 2016.

²⁸⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.608/2013 – Deputado Rogério Carvalho (PT-SE)**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1090661&filename=PL+5608/2013>. Acesso em: 09 nov. 2016.

²⁸⁷ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 163 do CONANDA**. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²⁸⁸ (...)

8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada;

9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros;

(...)

fala-se ainda na Resolução nº 24/2010 da ANVISA (atualmente suspensa por decisão judicial), que estabeleceu a obrigatoriedade de os anúncios publicitários de alimentos com quantidade elevada de açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio, e de bebidas com baixo valor nutricional alertarem sobre os riscos de consumo excessivo.²⁸⁹

Mas, apesar da importância dessas normas regulamentares, é claro que a manifestação da Suprema Corte de Justiça sobre a matéria, foi responsável por produzir efeitos muito mais significativos, por ter reconhecido que toda e qualquer publicidade de alimentos dirigida às crianças, por si só, é abusiva. Então, pouco importa se mensagem publicitária é ou não vinculada à oferta de brindes, ou se estimula consumo excessivo de alimentos não saudáveis. O simples direcionamento da publicidade de alimentos não saudáveis ao público infantil torna a peça publicitária abusiva, e, portanto, ilícita.

Os efeitos desse entendimento do STJ, é claro, já começam a suscitar discussões doutrinárias, haja a vista a sua força perante os demais tribunais e juízos de primeiro grau, e os seus potenciais efeitos perante a indústria alimentícia.

Aliás, isso foi destacado durante o voto do recurso especial em questão, quando o Ministro Antônio Herman Benjamin – insigne jurista da área de Direito do Consumidor – chegou a falar expressamente, em seu voto, no Recurso Especial nº 1.558.086, que “não apenas para *Bauducco*, mas para toda a indústria alimentícia, ponto final, acabou.”²⁹⁰

Tudo leva a crer que esse julgamento, certamente, terá reflexo na conduta de empresas de todo o território brasileiro e na consolidação de um entendimento jurisprudencial. Por isso, exalta-se o absoluto acerto da decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.558.086, que culminou na devida redução da liberdade de elaboração

(CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. **Resolução nº 408**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/Reso408.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016).

²⁸⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. **Resolução nº 24/2010**. Disponível em: <http://189.28.128.100/nutricao/docs/legislacao/resolucao_rdc24_29_06_2010.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

²⁹⁰ INSTITUTO ALANA. Transcrição do voto do Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 1.558.086. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Transcri%C3%A7%C3%A3o-do-Voto-do-Ministro-Herman-Benjamin-10.3.2016.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

de campanhas mercadológicas direcionadas ao público infantil, em detrimento da ampliação da tutela da criança exposta às práticas publicitárias.

5. CONCLUSÃO

Das questões acima expendidas, conclui-se que o reconhecimento da hipervulnerabilidade dos infantes, de fato, demanda a imposição de severas restrições ao exercício da atividade publicitária.

O grande problema é que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de normas específicas referentes aos limites da publicidade direcionada às crianças e adolescentes. Existe apenas uma disposição genérica, constante no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera abusivo o anúncio publicitário que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência desse público.

Fora do âmbito da regulamentação legal, tem-se o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e a Resolução nº 163/2014 do Conanda, que estabelecem diretrizes bastante pertinentes acerca da publicidade dirigida aos infantes. Esses diplomas, no entanto, não são completamente eficazes para a garantia da tutela das crianças e dos adolescentes. Isso porque, o CBARP não dispõe do caráter coercitivo e obrigatório de lei, e a Resolução nº 163 do Conanda tem a sua constitucionalidade bastante questionada, por supostamente violar a previsão constante nos arts. 5º, II e art. 220, §3º, II da Constituição Federal.

Então, na prática, o Brasil não possui um regramento legal que trata de maneira exata daquilo que é permitido e proibido em matéria de publicidade direcionada às crianças e adolescentes.

Essa circunstância termina por outorgar ao aplicador do Direito a função de impor os verdadeiros limites da publicidade direcionada aos infantes. Por isso, a atuação jurisprudencial ganha uma grande importância no adensamento de casos que podem ou não ser qualificados como abusivos, a exemplo da decisão proferida pelo Tribunal da Cidadania, no bojo Recurso Especial nº 1.558.086, que considerou abusiva a publicidade de alimentos não saudáveis direcionada às crianças.

Diante disso, é forçoso reconhecer que no Brasil, a tutela dos infantes frente à publicidade ainda se revela bastante genérica, devendo ser complementada por um arcabouço legal que possibilite a imposição de comandos mais restritivos.

Nesse sentido, valendo-se da decisão do STJ no Resp nº 1.558.086, das disposições do Projeto de Lei nº 5.921/01 e de seus respectivos substitutivos,

propõe-se alguns contornos restritivos que podem constar em eventual regulamentação legal brasileira, dentre os quais se destacam: a) proibição da veiculação de publicidade ou comunicação mercadológica na televisão, na internet, ou no rádio, quinze minutos antes, quinze minutos depois, e durante a veiculação de programação infantojuvenil; b) vedação do emprego de elementos típicos do universo infantojuvenil (como linguagem, personagens, celebridades, trilha sonora) em publicidade de produtos e serviços nocivos às crianças e adolescentes (como bebidas alcoólicas, medicamentos, serviços financeiros, etc); c) a proibição total da publicidade de alimentos não saudáveis (com quantidade elevada de açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio) e de bebidas com baixo valor nutricional – assim definidos nos termos do art. 4º da Resolução nº 24/2010 da ANVISA – direcionada às crianças e adolescentes.²⁹¹

Ademais, algumas disposições constantes no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – como, por exemplo, aquelas que vedam o apelo direto ao consumo e o *merchandising* –, e na Resolução nº 163 do Conanda – como a que considera abusiva a publicidade direcionada à criança com o propósito de convencê-la a comprar, através do emprego de elementos tipicamente infantis –, também tem aptidão de figurar como importantes balizas para o exercício da atividade publicitária voltada ao público infantojuvenil.

Superada essas questões, também parece ser necessária a instituição de uma estratégia unificada, que contemple a competência de órgãos governamentais na fiscalização e aplicação de sanções, diante de eventuais abusos publicitários.

Evidentemente, a edição de uma lei especial nesses moldes citados, consistiria na solução ideal para a tutela das crianças e adolescentes frente à publicidade.

No entanto, considerando o atual arcabouço jurídico relativo à matéria, a alternativa mais viável, no momento, parece ser o aprofundamento da atuação jurisprudencial, com o fim de melhor delimitar quais os tipos de anúncios publicitários direcionados aos infantes que podem ser considerados abusivos.

²⁹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. **Resolução nº 24/2010**. Disponível em: < http://189.28.128.100/nutricao/docs/legislacao/resolucao_rdc24_29_06_2010.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

Ao lado disso, importante mencionar, igualmente, a importância das ferramentas de educação e da presença da família no desenvolvimento do senso crítico das crianças e adolescentes, através de um processo pedagógico consistente.

Ou seja, sob um viés, cabe ao Estado a responsabilidade regulamentar e dispor de meios para fiscalizar a publicidade direcionada às crianças e adolescentes. De outro vértice, compete aos pais o encargo de intermediar a relação entre os infantes e a publicidade, auxiliando na construção da capacidade de autodeterminação frente aos anúncios publicitários.

Além disso, a sociedade civil também deve desempenhar um fundamental trabalho na proteção do público infantojuvenil, denunciando eventuais abusos publicitários ao CONAR, a fim de buscar ajustes espontâneos em peças publicitárias, e/ou aos órgãos de defesa ao consumidor.

Face ao exposto, conclui-se pela necessidade da instituição de um sistema organizado, capaz de tutelar as crianças e adolescentes frente à publicidade. Somado a isso, impõe-se uma atuação pedagógica dos pais voltada à construção do senso crítico dos infantes, e, ainda, uma postura consciente da sociedade civil, que deve estar atenta às práticas publicitárias abusivas. Somente através desse diálogo é que será possível, no âmbito do exercício da atividade publicitária, concretizar o comando constitucional da proteção integral, atribuída ao Estado, à família e à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. 7. ed. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Tamara Amoroso Gonçalves; Natália Ferreira de. Proteção Integral e o Dever de Cuidado na Proteção da Criança e do Adolescente em relação à Mídia. *In*: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Estudos em comemoração aos 20 anos**. São Paulo: Ltr, 2010, p. 457-477.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). 5. ed. **Direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21-38.

ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA. **Código de Ética dos Profissionais de Propaganda**. Disponível em: < <http://appbrasil.org.br/app-brasil/servicos-e-manuais/codigo-de-etica-dos-profissionais-de-propaganda/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação, Educação e Consumo: Relações. *In*: CASTRO, Gisela Grangeiro da Silva; BACCEGA, Maria Aparecida (Orgs.). **Comunicação e Consumo nas Culturas Locais e Global**. São Paulo: Escola Superior de Propaganda e Marketing, 2009, p. 228-245.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. AI 00000734020128050000, Relator (a): DESA. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, Segunda Câmara Cível, julgado em 26/06/2012, publicado em 16/11/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=7F6F80B4494856229311593971F7D46C.cposg02?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=000007340.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0000073-40.2012.8.05.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **Vida para Consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Conceito Jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 628, fev. de 1988, p. 69-79.

_____. **O Controle Jurídico da Publicidade**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em 27 ago. 2016.

_____. Oferta e Publicidade. In: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253-294.

BETITINI, Lucia Helena Polleti. Comunicação Social: A publicidade comercial na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 47, abr./jun. 2004, p.199-217.

BITTAR, Carlos Alberto. O Controle da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 673, nov. 1991, p. 7 -10.

BITTENCOURT, Renato Nunes. A Divinização das Marcas pela Atividade Publicitária no Sistema Normativo de Consumo. **Revista Augustus**. Rio de Janeiro: Unisuam, vol. 17, n. 34, jul/dez 2012, p. 51-63.

BOLKENHAGEN, Lina. *Merchandising* como Técnica de Publicidade: O seu impacto no mercado de consumo e efeitos jurídicos de sua veiculação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 80, out./dez. 2011, p. 337-403.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 03 nov.2016.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 02 nov.2016.

_____. **Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4680.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em 30 out.2016.

_____. **Lei nº 9.729, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. **Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007, do Ministério da Justiça**. Disponível em:< <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/comunicacao/classificacao> indicativa/portaria_MinJustica_1220.2007<<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e>

conteudos-de-apoio/legislacao/comunicacao/classificacao-indicativa/portaria_MinJustica_1220.2007 >. Acesso em 30 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 150.829/DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 11/05/1998, p. 95. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=150829&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 415.244/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=AREsp+415244&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça; REsp 208.793/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/1999, DJ 01/08/2000, p. 264). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=208793&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça; AgRg no AREsp 601.234/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=AREsp+601234&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 245.697/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 07/06/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=CONTRATO+PARA+USO+DE+SOFTWARE+DE+VENDAS+ON+LINE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 mai.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1195642&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8>>. Acesso em: 11 mai.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AQUISICAO+DE+EQUIPAMENTO+PARA+ATIVIDADE+PROFISSIONAL&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 09 mai.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 437.649/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 242. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=437649&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 540.235/TO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 372. Sem negritos no original. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=540235&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 566.468/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 561. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=566468&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 18 mai. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604.172/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 21/05/2007, p. 568. Acesso em: 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+604172&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 611.872/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 23/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=611872&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>>. Acesso: 12 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 445.854/MS, 1317338/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 01/04/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp+1317338&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 17 out.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.513/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 27/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hipervulner%E1veis&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=publicidade+abusiva+alimentos&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 03 nov. 2016.

BUCKINGHAM, David. Repensando a Criança Consumidora: Novas práticas, novos paradigmas. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de

Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 9, n. 25, ago.2012, p. 43-72.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.921/2001– Deputado Luiz Carlos Haully (PMDB-PR).** Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/MostrarIntegralimagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5921&intAnoProp=2001&intParteProp=1>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Emenda ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – Deputado Mendes Ribeiro Filho (PMDB-RS).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=851927&filename=EMC+1/2011+CCTCI+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Parecer do Relator, pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, com substitutivo – Deputado Osório Adriano (DEM-DF).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=621561&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 – Deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=571215&filename=SBT+2+CDC+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Deputado Osório Adriano (DEM-DF).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=693403&filename=SBT+2+CDEICS+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Deputado Salvador Zimbaldi (PROS-SP).** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1136027&filename=SBT+4+CCTCI+%3D%3E+PL+5921/2001>. Acesso em: 09 nov. 2016.

CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade:** Responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultura Paulista Editora, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** Curitiba: Bonijuris, v. 2, n. 4, dez. 2012, p. 301-310.

COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: Importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15/16, 1974, p. 89-108.

CONAR. **Código de Autorregulamentação Publicitária.** Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 02 nov. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.** Representação nº 088/2016, Rel. Conselheiro Gustavo Leme, julgado em junho/2016. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 14 out. 2016.

_____. Representação nº 210/2012, Rel. Conselheiro André Porto Alegre, julgado em setembro/ 2012. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 14 out. 2016.

_____. Representação nº 196/2010, Rel. Conselheiro Márcio Delfim Leite Soares, julgado em setembro/2010. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/> >. Acesso em 14 out. 2016.

_____. Representação nº 196/2012, Rel. Mário Oscar Chaves de Oliveira, julgado em setembro/2012. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/> >. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Representação nº 244/2012, Rel. Conselheiro (a) Maria Eliete de Moraes, julgado em fevereiro/2012. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 31 out. 2016.

_____. Representação nº 249/2009, Rel. Conselheiro (a) Ricardo Amaral da Silveira, julgado em novembro/2009. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em 31 out. 2016.

_____. **Estatuto Social do Conar.** Disponível em: <<http://www.conar.org.br/pdf/estatuto-social-conar.pdf> >. Acesso em 21 out. 2016.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. **Resolução nº 408.** Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/Reso408.pdf >. Acesso em: 04 nov. 2016

Consumismo na Infância. Pesquisa DataFolha, fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/137316452/Datafolha-Consumismo-Infantil>>. Acesso em: 27 out. 2016.

D'AQUINO, Lúcia Souza. A Publicidade Abusiva dirigida ao Público Infantil. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 106 jul./ago. 2016, p. 89-131.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Publicidade e Hipervulneráveis: Limitar, proibir ou regular?. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 99, mai./jun. 2015, p. 285-305.

DOWBOR, Ladislau. Reflexões Atuais sobre Cidade Família e Escola: Impactos na Vida das crianças e do planeta. *In*: FONTENELLE, Laís. (Org.). 1 ed. **Criança e Consumo: 10 anos de transformação.** São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 74-95.

EUROPA. **Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.**

Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=EN>>. Acesso em: 18 out. 2016

FALCÃO, Valéria Chaise. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I – Dos Direitos do Consumidor. Gerais. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9-70.

FROTA, Mário. Auto- regulamentação: Vantagens e desvantagens. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2014, p. 1231-1240.

G1. Veja lista de campanhas brasileiras premiadas em Cannes Lions 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/06/veja-lista-de-campanhas-brasileiras-premiadas-em-cannes-lions-2016.html>>. Acesso em: 29 out. 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor:** Código Comentado de Jurisprudência. 10 ed. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.

GLOBOVANTE, Maria da Conceição. Publicidade: O fazer-valer. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo.** São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 139-153.

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade:** Comunicação Persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2008.

HAWKES, Corinna. Palavra da Especialista Internacional. *In:* HERIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). **Publicidade de Alimentos e Crianças:** Regulação no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143-159.

HENRIQUES, Isabela; GONÇALVES, Tamara Amoroso. O Caso Brasileiro. *In:* HERIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). **Publicidade de Alimentos e Crianças:** Regulação no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17-82.

IBGE. **Antropometria e estado nutricional de crianças, adolescentes e adultos no Brasil.** Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/0000000108.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

INSTITUTO ALANA. **Por que a Publicidade faz mal para Crianças.** 2. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2009.

_____. Representação – Denúncia de abusos no âmbito do consumo infantil. Disponível em: < <http://criancaeconsumo.org.br/wp->

content/uploads/2007/07/Representa%C3%A7%C3%A3o_Gulosos_Shrek.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Transcrição do voto do Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 1.558.086. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Transcri%C3%A7%C3%A3o-do-Voto-do-Ministro-Herman-Benjamin-10.3.2016.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. A Publicidade no Código do Consumidor. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**. Salvador: Nova Alvorada, vol. 1, n. 2, jan./dez. 1992, p. 107-119.

JOBIM E SOUZA, Solange. Por uma Crítica dos Modos de Subjetivação na Cultura do Consumo: Crianças e adultos em ação. *In*: FONTENELLE, Laís. (Org.). **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. 1 ed. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 200-213.

LARA, Milton. **Publicidade: A máquina de divulgar**. São Paulo: Senac, 2010.

LAURINDO, Rosemérij; LEAL, Andressa. A Recepção da Publicidade na TV entre Crianças de Cinco Anos. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 5, n.13, jul. 2008, p. 139-157.

LINN, Susan. Arte, Religião e Descobertas Científicas são Todas Enraizadas na Nossa Capacidade de Brincar. **Criança e Consumo Entrevistas: A importância do brincar**. São Paulo, Instituto Alana, 2010, p. 36-45.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1992, p. 149- 183.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do Consumidor. *In*: TAPAI, Giselle (Diretora Responsável). 4. ed. rev. e ampl. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71-225.

_____. 6. ed. rev. e ampl. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Campo de Aplicação do CDC. *In*: BIANCO, Juliana de Cicco (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95- 128.

_____. Relações de Consumo na Pós- Modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29º do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacases: FDC , n. 1, jan- jun 2000, p. 81- 143.

MARIMPIETRI, Flávia da Fonseca. **Concessão Irresponsável de Crédito e Superendividamento do Consumidor**: Estudo comparativo à luz dos microssistemas de consumo do Brasil e da Argentina. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 58, abr./jun. 2006, p. 223-254.

_____. Estrutura Orgânica do Controle da Publicidade de Consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, abr./jun. 2002, p. 196 - 221.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública. Disponível em: < http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/ACP_Bauducco.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios e interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Parecer. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 95, set./out. 2014, p. 459-495.

MUCCHIELI, Roger. **A Psicologia da Publicidade e da Propaganda**: Conhecimento do problema. Trad. Flávia Sollero de Campos. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

NARCHI, Edney G. Da publicidade e sua Disciplina no CDC. **Justitia**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 73 - 83.

NASCIMENTO, Paula Carolina Barboni Dantas. **A Influência da Televisão nos Hábitos Alimentares de Crianças e Adolescentes**. Tese. Orientador: Prof. Sebastião Dias de Sousa Almeida. (Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-21092007-145239/ptbr.php>>. Acesso em: 26 out. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. O Regime da Publicidade Enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Direito (nº 1)**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.111-118.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Luiz Antônio. A Publicidade e o Direito do Consumidor. **Justitia**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 160 out./dez. 1992, p. 55- 72.

PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e Publicidade em Ritmo de Descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 100, jul./ago. 2015, p. 501-527.

_____. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 74, abr./jun. 2010, p. 7-42.

_____; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A Comédia da Publicidade: Entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 96, nov./dez. 2014, p. 89-105.

PENA, Rafaela Valentim de Almeida. A Publicidade Abusiva dirigida ao Público Infantil. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de. (Orgs.). **Publicidade dos Bens de Consumo**. Salvador: Pagiane, 2015, p. 435 - 483.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Em Torno do Assim Chamado Consumidor Intermediário. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, jul./set. 2013, p. 223- 238.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL 00178833020118190014, Relator (a): DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA, Vigésima Terceira Câmara Cível/Consumidor, julgado em 03/12/2014, publicado em 05/12/2014. Disponível em: <
http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=00178833020118190014&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&filter=0&getfields=*&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&partialfields=%28ctd%3A1|ctd%3A2%29&as_q=+>. Acesso em: 16 mai. 2016.

ROCHA, Everaldo Pereira Guimarães. Culpa e Prazer: Imagens do consumo na cultura de massa. **Revista Comunicação, Mídia e Consumo**. São Paulo: Programa de Pós- Graduação em Comunicação e Práticas de Consumo da ESPM, vol. 2, n. 3, mar. 2005, p. 123-138.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 864, out. 2007, p. 20-44.

SANT'ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. **Propaganda: Teoria, técnica e prática**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

SANTOS, Dandara do Lago Guimarães. Publicidade de Produtos e Serviços e o Princípio da Vinculação Contratual: O necessário respeito à boa-fé objetiva dos

consumidores. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de. (Orgs.). **Publicidade dos Bens de Consumo**. Salvador: Paginae, 2015, p. 176-219.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: Uma abordagem jurídica do *marketing* empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Leandro José dos. Consumidores e Cidadãos e a Lógica do Pertencimento. **Revista Espaço Acadêmico**. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá, n. 117, fev. 2011, p. 1-9.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 00019429620118260482, Relator(a): DESA. PENNA MACHADO, Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/06/2014; Data de registro: 13/06/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0342384-90. 2009.8.26.0000. Relator(a): Ramon Mateo Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/05/2013; Data de registro: 08/05/2013; Outros números: 6486514000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6710747&cdForo=0&vI=Captcha=NISZC>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Processo nº 583.00.2008169077-0. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/decisao_ACP.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

SCHRODER, Kim Christian; VESTERGAARD, Torben. **A Linguagem da Propaganda**. Trad. José Alves dos Santos. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 163 do CONANDA**. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SPINALT, C. M. **Técnica e Psicologia da Propaganda Moderna**. Trad. Carlos Márcio Chaves. São Paulo: Companhia Brasileira de Impressão e Propaganda.

SPODE, Guinther. O Controle da Publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 83, jul./set. 2012, p. 178-191.

TARTUCE, Flávio. Elementos da Relação Jurídica de Consumo. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. São Paulo: Método, 2014, p. 67-125.

VILLELA, Ana Lucia. O Apelo Emocional do Consumo Atinge Todo Mundo. **Criança e Consumo Entrevistas**: A importância do brincar. São Paulo, Instituto Alana, 2010, p. 7-17.

WHITE, Roderick. Marcas e Publicidade. *In*: JONES, John Philip (Org.). **A Publicidade na Construção de Grandes Marcas**. Trad. Elizabeth Chammas. São Paulo: Nobel, 2004, p. 77-93.